

Luces y sombras en la determinación de ley aplicable a las crisis matrimoniales en la UE

Ana María Díez Deustua

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



ANA MARÍA DÍEZ DEUSTUA

***Luces y sombras en la determinación de ley aplicable a las crisis
matrimoniales en la Unión Europea***

El Reglamento 1259/2010.

Tesis Doctoral

Directoras
Dra. Natividad Goñi Urriza
Dra. María Fernández Arrojo

BARCELONA 2015



COPYRIGHT Queda prohibida la reproducción total o parcial de este texto por medio de imprenta, fotocopia, microfilm u otros, sin permiso expreso de la autora.

“A mi marido, Julio”

“Nunca consideres el estudio como una obligación, sino como una oportunidad para penetrar en el bello y maravilloso mundo del saber.”

Albert Einstein (1879-1955). *Científico alemán*

INDICE

AGRADECIMIENTOS	15
TABLA DE ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN.....	21
<i>I. Formulación del problema</i>	<i>23</i>
<i>II. Objetivos y metodología de la investigación</i>	<i>28</i>
<i>III. Justificación de la investigación</i>	<i>33</i>
CAPITULO I. ANTECEDENTES	37
<i>I. Competencia judicial internacional.....</i>	<i>39</i>
1. Aspectos previos.....	39
2. Normativa reguladora.....	44
A. Reglamento 2201/2003 del Consejo de 23 de noviembre de 2003... 44	
(a) Ámbito de aplicación	44
(b) Breves valoraciones a la configuración del Reglamento Bruselas II bis	49
B. Artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.....	52
3. Noción de matrimonio en Reglamento 2201/2003 como cuestión prejudicial.	53
<i>II. Ley aplicable.....</i>	<i>56</i>
1. Separación judicial y divorcio	56
A. El artículo 107.2 Cc. Aspectos generales	56
B. Puntos de conexión	57
(a) Aplicación condicionada de la ley española	57
(b) Nacionalidad común de los cónyuges	60
(c) Residencia habitual común de los cónyuges	61
(d) Última residencia habitual común de los cónyuges si uno de ellos reside habitualmente en dicho Estado.....	62

LUCES Y SOMBRAS EN LA DETERMINACIÓN DE LEY APLICABLE A LAS CRISIS
MATRIMONIALES EN LA UE

(e) Aplicación “condicionada de la ley material española	62
C. Críticas doctrinales al artículo 107.2 cc	63
(a) Olvido de la elección de ley aplicable por parte de los cónyuges.	64
(b) Puntos de conexión anticuados.....	64
(c) Legeforismo militante.....	65
(d) Defectos de técnica legislativa	65
2. Problemas de aplicación	66
D. Forum Shopping	66
(a) Concepto.....	66
(b) Consecuencias.	67
(c) Mecanismos contra las consecuencias del Forum Shopping	69
<i>III. Eficacia en España de sentencias extranjeras de nulidad, separación judicial y divorcio.....</i>	<i>71</i>
1. Causas de denegación de reconocimiento	74
<i>IV. Iniciativa comunitaria</i>	<i>77</i>
<i>V. El mecanismo de cooperación reforzada</i>	<i>85</i>
1. Antecedentes.....	86
2. Concepto y naturaleza jurídica	93
3. Régimen jurídico	101
A. Transformación del mecanismo	102
B. Características	107
(a) Impulso, protección y refuerzo.....	107
(b) Último recurso.....	108
(c) Apertura.....	109
(d) Doblemente coherentes.....	110
C. Condiciones	111
(a) Sujetos.	111
(b) Objeto.....	112
(c) Marco normativo.....	112
D. Funcionamiento.....	114

<i>VI. Valoración de la situación precedente.....</i>	<i>117</i>
CAPITULO II.- GESTACIÓN DEL R.1259/2010	123
<i>I. Justificación y objetivos.....</i>	<i>125</i>
1. Marco jurídico claro y completo.....	126
2. Seguridad, previsibilidad y flexibilidad	127
3. Situaciones desfavorables	144
<i>II. El difícil proceso de elaboración.....</i>	<i>147</i>
CAPITULO III.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL MECANISMO DE COOPERACIÓN REFORZADA EN EL R. 1259/2010.....	159
<i>I. El mecanismo de cooperación reforzada</i>	<i>161</i>
1. Análisis crítico	161
A. Ventajas.....	163
(a) Método de desbloqueo	164
(b) Instrumento más ágil.....	164
(c) Última ratio.....	165
(d) Diferenciación positiva.	166
B. Desventajas	167
(a) “Núcleo duro” enmascarado.	167
(b) Uso y abuso.....	167
(c) Coacción.....	168
(d) Peligro de perversión del mecanismo.	168
(e) Diferentes cooperaciones reforzadas en un mismo asunto.....	169
2. El restringido control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Consejo	170
A. Control limitado sobre “necesidad-oportunidad”	172
B. Último recurso.....	173
C. Unanimidad	175
D. El papel de los Estados miembros no participantes.....	177
3. El derecho de retirada: el reverso de la cooperación reforzada	178

4. Impacto del Reglamento *Roma III* sobre la circulación de las personas 182

CAPITULO IV.- ANÁLISIS DEL R.1259/2010..... 189

I. Ámbito de la ley reguladora de la crisis matrimonial 191

II. Ámbito de aplicación del Reglamento Roma III 193

1. Ámbito de aplicación material..... 194

A. Concepto de separación y divorcio. 194

B. Noción de matrimonio 195

C. Elemento de internacionalidad. 197

D. Carácter civil del matrimonio. 201

E. Materias excluidas..... 201

(a) Nulidad: falta de coordinación entre Bruselas II bis y Roma III 203

(b) Únicamente sobre “matrimonios”. 208

(c) Otras cuestiones prejudiciales que quedan al margen. 210

(d) Efectos jurídicos del proceso. 211

F. Especial consideración a los matrimonios de personas del mismo
sexo..... 214

2. Ámbito de aplicación territorial..... 222

A. Cuestión especial en caso de derecho interregional..... 227

B. Aplicación universal..... 228

(a) La Red Judicial Europea: un instrumento de apoyo con
deficiencias significativas. 230

3. Ámbito de aplicación temporal 234

4. Ámbito de aplicación personal 236

III. Interpretación del R.1259/2010..... 239

1. Definiciones 239

IV. Determinación de ley aplicable..... 242

1. Determinación subjetiva de la ley aplicable: el papel de la autonomía de
la voluntad 243

A. Régimen jurídico..... 245

B. Requisitos para la validez de la elección 248

INDICE

(a) De fondo	249
(b) De forma	263
C. Valoración de la configuración del acuerdo de elección.....	268
(a) Lagunas sobre la validez del pacto	269
(b) En relación a la finalidad de garantizar la elección informada	270
(c) En relación a los requisitos adicionales	271
D. Ventajas de la autonomía de la voluntad.....	273
(a) Proporciona a los cónyuges seguridad jurídica	274
(b) Simplifica la labor judicial	276
(c) Es una solución flexible.....	277
(d) Reduce costes conflictuales.....	278
(e) Demuestra una elevada adaptación al carácter multicultural de nuestra sociedad	280
2. Determinación objetiva de la ley aplicable a falta de elección	284
A. Régimen Jurídico	285
(a) Supuestos de aplicación	285
(b) Principio de proximidad.....	288
(c) Reducción de costes conflictuales	289
B. Análisis de las distintas conexiones.....	290
(a) Residencia habitual común.....	290
(b) Ultima residencia habitual común.....	298
(c) Nacionalidad de ambos cónyuges	302
(d) Lex materialis fori, como cláusula de cierre	315
3. Especial consideración a la determinación de ley aplicable en los casos de conversión	317
<i>V. Límites a la aplicación de la ley designada.....</i>	<i>319</i>
1. Exclusión por desconocimiento del divorcio	320
2. Exclusión por regulación discriminatoria de acceso al proceso de separación o divorcio.....	324
<i>VI. Problemas de aplicación.....</i>	<i>326</i>
1. Exclusión del reenvío	326

LUCES Y SOMBRAS EN LA DETERMINACIÓN DE LEY APLICABLE A LAS CRISIS
MATRIMONIALES EN LA UE

2. Orden público internacional	327
A. Diferencias entre la cláusula de rechazo de ley extranjera designada y el orden público internacional.....	329
3. Diferencias entre legislaciones nacionales	332
4. Sistemas plurilegislativos.....	336
A. Conflictos territoriales de leyes.....	336
B. Conflictos interpersonales de leyes.....	338
CAPITULO V.- RELACIÓN DEL R.1259/2010 CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	341
<i>I. Relación del R. 1259/2010 con otros instrumentos internacionales</i>	<i>343</i>
1. Relación con R. <i>Bruselas II bis</i>	343
A. Descoordinación en materias incluidas en el ámbito de aplicación de ambos Reglamentos.	344
B. Peligro de forum shopping	346
C. Riesgo de no poder hacer efectivo un pacto válido	348
D. Problema de litispendencia	350
E. Contribución al reconocimiento de sentencias de separación judicial o divorcio	350
2. Relación con R. <i>Roma I</i> y R. <i>Roma II</i>	351
A. Finalidad	351
B. Carácter universal.....	352
C. Autonomía de la voluntad.....	353
D. Elemento de internacionalidad	356
3. Relación con otros textos internacionales.....	356
CONCLUSIONES.....	361
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	375
ANEXOS	409
<i>I. Anexo I</i>	<i>411</i>

INDICE

II. Anexo II. 415

AGRADECIMIENTOS

No quisiera pasar por alto un agradecimiento especial a todos aquellos que, de una manera u otra, han contribuido al desarrollo de esta investigación. En primer lugar, cómo no, a la Virgen, mi eterna compañera. A don Álvaro, que ha conseguido duplicar la eficacia de las horas trabajadas. A mi marido, Julio, por su apoyo incondicional (¡lo hemos conseguido!). A mis padres, por poner paz y buen humor en momentos de mucha tensión. A mis hermanos, en especial a José y a Patricia que tantas horas han compartido conmigo en la sala de doctorandos. A Alejandro, ¡gracias por revisártelo con tanto esmero! A mis cuñadas Rocío y Marién, por haber podido delegar en ellas mi más preciado tesoro mientras trabajaba en esta investigación.

Agradecer a mis directoras, la Dra. Natividad Goñi Urriza que desde la Universidad Pública de Navarra, aceptó dirigir esta tesis sin mediar mérito personal o académico por mi parte, y a la Dra. María Fernández Arrojo por sus innumerables consejos, advertencias y por su inestimable paciencia. No sabré ni podré nunca agradecerles suficiente ni como corresponde. A ellas les debo más de lo que puedo expresar.

Gracias al Dr. Javier Carrascosa sin sus críticas y sugerencias no habría iniciado este proyecto.

También quisiera agradecer al Dr. Javier Junceda, al Dr. Carlos Espaliú, a Rocío Goiricelaya y a Anna Pardo por acogerme y contagiarme la ilusión de formar parte de la Facultad. A la Dra. María Mut, por contar siempre conmigo. Y a la Dra. Dolors Gil, por prestarse, sin quererlo, a ser mi lego.

Agradecer a todas las personas de la UIC que me han ofrecido ésta gran oportunidad, a Juan de Dou, Belén Zárata, Belén Castro y todo el equipo del Vicerrectorado de Investigación.

Quisiera agradecer de un modo muy especial a las personas que se ocupan de la Biblioteca: a Mariona, Silvia y Néstor (¡muchas gracias! Sin vuestra valiosa tarea, habría sido imposible). Y mi agradecimiento también

a todas aquellas personas encargadas del mantenimiento y limpieza por los buenos ratos pasados en los pasillos, en especial a Ligia y a Puri que con su trabajo inadvertido nos facilitan el estudio.

No quisiera dejar de agradecer a todos los doctorandos con los que hemos compartido muchas risas y alguna que otra lágrima: Covadonga Ballesteros, Miriam Vidal-Quadras, Blanca Cutanda, Andrea Rodríguez, Noelia Jiménez y Diego Pellegrino. Con esfuerzo, todo llega.

Y, de corazón, gracias a Nuria Durany (†), que apostó por mi y me brindó la oportunidad de empezar esta investigación gracias a las becas Junior Faculty que ofrece la Universitat Internacional de Catalunya.

A todos, muchas gracias por ayudarme.

TABLA DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
Aptdo.	Apartado.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BW	Burgerlijke Wetboek (Código civil belga)
Cc	Código Civil español.
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CDIPr	Código de Derecho Internacional Privado.
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
DIPr	Derecho Internacional Privado.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
EG (BGB)	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Código civil alemán)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
p.	Página.
pp.	Páginas.
PKS	Perekonnaseadus (Código civil familia estono)
(R) DGRN	(Resolución) Dirección General de Registros y del Notariado.
Res.	Resolución.

LUCES Y SOMBRAS EN LA DETERMINACIÓN DE LEY APLICABLE A LAS CRISIS
MATRIMONIALES EN LA UE

R. 1347/2000	Reglamento (CE) 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes.
R. 44/2001	Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
R. 2201/2003	Reglamento (CE) 2201/2003, 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) 1347/2000.
R. 1259/2010	Reglamento 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.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ (CCAA)	Tribunal Superior de Justicia (de las Comunidades Autónomas).
TUE	Tratado de la Unión Europea.
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia.
UE	Unión Europea.

INDICE

WCE	Wet conflictenrecht echtscheiding (Ley sobre conflicto de leyes en materia de divorcio en Holanda).
ZMZPP	Zakon o Mednarodnem zasebnem pravu in Postopku (Ley de Derecho Internacional Privado y Procesal de Eslovenia).

INTRODUCCIÓN

I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1. Las cuestiones de Derecho de Familia, que son competencia de los Estados Miembros, presentan una sensibilidad muy especial, en tanto que reflejan de una manera muy marcada el modo de organización, la cultura y la moral de la sociedad de cada Estado Miembro¹.

Forma parte de la realidad que cada vez se producen más situaciones de carácter internacional intensificadas por una creciente actividad viajera y una mayor migración en el mundo entero. En este sentido, resulta indiscutible que la multiculturalidad y la movilidad de los ciudadanos en el territorio de la Unión Europea se presentan como rasgos característicos de la sociedad actual. Ello tiene como consecuencia inmediata la existencia de familias formadas por personas de diferentes Estados o de un mismo Estado pero con residencia en otro. A su vez, estas características de movilidad y multiculturalidad, propiciadas por las libertades comunitarias, han dado lugar a un considerable aumento de matrimonios internacionales, es decir, aquellos en los que los cónyuges o bien son de nacionalidades distintas o bien residen en un Estado del que no son nacionales o incluso aquellos en los que cada uno de los esposos vive en un país diferente².

2. Dichas situaciones han contribuido a generar un hecho social que comporta que un porcentaje de las crisis matrimoniales que se producen en la Unión Europea sean divorcios de marcado carácter internacional³.

¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 36.

² Vid. Tasa bruta de nupcialidad (1960-2012) en Eurostat. Fuente(última fecha de consulta 16 de junio de 2015):[http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Crude_marriage_rate,_selected_years,_1960%E2%80%932012_\(per_1_000_inhabitants\)_YB14.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Crude_marriage_rate,_selected_years,_1960%E2%80%932012_(per_1_000_inhabitants)_YB14.png)

³ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2008). "El divorcio en derecho internacional privado comunitario: Cuestiones de ley aplicable". *Revista General de Derecho Europeo*, (17), p. 1.

En esta línea, en la Unión Europea hay alrededor de 122 millones de matrimonios, de los cuales en torno a 16 millones (13%) se consideran internacionales⁴. En los Estados miembros en que se registran más número de divorcios son Alemania, Reino Unido, Francia y España⁵. Estos cuatro países representan el 56 % del total del número de divorcios en la UE, siendo España en concreto el Estado miembro de la UE 28 donde más ha crecido la ruptura familiar en los últimos 20 años, concretamente un 226%. Sólo en el año 2012 en el territorio de la UE en torno a un millón de matrimonios inició los trámites de divorcio. Ello supone que prácticamente de cada dos matrimonios que se celebran en la UE se rompe uno de ellos⁶.

3. Por tanto, existe un alto número de ciudadanos a los que su personal crisis matrimonial, por tratarse de un litigio transfronterizo, les plantea una serie de problemas añadidos frente a aquellas otras crisis matrimoniales localizadas en un solo Estado⁷. La primera cuestión que hay que enfrentar es la competencia judicial internacional. Esto es, determinar a qué órgano jurisdiccional se puede solicitar la separación o el divorcio.

⁴ A pesar de que Eurostat ofrece datos en números absolutos hasta el año 2012 de la ratio por Estados miembros de matrimonios celebrados y de matrimonios divorciados, la última aportación que ofrece Eurostat en relación al porcentaje de cuántos de los divorcios son de matrimonios internacionales, es del año 2008.

⁵ Vid. "Tasa bruta de divorcios (1960-2012)" en Eurostat. Fuente (fecha última de consulta 17 de junio de 2015): [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Crude_divorce_rate,_selected_years,_1960%E2%80%932012_\(1\)_per_1_000_inhabitants_YB14.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Crude_divorce_rate,_selected_years,_1960%E2%80%932012_(1)_per_1_000_inhabitants_YB14.png)

⁶ Informe de "Evolución de la familia en Europa 2014" del Instituto de Política Familiar presentado al Parlamento Europeo el 13.11.2014, a partir de datos extraídos de Eurostat y fuentes nacionales, gráfico de "evolución de la ruptura familiar (1992-2012) p. 44.

⁷ Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (DOC COM (2005)82 final de 14 de marzo de 2005) p. 3; "Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (2006) 399 final), p. 2.

La segunda cuestión a determinar, en cada caso concreto, es la ley aplicable. Una vez fijada la competencia judicial internacional, no siempre resulta claro qué legislación habrá que aplicar. Las posibilidades en este sentido pueden ser amplias. Y es que determinar la ley aplicable a una separación judicial o a un divorcio se torna una tarea difícil cuando los cónyuges proceden de distintos países o cuando, procediendo del mismo, viven en el extranjero, en cuyo caso, las complicaciones se multiplican con creces⁸.

En este sentido, a la complejidad que supone de por sí disolver o relajar una unión matrimonial, se añaden en su caso las diferencias que a menudo existen entre las normativas nacionales⁹. Dicho de otro modo, divorciarse según las leyes de otro país es algo que ya se permite en muchos Estados miembros. Sin embargo, el problema se plantea cuando cada Estado miembro tiene normas diferentes para determinar la legislación aplicable, situaciones que se producen siempre que no hay unificación internacional de las normas de Derecho Internacional Privado¹⁰. En el ámbito de la UE, nada tiene de sorprendente tratándose de 28 países, cada uno con su historia y su cultura propias.

⁸ SEATZU, F., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2010). "La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III". *Studi sull'integrazione europea*, 1, p. 50.

⁹ Como todavía es relativamente limitada la armonización en éste ámbito, los litigios transfronterizos exigen a menudo un análisis complejo de las cuestiones de competencia y a la determinación de ley aplicable. Véase Directiva 2003/8 CE del Consejo de 27 de enero de 2003 destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (DOCE L 26 del 31). Los litigios transfronterizos serían, de acuerdo con la definición ofrecida por la propia Directiva 2003/8/CE, aquellos en los que la parte que solicita la justicia gratuita está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto de aquel otro Estado miembro donde se halle el Tribunal competente para su conocimiento o en el que deba ejecutarse la resolución.

¹⁰ DETHLOFF, N. (2003). "Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe". In BOELE-WOELKI, K. *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe.*, New York, pp. 51-59.

En una Europa de fronteras abiertas existen numerosas ocasiones en las que los ciudadanos se pueden encontrar ante la posibilidad de poder plantear una demanda de divorcio o de separación judicial ante tribunales de un país distinto al de su residencia habitual o su nacionalidad. Esa incertidumbre en la determinación de ley aplicable aboca muchas veces, en el ámbito de las crisis matrimoniales, a trámites largos y costosos.

La tercera cuestión problemática a la que se enfrentan los esposos una vez han obtenido su separación o divorcio es conseguir que la separación judicial o el divorcio dictados por un órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro despliegue eficacia a su vez en los distintos Estados miembros.

4. Pues bien, en un auténtico Espacio Europeo de Justicia, a los individuos no se les debe impedir o desalentar en el ejercicio de sus derechos. Es decir, la incompatibilidad y la complejidad de los sistemas legales y administrativos de los distintos países que conforman la UE no debe ser una barrera, no puede presentarse como un obstáculo para la libre circulación de ciudadanos de la UE.

Es por ello que el Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr), que como cualquier rama del Derecho es fruto de las transformaciones de la sociedad no es inmune a los cambios, y debe adaptarse a ellos¹¹. Y es que, al final, el derecho de familia en la UE debe hacerse eco de las preocupaciones de los ciudadanos. Y es una realidad que todo ciudadano forma parte de una familia (que se habrá movido más o menos por el territorio de la UE) pero en definitiva los ciudadanos esperan que las instituciones hagan más fácil la vida transfronteriza de las familias que así lo deseen y que todos los documentos legales que tengan que ver con la familia (tipo los certificados de nacimiento, matrimonio o defunción) sean válidos en toda la extensión del territorio¹².

¹¹ MAESTRE CASAS, P. (2001). "Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de derecho internacional privado". En CALVO CARAVACA, J.L. & IRIARTE ÁNGEL, J.L. *Mundialización y familia*, Madrid, p.200.

¹² CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III". *Cuadernos de Derecho*

5. Para la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia, la UE ha puesto en marcha una serie de medidas destinadas a ayudar a las personas con los litigios transfronterizos, con el objetivo de garantizar que éstas puedan recurrir a los tribunales y autoridades de cualquier país de la UE con tanta facilidad como si se tratase del suyo propio¹³. Entre éstas medidas se presenta el Reglamento (UE) 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 (en adelante R. 1259/2010 o bien Reglamento *Roma III*), objeto de estudio en ésta tesis.

Transnacional, I (1), pp. 36; BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2009). "La expansión comunitaria: Penetración en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones". En ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (Ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones:(dimensiones interna e internacional)*. Santiago de Compostela, p. 65.

¹³ *Vid.* Listado de instrumentos legislativos de cooperación judicial en materia civil que aparecen en Eur-lex. Fuente:<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

II. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. La presente tesis toma como punto de partida el reto que debe afrontar el Derecho Internacional Privado frente a la conformación de familias marcadas por el carácter multicultural y la eventual disolución de la unidad conyugal que las genera¹⁴. Es decir, el objetivo principal de esta tesis se centra en el estudio de la determinación de ley aplicable a las crisis matrimoniales en la Unión Europea. De este modo, en un primer momento la investigación describe el estado de la cuestión dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado español.

2. La metodología que se ha mantenido, estructura la tesis partiendo de una introducción en la que se formula a grandes rasgos la problemática a tratar. Y al objetivo señalado en ésta obedece de manera consecuente la sistemática seguida a lo largo de la investigación.

3. En el capítulo I se analizan los antecedentes al Reglamento 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. Sin ánimo de ser exhaustivos, en éste primer capítulo se proporciona un marco suficiente para la comprensión global del objeto principal de la tesis que es el propio R. 1259/2010. Para ello se estudian una serie de puntos clave que enmarcan los distintos problemas a los que se ha tenido que enfrentar el legislador europeo con el fin de culminar con el texto del Reglamento conocido como *Roma III*.

Se va a presentar en primer lugar, a modo de paso previo a la determinación de ley aplicable en las crisis matrimoniales en la Unión Europea (que es en definitiva el objeto de estudio de la presente tesis) la configuración de la competencia judicial internacional en materia de nulidades, separaciones judiciales y divorcios.

¹⁴ DIAGO DIAGO, M. P. (2004). “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*. Madrid p. 271.

En segundo lugar, se ahondará en el estudio de la determinación de ley aplicable en las crisis matrimoniales que regía antes de la entrada en vigor del R. 1259/2010 (concretamente, se profundizará en el artículo 107.2 del Código Civil como regulación inmediatamente anterior al Reglamento *Roma III*) con el objetivo de tener herramientas suficientes para poder valorar si el cambio en la regulación ha valido la pena¹⁵.

En tercer lugar, se ahondará en el concepto y en las consecuencias que presenta el problema del *forum shopping* al que el legislador europeo ha querido hacer frente.

En cuarto lugar, a modo de cierre de forma somera, se mencionará la eficacia de las decisiones judiciales de divorcio y separación judicial por ser el paso posterior a la determinación de ley aplicable y para ello se estudiarán las causas de denegación de reconocimiento.

En quinto lugar, se plasmarán además, datos relativos a la iniciativa comunitaria que haya tenido la UE en materia de regulación de disoluciones matrimoniales para saber qué labores normativas previas han existido con anterioridad al R. 1259/2010;

Y por último y en séptimo lugar se dará paso a una explicación profunda sobre la cooperación reforzada, mecanismo por el cual únicamente 16 Estados miembros de los 28 que conforman la UE se comprometen a aplicar el Reglamento *Roma III*. En esta línea se verá por qué hay ciertos Estados europeos que no quieren formar parte del R.1259/2010.

Todas éstas cuestiones son imprescindibles para la comprensión del estado de la cuestión antes de la regulación actual y por tanto, suponen puntos clave para dar respuestas tales como saber si era necesaria una regulación al respecto, sacar conclusiones al antiguo artículo 107.2 del

¹⁵ Aún siendo materias próximas al objeto de estudio, no se analizará la regulación de determinación de ley aplicable ni a las separaciones de hecho ni a las nulidades matrimoniales, ya que, como se verá más adelante, no forman parte del ámbito de aplicación del R. 1259/2010, y, por tanto, sobrepasan el objeto de estudio de la presente tesis.

Código Civil, comprender si existía *forum shopping* o conocer si de una manera u otra existía obstáculo a la libre circulación de personas en la UE. En definitiva, en el primer capítulo, se pretende analizar los antecedentes que preceden al Reglamento *Roma III* para que, de este modo se pueda comprender las necesidades o problemas que con este nuevo Reglamento el legislador europeo intenta resolver.

4. En el capítulo II, conocidas las bases sobre las que se fundamenta esa necesidad de reglamentación en materia de crisis matrimoniales internacionales se va a plasmar el proceso de gestación del R. 1259/2010 en el que, por un lado, se desgranará la justificación y los objetivos que pretende conseguir el legislador. Por otro lado, se explicará el complicado proceso de elaboración del propio Reglamento *Roma III*.

5. En el capítulo III, se analiza de manera crítica el mecanismo de cooperación reforzada. Se presenta como novedad, por ser la primera vez que la UE hace uso de él. En este punto de la tesis, el objetivo que se persigue es poder concluir qué ventajas y qué inconvenientes presenta el mecanismo así como qué impacto puede tener el R. 1259/2010 sobre la circulación de las personas. Es decir, ¿haber aprobado el R. 1259/2010 con el mecanismo de cooperación reforzada se presenta como una amenaza o una oportunidad? En este capítulo se pretende valorar el uso del mecanismo de cooperación reforzada y la influencia que puede llegar a ejercer en las crisis matrimoniales.

6. En el capítulo IV, se procede a analizar propiamente el instrumento legislativo europeo que determina la ley aplicable a las crisis matrimoniales en la UE.

Se analiza en primer lugar, el alcance que presenta la ley reguladora de las mencionadas crisis matrimoniales.

En segundo lugar, se ahonda en el ámbito de aplicación del R. 1259/2010 con el fin de conocer cuál es su alcance tanto material, como formal y territorial, con el propósito de poder valorar su configuración.

En tercer lugar, para poder comprender en profundidad los criterios utilizados por el legislador, se estudia de modo breve la interpretación que debe darse al contenido del R. 1259/2010.

A continuación, en cuarto lugar, se profundiza exhaustivamente en la configuración que presenta el Reglamento *Roma III* de la determinación de ley aplicable. Se trata de uno de los puntos de aportación más novedosos por dos razones: la primera de ellas, por el papel que se le concede a la autonomía de la voluntad de las partes y la segunda de ellas por la disposición de los distintos puntos de conexión previstos para determinar la ley aplicable a la crisis matrimonial en cuestión en caso de que falle la conexión de la autonomía de la voluntad. En este apartado se valoran las ventajas e inconvenientes del modo en que se configura la determinación de ley aplicable

En quinto lugar, se abordan las posibles excepciones previstas por el R. 1259/2010 a la aplicación de la ley designada; Y en último lugar, se desgranán los posibles problemas de aplicación del mismo: exclusión del reenvío, orden público internacional, diferencias entre legislaciones internacionales y las posibles dificultades que puedan suponer los sistemas plurilegislativos.

7. En el capítulo V, con el ánimo de averiguar si el R. 1259/2010 en sede de determinación de ley aplicable se unifica con los demás instrumentos legales presentes en una crisis matrimonial en la UE, se estudia la relación que guarda el Reglamento *Roma III* no sólo con otros convenios internacionales sino también con sus homólogos en la determinación de ley aplicable (El Reglamento *Roma I* y el Reglamento *Roma II*). En concreto se va abordar la reglamentación comunitaria relativa a las crisis matrimoniales derivada de los dos Reglamentos que la configuran: el primero de ellos el R. 2201/2003 (Reglamento *Bruselas II bis*) que abarca los sectores de competencia judicial internacional y de reconocimiento de decisiones judiciales. Y el segundo de ellos, el propio Reglamento *Roma III*.

8. Por tanto con todo lo expuesto, se dará respuesta a cuestiones como qué problemas trata de resolver el nuevo Reglamento; saber si soluciona o no los problemas que existían antes de su adopción; estudiar si el R.1259/2010 da pie a que hayan lagunas legales y con ellos más frentes abiertos en materia de derecho matrimonial en ámbito internacional.

En todo caso se ha procurado garantizar la producción de conocimiento o de soluciones alternativas viables dentro de la materia objeto de estudio, con el fin de que la investigación fuera lo más rigurosa, cuidada y sistematizada posible. Por ello se ha profundizado en los trabajos preparatorios y en el propio texto del Reglamento, se ha tenido en cuenta la “*vacatio legis*” y se ha trabajado con la escasa jurisprudencia que se tiene del Reglamento *Roma III* (teniendo en cuenta el poco tiempo de rodaje de este instrumento que entró en vigor en junio de 2012). Además se ha trabajado con fuentes y materiales de primer orden como artículos de revistas especializadas, monografías de autores de reconocido prestigio, información de páginas web oficiales, documentos de autoridades gubernamentales (Boletín Oficial del Estado, Boletín Oficial Europeo, ministerios...etc), datos estadísticos (nacionales e internacionales) o entrevistas publicadas a los comisarios europeos (como Viviane Reding, comisaria europea de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía).

9. Finalmente, se recogen las conclusiones a las que se ha llegado en el curso de esta investigación.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. La opción barajada como objeto de estudio es el Reglamento (UE) 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 judicial¹⁶. Relevante tanto por su contenido como por su actualidad.

Por su contenido: el Reglamento UE 1259/2010, del Consejo de 20 de diciembre (conocido como Reglamento *Roma III*) presenta un alcance social muy relevante y un interés extraordinario desde un punto de vista técnico-jurídico y desde la perspectiva de la integración europea.

Por su actualidad, el Reglamento ha entrado en vigor en junio de 2012 con lo que la cuestión se presenta como un tema de primer orden.

2. De este modo, el motivo principal por el que puede resultar ser una investigación interesante se debe al planteamiento del cambio. Nos encontramos ante un momento óptimo en el que uno se ve impulsado a abrir una investigación en materia de separaciones judiciales y divorcios internacionales.

Frente a la mencionada situación actual en la que existe un aumento cuantitativo de matrimonios mixtos (en los que los cónyuges ostentan nacionalidades diferentes) y de matrimonios deslocalizados (formados por sujetos de la misma nacionalidad pero que residen habitualmente en otro país), el legislador europeo se ha visto empujado a adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad social del momento. No hay que olvidar que un nuevo marco jurídico en este aspecto tiene una importancia real en tanto que redundará en beneficio de la sociedad.

3. Se empieza este estudio en febrero de 2012 con la incertidumbre de saber si el Reglamento *Roma III* llegará a ser o no eficaz.

¹⁶ Reglamento 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. DOUE L 343/10 de 29.10.2010.

4. Con el paso del tiempo, en junio de 2012, entra en vigor el R.1259/2010 y lo que inicialmente era sólo una propuesta acaba por convertirse en un instrumento legislativo muy novedoso, lo cual permite un amplio abanico de posibilidades de investigación.

5. En España, en 2013, se publica una obra sobre el divorcio en la UE¹⁷. Ello nos obliga a reformular el cuerpo de la tesis para no dejar de ser originales en las aportaciones a realizar. En dicha monografía se aborda la reglamentación comunitaria relativa a las crisis matrimoniales con el objetivo de averiguar la existencia o no de complementariedad entre los textos comunitarios que regulan la materia: el Reglamento *Bruselas II bis* y el Reglamento *Roma III*. Tras concluir la ausencia de coordinación entre ambos instrumentos legislativos la autora del libro propone una nueva solución para su correcta coordinación. Este es el motivo por el cual la (des)coordinación entre el R. 1259/2010 y el R.2201/2003 tan sólo aparece en la presente tesis en un breve apartado¹⁸.

A su vez, ese mismo año, se realizó otro trabajo de investigación con el R. 1259/2010 como objeto de estudio desde la única perspectiva del Reglamento *Roma III* como instrumento europeo para determinar la ley aplicable a las crisis matrimoniales¹⁹. Semenciona de su existencia en la presente tesis en honor a la verdad ya que se trata de una obra no publicada a la que se ha podido tener acceso por contacto directo con el nuevo doctor²⁰.

¹⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Pamplona, Aranzadi.

¹⁸ En el punto V de la presente tesis (Relación del R. 1259/2010 con otros instrumentos internacionales).

¹⁹ ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León.

²⁰ Se trata de una obra no publicada en su totalidad, aunque sí una parte de ella: ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2011). "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*, (7613), pp. 1-7.

INTRODUCCION

6. Son dos obras que tratan de una forma u otra parte la materia objeto de estudio de la presente tesis. Sin embargo, el enfoque es distinto en tanto que en la presente tesis se analiza el instrumento visto desde la perspectiva de su aprobación por medio del mecanismo de cooperación reforzada. Es decir, el objetivo de esta tesis es cubrir el estudio del R. 1259/2010 como norma adoptada por medio del mecanismo de cooperación reforzada y analizar si esta cuestión influye en la capacidad para solucionar problemas de DIPr.

De este modo, se ha aportado originalidad a la presente investigación que se ve reflejada en las conclusiones.

CAPITULO I. ANTECEDENTES

I. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. Aspectos previos.

1. El divorcio es una institución jurídica compleja ya que, en efecto, comporta en primer lugar, la disolución *inter vivos* del vínculo matrimonial y ello produce, en segundo lugar, una explosión de efectos en el ámbito de numerosas esferas jurídicas: incide sobre el régimen económico del matrimonio, sobre las relaciones personales entre los cónyuges, sobre los derechos hereditarios, sobre los posibles cambios de nombre, sobre las relaciones paterno-filiales con los hijos comunes, sobre la capacidad matrimonial...etc. Por eso, la regulación jurídica en este ámbito no es sencilla y se complica más si recae en el ámbito de derecho internacional privado²¹.

2. La problemática en el ámbito de la separación y el divorcio radica en que existen distintos modelos de divorcio. Es decir, diversas formas de entender el divorcio como causa de disolución *inter vivos* del vínculo matrimonial, que en muchas ocasiones resultan ser diferente país a país²².

No se trata sólo de admitir o no admitir la posibilidad de divorcio como disolución conyugal sino también cómo se llega a él (qué requisitos previos tiene que cumplir un cónyuge para ser susceptible de pedir o no el divorcio) y “qué consecuencias jurídicas” se derivan de ello (que sabemos que son miles, tanto a nivel patrimonial como a nivel paterno filial).

²¹ ESPLUGUES MOTA, C., & IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (2014). *Derecho Internacional Privado* (8ª ed.). Valencia, p. 400; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2014). *Derecho internacional privado* (7ª ed.). Madrid, p. 409.

²² Por ejemplo, en Derecho belga hay dos formas de divorcio: el divorcio por causa determinada y el divorcio de mutuo acuerdo. En la legislación belga las causas de divorcio son el adulterio (artículo 229 del Código civil), los excesos, los malos tratos y las injurias graves (artículo 231) y la separación de hecho (artículo 232). En cambio en España, ya no se requieren causas determinadas para ello, basta el transcurso de 3 meses desde la celebración del matrimonio para poder solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

3. El divorcio es una institución jurídica extraordinariamente polémica, lo cual tiene su particular repercusión en derecho internacional privado: como en toda situación de hecho, existen dos bandos muy marcados: los que no admiten la figura de divorcio y los que la defienden a ultranza.

En primer lugar, los partidarios del “no” entre los que nos encontramos dos grupos: Por un lado, la Iglesia, que es partidaria de no aceptar la figura del divorcio partiendo de la base de que desde el momento en el que se entiende el matrimonio como un sacramento que genera un vínculo matrimonial indisoluble –que nada ni nadie puede disolver, salvo la muerte-²³; Y por otro lado, los sectores más radicales del idealismo anarquista que entienden que si existe el divorcio es porque existe matrimonio y ellos consideran que no debería existir el matrimonio sino simplemente las “uniones libres”²⁴.

En segundo lugar, los partidarios del “sí” entre los que se encuentran la mayoría de Estados. Poco a poco, muy lentamente el divorcio se ha ido extendiendo con fuerza en el territorio de la UE. La Revolución Francesa (S. XVIII, 1789-1799) introdujo el divorcio en Francia; La Revolución comunista rusa de 1917 lo introdujo en las legislaciones de países de Europa del Este. Y finalmente el laicismo y la secularización hicieron lo propio de la sociedad occidental (Italia en 1970, España en 1981). Significativa fue la aprobación del divorcio en 2004 en Chile que, con la entrada en vigor de la ley de matrimonio civil se acababa con una prohibición que databa de 1884 y que se mantuvo vigente más de 100 años²⁵.

²³ Código de derecho canónico, Libro IV, parte I, título IV “del matrimonio”, (cann.1055-1165).

²⁴ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 41.

²⁵ Ley de matrimonio civil nº 19.947, promulgada el 7 de mayo de 2004, publicada el 17 de mayo de 2004 y modificada por por última vez por la Ley nº 20.286 que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales en la ley 19.947 que crea los Tribunales de Familia.

4. No sólo ha ido ocupando más territorio sino que ha ido cambiando su apariencia²⁶. Se entendía el divorcio como una “*sanción excepcional*” (*fault divorce*), consecuencia del incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte de un “*cónyuge culpable*”²⁷.

²⁶ ESPINAR VICENTE, J. M. (1984). “La celebración del matrimonio en el derecho internacional privado español. Una aproximación a los requisitos sustanciales”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 36(1), pp. 93-102.

²⁷ Como *sanción* excepcional en Italia, a instancia de parte, el tribunal –cuando las circunstancias lo requieran- decide cuál es responsable de la separación (con éste enunciado, el legislador de la reforma de 1975 sustituyó el anterior enunciado de “*separación culpable*”, abandonando el principio de “*sanción*” basada en la culpa e introduciendo el principio de “*remedio*” para una situación de intolerabilidad de la convivencia o de perjuicio para los hijos menores). *Vid.* art. 149 Codice Civile Italiano (R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile (*Publicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*)); En Polonia en cambio, el tribunal dicta una sentencia de divorcio, por la que decreta si uno de los cónyuges es responsable de la ruptura del matrimonio, y, de ser así, cuál de ellos. Si ambos cónyuges así lo solicitan, el tribunal renuncia a pronunciarse sobre la responsabilidad de la ruptura. *Vid.* art. 18 de la Ley de 14 de febrero de 2011 de Derecho Internacional Privado (*Ustawy z dnia 14 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe*); El conocido *Fault divorce* se produce cuando una de las partes culpa a la otra parte como causa del divorcio. Es decir, uno de los cónyuges debe haber hecho algo que justifique que el otro quiera poner fin a la unión conyugal. Las razones de las distintas legislaciones han sido variadas: adulterio, homosexualidad, incapacidad para tener relaciones sexuales, comisión de un delito grave, inestabilidad mental, etc; *Vid.* CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil. 1. Introducción, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Quadrige/puf, p. 43; En relación al *cónyuge culpable*, sin ir más lejos, en España antes de la actual regulación del divorcio (ley 15/2005 de 8 de julio de 2005 por la que se modifican el Código Civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio- BOE, núm. 163, 24458 de 9 de julio de 2005) tal como aparece en la exposición de motivos de la misma ley “*el divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un periodo de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes*”.

Actualmente y de modo generalizado el divorcio no se estima como una consecuencia inevitable de la ruptura de la convivencia conyugal sino que toma cuerpo por voluntad de cualquiera de las partes, de forma que el papel de los tribunales es más pasivo que activo. Es decir, que a día de hoy poco o nada tiene que decir un tribunal si uno de los esposos insta una demanda de separación judicial o divorcio en tanto que sólo constata la voluntad de uno de los cónyuges de querer disolver o relajar la unión matrimonial. En este sentido, en España sin ir más lejos para divorciarse no se requiere más que la mera y sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y el transcurso de 3 meses desde la celebración del matrimonio, sin que se exija ninguna causa objetiva²⁸. Se demuestra de este modo que el cónyuge toma el poder y se divorcia cuando mejor le parece mediante la sola manifestación de voluntad.

5. Parte de la problemática de la regulación de las crisis matrimoniales (tanto el divorcio como la separación judicial) parte también de la variedad de los derechos estatales que regulan dichas crisis. Por ejemplo en unos países no se admite el divorcio como Filipinas y la Ciudad del Vaticano; en otros no existe la separación judicial pero sí el divorcio (Suecia, Finlandia, Alemania, Marruecos o la República Checa); en otros sólo existe el divorcio de forma unilateral por el varón (ciertos países musulmanes que admiten el repudio); en otros Estados el divorcio sólo

²⁸ Art. 86 Cc: "Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81"; Art. 81 Cc: " Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º) a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos 3 meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de éste Código. 2º) A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos 3 meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso en transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación".

procede por declaración judicial (España, Francia) mientras que en otros países puede ser ante una autoridad administrativa (Japón: los alcaldes) ante autoridad religiosa (en Israel: los rabinos) ante fedatario público (Cuba: los notarios) o incluso puede proceder un divorcio por medio de acuerdo privado entre los cónyuges sin la intermediación de ninguna autoridad (Thailandia, Ghana). En otros Estados como Suecia y Finlandia no existe la nulidad por tanto un matrimonio únicamente puede disolverse de dos maneras posibles: por fallecimiento de uno de los cónyuges o por sentencia judicial de divorcio. Y en Eslovenia aunque no se regula la nulidad como tal, sí se contempla la posibilidad de anulabilidad con efectos jurídicos a partir de la declaración judicial.

6. En definitiva, el divorcio se ha ido extendiendo por el mundo: no sólo se ha ido reconociendo en cada vez más partes del planeta, sino que también ha aumentado su uso²⁹.

Si a dichos aspectos se le suma el componente internacional la problemática para los esposos que quieren disolver su vínculo matrimonial se puede tornar estratosférica³⁰.

7. El DIPr. trata de superar dichos inconvenientes para hacer más fácil la vida al ciudadano europeo y, en este caso, busca permitir un divorcio más sencillo ante los tribunales de los Estados miembros.

Para ello, como se ha apuntado con anterioridad, la primera cuestión a la que los esposos con voluntad de separarse o divorciarse deben realizar es la de conocer a qué tribunales presentar la demanda de separación judicial o divorcio. Dicho con otras palabras, en primer lugar, deberán saber qué tribunales de qué Estado miembro tienen competencia judicial internacional para conocer de la disputa. *Grosso modo* para poder entender mejor la dificultad de regulación de las crisis matrimoniales

²⁹ Vid. Web Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (última fecha de consulta: 22 de junio de 2015 con fecha de última actualización de 27 de enero de 2015).

Fuente:https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es.do

³⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Granada, p. 174.

internacionales a continuación se profundiza en la regulación de la competencia judicial internacional, ya que, como se acaba de escribir, constituye el primer paso en el proceso de solución de crisis matrimoniales europeas, esto es, el paso previo a determinar la ley aplicable a una separación o divorcio pasa por saber qué tribunal es competente para conocer el asunto.

2. Normativa reguladora

8. La regulación de la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad y separación judicial se contiene en diversos instrumentos legales: En primer lugar el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 23 de noviembre y en segundo lugar, el art. 22 de la LOPJ³¹.

A. REGLAMENTO 2201/2003 DEL CONSEJO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2003

(a) *Ámbito de aplicación*

(1) *Ámbito de aplicación material*

9. Como ámbito de aplicación material el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre (comúnmente llamado Reglamento Bruselas II bis) regula, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional: En primer lugar, la competencia judicial internacional relativa por un lado al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial y por otro lado a la atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental; En segundo lugar, el reconocimiento y exequátur de resoluciones dictadas por un lado al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial y por otro lado a la atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización

³¹ 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) 1347/2000. DOUE, L338/1, 23.12.2003; Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

de la responsabilidad parental³². Y en tercer lugar, la cooperación de autoridades centrales en materia de responsabilidad parental.

Dicho de otro modo, se regulan dentro del ámbito de aplicación del Reglamento *Bruselas II bis* la competencia judicial internacional y el reconocimiento y exequátur de dos ámbitos bien definidos: el primero, la extinción, nulidad o relajación del vínculo matrimonial y el segundo, la responsabilidad parental. Por tanto, el Reglamento 2201/2003 sólo regula materias civiles relativas a crisis matrimoniales, sean o no judiciales³³.

10. Sin embargo, no regula y por ello quedan excluidas de su ámbito de aplicación las siguientes materias:

En primer lugar, los procedimientos de nulidad matrimonial, divorcios y separaciones que revistan carácter religioso, salvo que un Estado miembro considere que una autoridad religiosa está investida de poder estatal o civil³⁴. A éste respecto se aprecia en el art. 2.2 que se entenderá por juez, *“el juez o la autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento”*.

En segundo lugar, quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento *Bruselas II bis* todas aquellas cuestiones conexas al divorcio, nulidad o separación como las causas que lo motivaron, el régimen económico matrimonial, la obligación de alimentos o pensiones, la

³² Este Reglamento incluye, tal como es de ver en el art. 1.2 del Reglamento Bruselas II bis, la regulación de la competencia judicial internacional: *“ a) al derecho de custodia y al derecho de visita. b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) a la designación y a las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia.”*

³³ Art. 1.1 Reglamento 2201/2003 (DOUE L 338/1, 23.12.2003).

³⁴ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.), Granada, p. 177.

determinación o impugnación de la filiación, adopción, nombres y apellidos del menor³⁵.

En tercer lugar, no se incluyen tampoco en el ámbito de aplicación del R. 2201/2003 la disolución de parejas de hecho. Sin embargo, hay doctrina que critica éste punto alegando que se trata de un texto muy poco sensible al “*pluralismo actual de los modelos familiares*” ya que en Gran Bretaña y Alemania por ejemplo las parejas de hecho surten los mismos efectos que el matrimonio³⁶.

En cuarto lugar, se prescinde de incluir dentro del ámbito de aplicación del Reglamento *Bruselas II bis* la separación de hecho de los cónyuges³⁷.

Y en quinto y último lugar, no se regula tampoco la determinación de ley aplicable a crisis matrimoniales (el Reglamento 2201/2003 sólo regula la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de decisiones en relación a las crisis matrimoniales³⁸).

³⁵ AP Cádiz, sec. 1ª, A 15-9-2005, nº 25/2005, rec. 95/2005; Tribunal Supremo Sala 1ª, A 20-11-2007, rec. 16/2007; Tribunal Supremo Sala 1ª, S 22-5-2002, nº 527/2002, rec. 1088/2001; Tribunal Supremo Sala 1ª, A 18-11-2003, rec. 1951/2001.

³⁶ Es importante remarcar, que el ámbito de aplicación del Bruselas II *Bis* regula la competencia judicial internacional relacionada con divorcios, separaciones judiciales y nulidades. Por tanto, y con ello se quiere añadir que el legislador deja de lado a las parejas de hecho. Es decir, los litigios originados por la ruptura de una pareja de hecho no se incluyen dentro de su ámbito de aplicación (salvo que el objeto del proceso verse sobre la protección de menores a su cargo) por estar incluido dentro del ámbito de aplicación (responsabilidad parental); ANCEL, B., & MUIR WATT, H. (2001). “La désunion européenne: Le règlement dit Bruxelles II”. *Revue Critique Droit International Privé*, (3), p. 403; VEGA GARCÍA, A. (2011). “La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas (eingetragene Lebenspartnerschaften) a los matrimonios en el Impuesto sobre sucesiones”. *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)*, 1, p. 12.

³⁷ Art. 1 Reglamento 2201/2003 (DOUE L 338/1 de 23.12.2003).

³⁸ Art. 1.3 Reglamento 2201/2003, DOUE L 338/1, de 23.12.2003.

(2) *Ámbito de aplicación espacial*

11. El Reglamento *Bruselas II bis* se aplica por los tribunales y autoridades públicas de todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca. Dicha premisa queda establecida en su artículo 2 que estipula que “a los efectos del presente reglamento se entenderá por (...): 3. Estado miembro: todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca (...)”³⁹.

(3) *Ámbito de aplicación temporal*

12. El Reglamento *Bruselas II bis*, siguiendo la dinámica instaurada en el Convenio de Bruselas de 1968 y seguida en los Reglamentos *Bruselas I* y *Bruselas II*, establece en el artículo 64 el principio de irretroactividad con respecto a las normas de competencia judicial internacional e introduce una *retroactividad matizada* en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de sentencias⁴⁰.

³⁹ Art. 2. 3 Reglamento 2201/2003 (DOUE L 338/1, 23.12.2003).

⁴⁰ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y su protocolo anejo. Bruselas, 27.09.1968 DOCE num. L 299, de 31-12-1972; Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOCE núm. L 012, de 16 de enero de 2001; Corrección de errores, DOCE núm. L 307, de 24 de noviembre; DOCE núm. 176, de 5 de julio de 2002; modif. DOCE núm. L 225, de 22 de agosto de 2002; modif. DOUE núm. L 236, de 23 de septiembre de 2003; Reglamento (CE) nº 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Diario Oficial L 160 de 30.06.2000), derogado por el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Diario Oficial L 338 de 23.12.2003); GARAU SOBRINO, F. F. (2004). “El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes”. En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, p. 401.

(4) *Ámbito de aplicación personal*

13. El Reglamento *Bruselas II bis* no introduce ninguna modificación en lo que se refiere a las relaciones interconyugales. Tal como se ha señalado anteriormente los procesos iniciados de una “*relación afectiva distinta a la matrimonial*” no quedan incluidos en el ámbito material de dicho Reglamento⁴¹.

14. Por regla general, un cónyuge que tenga su residencia habitual en Estado Miembro o sea nacional de un Estado Miembro, sólo podrá ser demandado ante tribunales de otro Estado miembro en virtud de los foros contenidos en el Reglamento 2201/2003. Es decir, los tribunales de los Estados miembros (con excepción de Dinamarca) tienen que aplicar las disposiciones del Reglamento siempre que la situación de hecho se incluya en alguno de sus foros de competencia establecidos en el art. 3 R. 2201/2003. Dicho artículo recoge la disposición de los 7 foros de competencia alternativos cuya operatividad debe verificarse en el momento de la presentación de la demanda. En esta línea, la competencia puede estar atribuida a los tribunales del Estado miembro:

- de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda;

- de la última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos todavía resida allí en el momento de la presentación de la demanda.

- de la residencia habitual del demandado en el momento de la presentación de la demanda.

- de la residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta.

- de la residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda

⁴¹ FONT I SEGURA, A. (2004). “El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: Un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis”. *Revista española de derecho internacional*, 56(1), p. 281.

- de la residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y, o bien es nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso de Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su *domicile*.

- De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso de Reino Unido y de Irlanda, *domicile* de ambos cónyuges en dicho país. Si los cónyuges residen en un Estado miembro, su nacionalidad es irrelevante a efectos de precisar la competencia judicial internacional y el Reglamento 2201/2003 se aplica, por supuesto aunque se trate de ciudadanos que no ostentan la nacionalidad de un Estado miembro⁴².

15. Por regla especial, si los órganos jurisdiccionales de ningún Estado miembro resultaren competentes según el Reglamento 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden declararse competentes a través de los foros contenidos en sus normas de producción interna, independientemente de que el demandado sea o no nacional de un Estado miembro y de que dicho demandado resida o no habitualmente en un Estado miembro.

(b) Breves valoraciones a la configuración del Reglamento Bruselas II bis

(1) Consecuencia de la operatividad de los foros: el privilegio del demandante.

16. La articulación de los foros de competencia judicial internacional se cimientan en el *principio de proximidad* basado en el criterio de la residencia habitual. Sin embargo, se trata de un término (el de la residencia habitual) que no se define en el mismo Reglamento⁴³. Dichos foros

⁴² AAP Barcelona 17 abril 2009.- divorcio entre peruanos.

⁴³ MELLONE, M. (2010). "La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie". *Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 46 (3), pp. 685-716; RICCI, C. (2008). "Habitual residence as a ground of jurisdiction in matrimonial disputes: From Brussels II to Rome III". En A. MALALTESA, F. POCAR & S. BARIATTI (Eds.). *The external dimension of EC private international law in*

establecidos el art. 3 del Reglamento *Bruselas II bis* se configuran de un modo alternativo. Ello implica la posibilidad de que cualquiera de estos pueda operar para justificar la competencia internacional de los tribunales sin necesidad de que exista un orden jerárquico entre ellos.

17. En este sentido, el demandante ostenta una posición predilecta con respecto al demandado, en tanto que tiene capacidad para escoger los tribunales competentes de acuerdo con los foros que pudieran ser de aplicación en un supuesto concreto⁴⁴. Por tanto, se puede decir sin miedo a equivocarse que la forma en que aparecen configurados los foros de competencia judicial internacional supone todo un privilegio, que además encuentra su protección en sede de reconocimiento⁴⁵.

18. Este vasto listado de foros de competencia judicial internacional pone en evidencia el riesgo real que existe de *Forum shopping* en sede de competencia teniendo a su vez como consecuencia la posibilidad de aumento de la litigiosidad⁴⁶. En este sentido, Con base en la regla de *prior in temporis*, el primero de los esposos que interponga la demanda será el que realmente tenga esa posición privilegiada sobre el otro cónyuge al tener la posibilidad de escoger los tribunales a los que quiere plantear la separación judicial o el divorcio.

family and succession matters. Padua: CEDAM, p. 207, ; RICCI, C. (2008). "Il foro della residenza abituale nel regolamento N° 2201/2003 e nella proposta Roma III". *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, pp. 421-431.

⁴⁴ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Pamplona, Aranzadi, p. 42.

⁴⁵ Tal como es de ver en el art. 25 del R. 2201/2003 (DOUE L 338/1, 23.12.2003) que no permite al Estado miembro requerido negar el reconocimiento "*alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad del matrimonio basándose en los mismos hechos*".

⁴⁶ Resulta muy interesante el anexo de elaboración propia que presenta Sánchez Jiménez para presentar esta realidad. *Vid.* SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Pamplona, Aranzadi, p. 56.

(2) *Dispersión del pleito*

19. Cabe apuntar, que en relación al Reglamento 1347/2000 (en adelante Bruselas II), Reglamento inmediatamente anterior al Bruselas II *bis*, éste último apenas aporta nuevas modificaciones en lo que se refiere a las crisis matrimoniales propiamente dichas, manteniendo únicamente una regulación de las cuestiones relativas al estado civil de los cónyuges que atañen a la nulidad, disolución o relajación del vínculo matrimonial, lo cual impide considerar los efectos patrimoniales que se derivan del divorcio, separación judicial o nulidad⁴⁷.

De esta manera, se puede decir que persiste en el Reglamento *Bruselas II bis* la denunciada “*dispersión jurisdiccional del pleito*” dado que la regulación de cuestiones tan importantes en esta materia como pueden ser los alimentos, el régimen económico patrimonial o la atribución del uso y disfrute de a vivienda familiar, quedan al margen del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II *bis*⁴⁸.

A este respecto cabe decir que el legislador europeo no está al margen de dicha problemática, de hecho la Comisión propuso (Previa consulta pública sobre las posibles soluciones a los problemas que pudieran surgir al respecto a raíz de la adopción el 14 de marzo de 2005 de un Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio), el 17 de julio de 2006, un Reglamento destinado a modificar el Reglamento *Bruselas II bis*, en lo que se refiere, por un lado, a la competencia judicial internacional y, por otro lado, a la introducción de normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial⁴⁹. Dicha propuesta, por falta de acuerdo

⁴⁷ FONT I SEGURA, A. (2004). “El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: Un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis”. *Revista española de derecho internacional*, 56(1), p. 276.

⁴⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”. En CALVO CARAVACA, J.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, p. 217.

⁴⁹ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial. COM(2006) 399 final, Bruselas 17.07.2006.

entre los Estados miembro, finalmente reguló sólo la segunda de las cuestiones (la determinación de ley aplicable) y se erigió como el Reglamento 1259/2010, comúnmente conocido como *Roma III*⁵⁰.

B. ARTÍCULO 22 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

20. Los foros contenidos en el art. 22 LOPJ sólo podrán aplicarse cuando según el art. 7.1 del R. 2201/2003 ningún tribunal de ningún Estado miembro sea competente para conocer de la acción de divorcio o separación judicial.

21. Sin embargo, el radio de acción del art. 22 LOPJ se ha visto reducido de manera drástica y actualmente tiene un carácter meramente residual⁵¹. Dicha competencia residual concedida por el Reglamento 2201/2003 a las normas internas de competencia judicial internacional es más que residual, virtual, puesto que la amplitud espacial de los foros previstos en el Reglamento Bruselas II bis agota prácticamente todas las posibilidades de competencia, al menos, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere⁵².

22. El art. 22 LOPJ otorga competencia judicial internacional a los tribunales españoles en materia de crisis matrimoniales en los siguientes supuestos no contemplados en el Reglamento *Bruselas II bis*:

En primer lugar, cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España (hay doctrina que dice que este foro es

⁵⁰ Se trata de un apunte que, por su especial importancia en el objeto de estudio de la tesis, se estudiará con más profundidad en el siguiente capítulo (en el apartado titulado “*el difícil proceso de elaboración*”).

⁵¹ AAP Murcia 21 abril 2011, divorcio entre cónyuges italianos con residencia habitual en Italia; AAP Madrid 25 enero 2008, divorcio contencioso entre demandante ecuatoriano con residencia habitual en España y demandada con residencia habitual en Ecuador; AAP Barcelona, 17 febrero 2009, divorcio entre españoles.

⁵² FONT I SEGURA, A. (2004). “El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: Un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis”. *Revista española de derecho internacional*, 56(1), p. 291.

discriminatorio porque beneficia al demandante español). Y en segundo lugar, cuando ambos cónyuges se hayan sometido a los tribunales españoles (este foro sobrevive al R. 2201/2003).

23. En caso de que no concorra ningún foro de competencia judicial internacional de los previstos en el artículo 22 LOPJ, los tribunales españoles de oficio, se declararán incompetentes.

Es importante señalar que, los foros en materia de crisis matrimoniales sólo habilitan a los tribunales españoles para conocer la materia relativa a la estricta crisis matrimonial, pero no en relación a cuestiones que suelen decidirse conjuntamente a la crisis matrimonial, como son, la custodia de los hijos, los alimentos, la pensión compensatoria, el régimen económico matrimonial...etc.

En este aspecto, la acotación del ámbito aplicación sigue la misma línea tanto en el Reglamento *Bruselas II bis* como en la LOPJ.

3. Noción de matrimonio en Reglamento 2201/2003 como cuestión prejudicial.

24. El R. 2201/2003 no define qué se entiende por matrimonio, sin embargo resulta del todo necesario por una cuestión prejudicial al divorcio, la separación judicial o la nulidad: sólo puede disolverse el matrimonio que existe como tal.

Se presenta, por tanto, como un problema recurrente que engloba a los matrimonios del mismo sexo, a los matrimonios revocables, matrimonios temporales, uniones civiles, parejas registradas o no registradas, a los matrimonios poligámicos...etc⁵³.

⁵³ En concreto, como se sabe, la poligamia es un tipo de matrimonio en el que se permite a una persona estar casada con varios individuos al mismo tiempo. Según la Circular 2008/14, de 25 de febrero de la Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse -CNAV- (entidad francesa análoga a la Seguridad Social española) es una institución jurídica legal en 47 países de Asia y Africa Central: Afganistán, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Benín, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Qatar, Chad, Comores, Congo, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, República

25. Existen dos tesis al respecto:

Por un lado, una parte de la doctrina indica que el concepto matrimonio desde ser precisado de modo autónomo y propio del R. 2201/2003, sin tener en cuenta la definición de matrimonio contenida en los Derechos de los Estados miembros⁵⁴. En este sentido, el Reglamento *Bruselas II bis* debe ser aplicable a la separación, divorcio y nulidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, como sucede en Holanda, España y Bélgica. No aplicar el R. 2201/2003 a matrimonios del mismo sexo dañaría el *favor divortii* y multiplicaría el *forum shopping* así como las situaciones claudicantes.

Por otro lado, otra parte de la doctrina indica que el Reglamento pudo haber definido el matrimonio, pero no quiso hacerlo⁵⁵. Por tanto, como se trata de un concepto polémico en torno al que no existe consenso en los distintos Estados miembros de la UE, los tribunales de cada Estado miembro aplicará su propio Derecho interno para valorar si la unión entre dos personas del mismo sexo que pretende relajar su vínculo o disolverlo es o no es matrimonio.

Aunque la primera de las interpretaciones sería para parte de la doctrina la más deseable para conseguir así una definición armónica, prevalece la segunda de las tesis poniendo en alza la soberanía de cada Estado miembro para determinar su propio Derecho material⁵⁶. En esta

Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Siria, Tanzania, Túnez, Togo, Uganda, Yemen, Yibuti, Zaire y Zambia.

⁵⁴ GAUDEMET-TALLON, H. (2001). "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". *Journal du Droit International*, (2), p. 381; ANCEL, B., & MUIR WATT, H. (2001). "La désunion européenne: Le règlement dit Bruxelles II". *Revue Critique Droit International Privé*, (3), p. 442.

⁵⁵ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 177.

⁵⁶ Esta fue la estela que quiso seguir el legislador europeo al elaborar el Reglamento *Roma III* tal como es de ver en el Considerando (10) del R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.10.2010) que indica que "*las cuestiones prejudiciales (...) como la validez del*

línea, a efectos del Reglamento 2201/2003, la calificación de una unión entre dos personas como matrimonio depende del Derecho sustantivo de cada Estado miembro.

26. Por tanto, la problemática planteada anteriormente respecto a la poligamia, a los matrimonios revocables o a los temporales, a las uniones civiles, a los matrimonios del mismo sexo, o a las parejas de hecho registradas o no, quedará resuelta de manera diversa dependiendo de la legislación interna de cada Estado miembro. Esto es, una vez acreditado que, efectivamente, se trata de un matrimonio según el Estado miembro en cuestión, podrá aplicarse el Reglamento 2201/2003 en tanto en cuanto el mencionado cuerpo legal regula las cuestiones relativas al divorcio, nulidad y separación judicial⁵⁷.

matrimonio (...) deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”.

⁵⁷ El problema de la noción de matrimonio como cuestión previa es un asunto recurrente y aparece también en sede de ley aplicable, con lo que será, más adelante cuando se ponderen los argumentos jurídicos a favor o en contra de cada una de las dos posturas. *Vid.* Punto IV de la presente tesis (Ámbito de aplicación material).

II. LEY APLICABLE

1. Una vez determinado si los tribunales españoles son o no competentes para conocer un asunto de separación o divorcio el siguiente paso para llegar a la solución de conflictos en materia de crisis matrimoniales es concretar qué ley debe aplicarse: si la española o la extranjera.

La regulación de la determinación de ley aplicable varía según se trate por un lado, de separación judicial y divorcio y por otro, de nulidad. Por tanto, en éste apartado (antecedentes a ley aplicable) se analizará la regulación inmediatamente anterior a la entrada en vigor del Reglamento *Roma III*⁵⁸.

1. Separación judicial y divorcio

A. EL ARTÍCULO 107.2 CC. ASPECTOS GENERALES

2. La determinación de ley aplicable a la separación judicial o al divorcio se realizaba con arreglo al artículo 107.2 del Código Civil (inaplicable desde la entrada en vigor del R. 1259/2010). Éste, contenía criterios de determinación de la Ley aplicable estructurados “en cascada” o “en escalera”. Es decir, a diversas situaciones, diversa ley aplicable (*Kegel's Ladder*)⁵⁹. Por tanto, si la ley designada por el primer criterio regulaba de una determinada manera el divorcio o la separación judicial, dicha ley debía aplicarse y no sería posible acudir al siguiente “punto de conexión” buscando un resultado diferente. De ahí que parte de la doctrina

⁵⁸ No se analizará la determinación de ley en caso de separación de hecho así como tampoco la determinación de ley en caso de nulidad por tratarse de materias que no quedan incluidas en el ámbito de aplicación del R. 1259/2010, objeto principal de estudio de la presente tesis.

⁵⁹ ARENAS GARCÍA, R. (2004). “La nueva redacción del artículo 107 del Código civil”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 56(1), p. 212.

estableciese que el artículo 107 Cc “no era una norma de conflicto materialmente orientada a favor del divorcio”⁶⁰.

3. Los criterios que al art. 107.2 Cc establecía para determinar la Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial eran textualmente los siguientes:

“1º) Se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España y cuando la separación/divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

2º) En defecto de las circunstancias anteriores, se aplicará la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda.

3º) A falta de nacionalidad común, se aplicará la ley de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda.

4º) En defecto de residencia habitual común de los cónyuges, se aplicará la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

5º) A falta del anterior criterio, se aplicará la ley sustantiva española siempre que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España.”

B. PUNTOS DE CONEXIÓN

(a) Aplicación condicionada de la ley española

4. El primer punto de conexión del artículo 107.2 del Código Civil preveía la aplicación de la ley española cuando uno de los cónyuges fuese español o residiera de manera habitual en España así como cuando la

⁶⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2005). *Derecho de familia internacional*. Madrid, p. 168.

separación o el divorcio se pidiera por ambos cónyuges o bien tan sólo por uno de ellos con el consentimiento del otro.

Por tanto, se presentaba como una “*norma de extensión*” puesto que incrementaba en el espacio la aplicación de una norma sustantiva (en este caso la de la ley española) a aquellos supuestos de divorcio o separación judicial internacionales que tenían una conexión con España. Es decir, regía la ley española si se cumplían dos condiciones de manera acumulativa: En primer lugar, que uno de los cónyuges fuera español (criterio de nacionalidad) o bien que residiera habitualmente en España (criterio de residencia habitual); Y en segundo lugar, que la separación o divorcio se pidiera por ambos cónyuges o bien sólo por uno de ellos con el consentimiento del otro cónyuge.

5. Dichas condiciones presentaban ciertos problemas. Para la primera de ellas (nacionalidad o residencia habitual) en cuanto a la condición de la nacionalidad podían presentarse dos cuestiones a tener en cuenta: primero, que existiera un cónyuge con doble nacionalidad y segundo, que se presentara un cónyuge apátrida. En el primero de los casos, una persona con doble nacionalidad sería considerada española a efectos del 107.2 Cc si, teniendo en cuenta los Convenios y el art. 9.9 Cc, su nacionalidad prevalente fuera la española. En el segundo de los casos, el cónyuge apátrida no sería considerado español. La condición no se verifica, aunque la “ley personal” del apátrida sea la ley española.

En cuanto a la condición de la residencia habitual, el problema radicaba en qué se entiende o qué implica el concepto de residencia habitual. Es decir, para aplicar la ley española a un caso de divorcio o separación judicial sólo hacía falta que un cónyuge residiera habitualmente en España. El art. 107 del Código Civil no incidía en el hecho de la que la residencia habitual de un individuo fuese una residencia legal o ilegal, ni radicaba en querer decir que fuese el país donde éste tuviera su domicilio fiscal o administrativo ni la inscripción en el padrón municipal de

habitantes⁶¹. Por tanto, se entendía la residencia habitual simplemente como “*centro social de vida*”⁶².

6. La exigencia de nacionalidad y de residencia habitual se requería en el momento de la presentación de la demanda, lo cual hacía imposible el problema del “conflicto móvil”.

Sin embargo, al extender la redacción del art. 107.2 CC de modo “*desmesurado*” el ámbito de aplicación de la ley sustantiva española en casos internacionales de crisis matrimoniales se producía una consecuencia negativa para el DIPr, las temidas sentencias claudicantes⁶³. Dicha premisa se sucedía en casos como por ejemplo con el art. 128 de Moudawana marroquí de 3 de febrero de 2004 que indica que el divorcio pronunciado en el extranjero debe respetar las consideraciones previstas en el Moudawana en lo relativo al divorcio y el repudio⁶⁴. En el caso de que un tribunal español dictase sentencia de divorcio entre dos nacionales marroquíes seguramente se trataría de una sentencia inútil, ya que no surtiría efectos en Marruecos. Otro caso acontecía con las leyes ecuatorianas, y es que el art. 92 del Código Civil de Ecuador en relación con el art. 129 del mismo, niega efectos en Ecuador a las sentencias extranjeras que no hubieran sido dictadas según las leyes ecuatorianas⁶⁵. Por tanto,

⁶¹ A este respecto, el art. 40 Cc dice “*para el ejercicio de derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la ley de Enjuiciamiento Civil...*”

⁶² SAP Cuenca 26 febrero 2004.

⁶³ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Decimo quinta ed.). Granada, p. 171.

⁶⁴ Boletín Oficial Disposiciones Generales Sherifyan Dahir (Real Edicto) nº 04/01/22 expedido el 12 de Dou Hijja Al 1424 (3 de febrero de 2004) para aplicar la ley nº 70.03 como el Código de Familia.

⁶⁵ Art. 92 Código Civil ecuatoriano.- “*El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República*”.

todos aquellos divorcios sentenciados en territorio español sobre ciudadanos ecuatorianos con base en las leyes españolas, no surtirían efectos en su país de origen.

(b) Nacionalidad común de los cónyuges

7. De no verificarse alguna de las dos circunstancias señaladas en la conexión precedente (*punto a*), la separación o el divorcio se regían por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. Para ello, se debía poner una especial atención a determinados aspectos que podían suscitar algún problema de aplicación del mencionado punto de conexión.

En primer lugar, la falta de prueba del Derecho nacional de los cónyuges: si las partes no probaban la ley nacional común y no fundaban sus pretensiones en el mencionado derecho, el tribunal español debía desestimar la demanda de divorcio o separación.

En segundo lugar, la doble nacionalidad: Para decidir la nacionalidad “preferente” a efectos del art. 107.2 del Código Civil se estará a lo dispuesto en Convenios internacionales y al art. 9.9 Cc que estipulaba lo siguiente:

“A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las Leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida”

Art. 129 Código Civil ecuatoriano.- *“Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no podrá anularse, ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador, sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos”.*

Congreso Nacional. Comisión de legislación y codificación. Oficio nº 0110-CLC-CN-0, Código Civil de Ecuador, 10 de mayo de 2005, Quito, Ecuador.

En tercer lugar, la posibilidad de la existencia de un cónyuge apátrida. En tal caso, no se hubiese aplicado la conexión de la nacionalidad común de los cónyuges y se hubiese pasado al siguiente punto de conexión.

Y en cuarto lugar, se suscitaba un problema de remisión en Estados en los que coexisten distintos sistemas de Derecho privado, es decir, en estados con sistemas plurilegislativos (por ejemplo: ante cónyuges británicos: uno escocés y otro inglés). A este respecto, debía aplicarse la ley nacional de los cónyuges (la británica en el ejemplo anterior) no así el derecho interregional.

(c) Residencia habitual común de los cónyuges

8. En defecto de los puntos anteriores, el art. 107.2 Cc establecía que la separación o divorcio se debía regir por la ley de residencia habitual común del matrimonio en el momento de la presentación de la demanda. Ésta solución se planteaba para dar solución al problema del conflicto móvil.

Designar un punto de conexión como la residencia habitual común de los cónyuges resulta todo un acierto, porque ésta es una circunstancia que no es mutable ya que en el momento de la presentación de la demanda sólo se tiene una residencia habitual común, tal se manifiesta en numerosa jurisprudencia⁶⁶.

Tal como se ha expresado con anterioridad, la residencia habitual se entiende como el lugar donde el matrimonio tiene su centro social de vida en el momento de la presentación de la demanda. Por tanto, la residencia habitual se concreta en el lugar donde los esposos se encuentran su

⁶⁶ SAP de Málaga (Sección 5ª) núm. 384/2004, de 31 de marzo (JUR 2004/128865); SAP Murcia (Sección 1ª), sentencia núm. 166/2003 de 12 mayo. AC 2003 \ 1676; SAP Barcelona (Sección 12ª), sentencia del 18 de Junio de 2002. AC 2002 \ 2176; SAP Alicante (Sección 9ª), sentencia núm. 203/2009 de 30 marzo. JUR 2009 \ 259912 ; SAP Asturias (Sección 4ª), sentencia núm. 321/2006 de 29 Septiembre. AC 2006 \ 1814 ; SAP La Rioja (Sección 1ª), sentencia núm. 211/2005 de 21 julio. JUR 2005 \ 188411

“*vocación de permanencia*” y dicha vocación de permanencia requiere acreditar que los esposos se hallan en dicho lugar durante cierto tiempo⁶⁷.

(d) Última residencia habitual común de los cónyuges si uno de ellos reside habitualmente en dicho Estado

9. En defecto de las circunstancias anteriores, la separación judicial o el divorcio se regía por la ley de la última residencia habitual común si uno de ellos seguía residiendo en ese Estado. Resultaba ser un punto de conexión sin problemas de aplicación⁶⁸.

Éste punto de conexión respondía a lo que ha sido el centro real de vida familiar desde siempre o al menos en la última fase del matrimonio, y conducía a un resultado previsible. Además no puede decirse que se tratase de una conexión referida al pasado y desprovista de actualidad, puesto que se requería que uno de los cónyuges aún residiera allí⁶⁹.

(e) Aplicación “condicionada de la ley material española

10. Como cierre, a falta de las circunstancias anteriores, se aplicaba la ley sustantiva española siempre que uno de los cónyuges fuese español o residiese habitualmente en España. Parte de la doctrina bautizó éste punto de conexión como “falsa cláusula de cierre” puesto que la redacción del precepto no preveía qué solución se tenía que aportar en caso de que los cónyuges no tuviesen la misma nacionalidad ni la misma residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda⁷⁰.

⁶⁷ Lo que no es procedente es examinar toda la trayectoria matrimonial (no tiene sentido alguno). Basta con acercarse al momento de la presentación de la demanda y ver cuál es la residencia habitual más cercana.

⁶⁸ AP A Coruña (4 Sección ^a), sentencia núm. 196/2007 de 26 abril. JUR 2007 \ 296645 .

⁶⁹ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2004). “Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código Civil”. En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, p. 187.

⁷⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2010). *Derecho internacional privado* (Undécima ed.). Granada, p. 173.

Se planteaba el siguiente problema: era preciso determinar el Derecho aplicable a la crisis matrimonial en los supuestos en los que nuestros tribunales fueran competentes pero ni los cónyuges tenían la misma nacionalidad ni la misma residencia habitual ni resultaba operativa la conexión de la última residencia del matrimonio ni se diera la circunstancia de que alguno de ellos fuese español o que residiera en España⁷¹.

De esta forma, la aplicación del Derecho español como conexión de cierre sólo podía ejecutarse cuando existiese un vínculo mínimo del supuesto con nuestro ordenamiento, vínculo que quedaba concretado en que al menos uno de los cónyuges fuese español o residiera en España. A falta de dichos vínculos el derecho español no podría aplicarse en el caso concreto, y el juez debía identificar qué derecho era el que estaba más estrechamente vinculado con el caso (*principio de proximidad*) a partir de elementos que estuviesen presentes en el supuesto de hecho⁷².

C.CRÍTICAS DOCTRINALES AL ARTÍCULO 107.2 CC

11. Este precepto del Código civil ha sido duramente criticado por parte de la doctrina por diferentes razones⁷³.

⁷¹ VIRGÓS SORIANO, M., & GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. (2000). *Derecho procesal civil internacional: Litigación internaciona.*, Madrid. p. 417.

⁷² ARENAS GARCÍA, R. (2004). "La nueva redacción del artículo 107 del Código civil". *Revista Española de Derecho Internacional*, 56(1), p. 222.

⁷³ DIAGO DIAGO, M. P. (2004). "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*, Madrid, pp. 271-294; ARENAS GARCÍA, R. (2004). "La nueva redacción del artículo 107 del Código civil". *Revista Española de Derecho Internacional*, 56(1), p. 212.; CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). "El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil". *La Ley*, (3), pp. 1-7.

(a) Olvido de la elección de ley aplicable por parte de los cónyuges.

12. El art. 107.2 Cc. no permitía la elección de ley aplicable, que ya existe en países como Bélgica (art. 55 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004)⁷⁴. Esta solución parece la más idónea por varios motivos: evita sentencias claudicantes, que son contrarias a la tutela judicial efectiva; ahorra costes de prueba de derecho extranjero; potencia la multiculturalidad jurídica; promueve el arreglo interpartes de las crisis matrimoniales, lo cual agiliza el sistema; permite aplicar la ley estatal que suscita menores costes para las partes, lo cual quiere decir que el criterio de elección de ley aplicable se caracteriza por ser *favor divortii*; y es una solución económicamente neutral, no sólo los cónyuges con alto nivel económico pueden elegir la ley reguladora del divorcio o separación judicial.

(b) Puntos de conexión anticuados.

13. Establecer la nacionalidad común como punto de conexión era anticuado y obsoleto, ya que otorgaba “*un relieve exagerado, inflexible y sin matices*”⁷⁵. Entre los inconvenientes se destacaba que al producir un efecto bloqueante sobre la siguiente conexión representada por la residencia habitual de los cónyuges, podía llevar a que se aplicara una ley totalmente desconectada de la situación en los casos en que ésta representara su centro real de vida⁷⁶. Dicho de otra forma, el art. 107.2 Cc

⁷⁴ RIGAUX, F., & FALLON, M. (2005). *Droit international privé* (3ª ed.), Bruxelles, pp. 572-578.

⁷⁵ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Granada. p. 168.

⁷⁶ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2004). “Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código Civil”. En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, pp. 177-192.

no concedía importancia a la residencia habitual común y debería, ya que ésta resulta ser en la práctica un punto de conexión más realista⁷⁷.

(c) Legeforismo militante.

14. El art. 107 Cc aumentaba los casos en los que era aplicable la ley sustantiva española para casos de divorcio internacionales, lo cual fomentaba que las sentencias españolas de divorcio fueran claudicantes- es decir, válidas en el país de origen que dictaba la sentencia pero inválidas en el país de destino, donde se pretendía el reconocimiento de la sentencia- o inefectivas en otro país.

(d) Defectos de técnica legislativa

15. Según Calvo Caravaca y Carrascosa González se trata de una norma “*repetitiva, confusa y oscura*”⁷⁸.

⁷⁷ Por su relevancia, en un próximo capítulo se valorará el acierto del legislador al proponer unos nuevos puntos de conexión en el R. 1259/2010. *Vid.* Capítulo IV.IV.2. B. de la presente tesis: “*Análisis de las distintas conexiones*”.

⁷⁸ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Granada, p. 169.

2. Problemas de aplicación

D. FORUM SHOPPING

(a) Concepto.

16. Para entender la problemática que encierra el *Forum Shopping* entorno a las crisis matrimoniales se debe saber que éste es la consecuencia natural de la conocida “*relatividad del DIPr*”⁷⁹. Para comprenderlo se debe partir de dos premisas principales fundamentales:

La primera de ellas es saber que el DIPr es distinto de Estado a Estado. Cada Estado dispone de su propio Derecho, de sus propias normas (derecho español, derecho francés...), lo que quiere decir que el Derecho internacional privado es “*relativo*”, porque no existe un derecho internacional único, ni válido ni igual para todos⁸⁰. Cada Estado tiene su propio Derecho internacional privado.

La segunda de ellas es conocer que pueden darse resultados materiales diversos de Estado a Estado. Si cada Estado tiene su propio derecho internacional privado, se puede decir que una misma situación privada internacional puede solucionarse de maneras diferentes según las autoridades que conozcan del caso.

La problemática que presenta la doctrina es la siguiente: “*los particulares tienden a acudir a las autoridades de un país determinado con el fin de lograr un concreto resultado jurídico que favorezca sus propios intereses*”⁸¹.

⁷⁹ ABARCA JUNCO, P. (2013). *Derecho internacional privado*. Madrid: Marcial Pons, p. 49.

⁸⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2011). *Derecho internacional privado* (6ª ed.). Madrid, p. 28.

⁸¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Granada, p. 11.

Podemos definir el *Forum Shopping* como la elección del foro de un Tribunal determinado en atención a que las normas de conflicto aplicables sean más beneficiosas que la ley aplicable al lugar que debería conocer del proceso judicial. Se puede decir, de alguna forma, que se trata de una manera de seleccionar la ley aplicable no con base en principios de competencia, sino de conveniencia.

(b) Consecuencias.

17. Es una figura que adquiere una gran importancia en los procesos de separación o divorcio, en cuanto puede determinar la presentación de una demanda en los tribunales de un Estado determinado, no porque éste sea el órgano más adecuado o más próximo, sino porque al interponer la demanda el demandante puede obtener una serie de consecuencias jurídicas más favorables que las que obtendría por aplicar normas de la UE de competencia judicial internacional. La aplicación del *Forum Shopping* tiende a desvirtuar el criterio de seguridad jurídica, ya que uno o ambos cónyuges pueden dejar de tener la certeza sobre qué ley les va a ser aplicada en su procedimiento matrimonial.

18. El *Forum Shopping* produce resultados adversos que no benefician a la armonía del DIPr. Las consecuencias negativas que provoca producen los siguientes efectos:

En primer lugar, una profunda crisis de la seguridad jurídica. Si ante una misma situación de hecho podemos tener soluciones diversas, *a priori* resulta complicado determinar cuál es el régimen jurídico a aplicar a la determinada situación privada internacional. Todo dependerá del “punto de vista”, es decir, dependerá de las autoridades estatales que conozcan del caso, que aplicarán su propio Derecho Internacional privado.

En segundo lugar, decisiones claudicantes. Sabemos que una “resolución pública” (como es una sentencia judicial) surte efectos jurídicos en el país cuyos tribunales hayan dictado tal resolución. Para que surtan efectos en terceros países, dichas resoluciones deberán superar determinados requisitos y procedimientos. Pues si dicha resolución no logra superar los temidos “filtros legales”, el resultado es que sólo surtirá efectos jurídicos en el país cuyas autoridades la han dictado y no en otros

países. Ésta es pues una decisión claudicante: una resolución que no soporta el “paso de la frontera”.

Las decisiones claudicantes dañan la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica y se muestran como obstáculo a la libre circulación de personas⁸².

En las crisis matrimoniales el *Forum Shopping* se traduce en que un cónyuge decida presentar una demanda de divorcio ante determinados tribunales de un Estado miembro concreto porque es consciente de que, de ese modo, provoca la aplicación de una determinada ley estatal que le resulta más favorable.

El ejemplo más claro son los llamados “*divorcios Eurostar*” (en referencia al famoso tren que separa Francia de las Islas Británicas): numerosos franceses viven y trabajan en Londres. En el momento en el que un matrimonio entra en crisis, se entabla una “carrera de cálculos jurídicos”, de modo que el cónyuge mejor informado y en general, con más medios económicos, conoce, mucho antes que el otro cónyuge, cuál será el régimen jurídico y económico del divorcio en Derecho inglés y en Derecho francés. Los tribunales ingleses aplican siempre el Derecho sustantivo inglés a todos los divorcios que se insten en Inglaterra, mientras que los tribunales franceses aplican el derecho sustantivo francés a los divorcios entre cónyuges que ostenten la nacionalidad francesa (art. 3.1 *Code civil*

⁸² La tutela judicial efectiva está regulada en el art. 24. CE que establece que “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Se podría poner un ejemplo de obstáculo a la libre circulación de personas: dos españoles residentes en Venezuela se divorcian en virtud de una sentencia dictada, en rebeldía del demandado, por un tribunal venezolano. El marido quiere regresar a España e inscribir la sentencia de divorcio en el Registro Civil Español. Pero si la sentencia de divorcio no supera el procedimiento legal previsto por el DIPr español, dicha sentencia sólo producirá efectos en Venezuela. Se produce una situación claudicante porque la sentencia no surtirá efectos en España y por tanto el sujeto estará divorciado en Venezuela y casado en España. Dicha situación puede hacer que el marido desista de su voluntad de residir en España o que deba divorciarse de nuevo en España.

francés). El cónyuge con mayores medios económicos se apresurará a coger el Eurostar con dirección a París o Londres (según donde se le aconseje que debe presentar la demanda para así “ganar la carrera al tribunal” (*Rush to the Courts*)⁸³. Además se trata de situaciones que obstaculizan la libre circulación de personas⁸⁴.

(c) Mecanismos contra las consecuencias del Forum Shopping

19. La Doctrina ha enumerado los mecanismos más eficaces para combatir las consecuencias negativas de la relatividad del Derecho Internacional privado⁸⁵:

En primer lugar, se propone una unificación de las normas de Derecho Internacional Privado mediante instrumentos legales internacionales. De esta manera, un mismo caso se resuelve del mismo modo en los distintos Estados sin que sea relevante la autoridad o tribunal que decida sobre la cuestión.⁸⁶

Y en segundo lugar, se plantean la formulación de criterios generosos de “validez extraterritorial de decisiones”.

Como unificar normas de DIPr no resulta tan fácil como parece, cuando ello no es posible o no es viable, puede resultar más eficaz construir un sistema que permita “aceptar” las decisiones públicas dictadas por autoridades de otros Estados. Así se consigue que las decisiones adoptadas en un país “circulen con libertad” por varios Estados

⁸³ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 48.

⁸⁴ En relación al obstáculo de libre circulación de personas en la UE, *Vid.* Capítulo II. I de la presente tesis: “Justificación y objetivos”.

⁸⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2011). *Derecho internacional privado* (6ª ed.), Madrid, p. 28; CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.), Granada, p. 13.

⁸⁶ En el caso de separaciones judiciales y divorcios a través del R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.10.2010)

LUCES Y SOMBRAS EN LA DETERMINACIÓN DE LEY APLICABLE A LAS CRISIS
MATRIMONIALES EN LA UE

dándole de esta manera una “estabilidad internacional” a la situación jurídica concreta.

III. EFICACIA EN ESPAÑA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS DE NULIDAD, SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO.

1. Si se tiene en cuenta que en todo litigio transfronterizo tres son los ámbitos a tener en cuenta: la competencia judicial internacional, la determinación de ley aplicable y la eficacia de sentencias extranjeras. En el presente apartado se analiza la eficacia en España de las sentencias extranjeras de nulidad, separación judicial y de divorcio para determinar si en las situaciones anteriores al Reglamento *Roma III* el hecho de que cada Estado miembro regulara de forma autónoma la ley aplicable a la separación o divorcio tenía consecuencias en la eficacia de las sentencias en esta materia de la UE. Es decir, la eficacia de sentencias extranjeras en las crisis matrimoniales se menciona únicamente a modo de cláusula de cierre. Por tanto, debe saberse que su contenido y valoración se realizará a modo de breve apunte, ya que no forma parte del objeto de estudio de la presente tesis.

Con el objetivo de conseguir el reconocimiento para que una decisión extranjera despliegue efectos en España (ya sea de efecto de cosa juzgada, efecto constitutivo o efecto de tipicidad) se deberán cumplir con unos requisitos y a la vez que seguir un procedimiento establecido por las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras del sistema de Derecho internacional privado español.

2. Dichos requisitos y procedimientos son diferentes en atención al país de procedencia de la decisión y a los efectos de la misma que se quieran hacer valer.

Por un lado, dependiendo del país de origen de la decisión extranjera sobre crisis matrimonial, la regulación aplicable viene establecida en:

a) el Reglamento 2201/2003, aplicable cuando la decisión ha sido adoptada en un Estado miembro de la Unión Europea (con la excepción de Dinamarca⁸⁷).

⁸⁷ El Reglamento *Bruselas II bis* no resulta aplicable a Dinamarca porque, de acuerdo con el Protocolo número 5 anejo al Tratado de Amsterdam, este Estado no

Para delimitar el ámbito de aplicación del R. 2201/2003 (por ser el instrumento legal más utilizado) hay que tener en cuenta dos premisas, en primer lugar que el Reglamento Bruselas II bis prevalece sobre los Convenios Internacionales que España tiene con otros países en relación al reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial.

Y en segundo lugar, que el Reglamento Bruselas II bis se aplica a las resoluciones dictadas por “autoridades públicas de los Estados miembros” que declaren la separación, nulidad o divorcio en lo relativo, únicamente, a la ruptura o relajación del vínculo (o a la responsabilidad parental).

b) un convenio bilateral, si la decisión ha sido adoptada en el Estado extranjero con el que España ha suscrito dicho convenio que no ha sido derogado por el Reglamento *Bruselas II bis*⁸⁸.

c) el régimen de producción interna, establecido en los arts. 951 y ss de la LEC 1881, que resulta aplicable cuando la decisión ha sido adoptada en cualquier otro Estado.

Por otro lado, con base en el R. 2201/2003, según los efectos que se quieran hacer valer en España será necesario instar el *reconocimiento* de la

participa en los instrumentos jurídicos adoptados en el marco del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea.

⁸⁸ Suiza (Convenio Hispano-suizo de 1896) Gaceta de Madrid, 9 de Julio de 1898; Colombia (Convenio hispano-colombiano de 1908) Gaceta de Madrid, 18 abril 1909; China (Convenio hispano-chino de 1992) BOE num. 26, de 31 de enero 1994, corr errores BOE num. 60 de 11 marzo 1994; Bulgaria (Convenio hispano búlgaro de 1993) BOE num.155, 30 junio 1994; Rusia (Convenio hispano-soviético de 1990) BOE num.151 de 25 junio de 1997; Marruecos (Convenio hispano marroquí de 1997), BOE num. 151, de 25 junio 1997; Túnez (Convenio hispano-tunecino de 2001) BOE num. 52, de 1 marzo 2003;

Art. 59.1 R. 2201/2003: Con la entrada en vigor del Reglamento *Bruselas II bis* han dejado de ser aplicables los convenios con Francia, Italia, Austria, Alemania y Checoslovaquia (que actualmente resulta aplicable, en otras materias, tanto con la República Checa como con Eslovaquia).

decisión⁸⁹. De esta manera, resultará necesario dicho reconocimiento cuando se quieran hacer valer:

a) *el efecto registral*: Cuando se pretenda inscribir la decisión en el Registro Civil español⁹⁰.

Conocido como “reconocimiento incidental *registral*”. El art. 21.2 R. 2201/2003 dispone que no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro⁹¹. Se trata, por tanto, de un reconocimiento incidental que se lleva a cabo por el encargado del Registro Civil y que exige la firmeza de la sentencia a inscribir.

b) *el efecto de cosa juzgada*: impide que los tribunales españoles vuelvan a conocer de una separación judicial, un divorcio o una nulidad matrimonial ya resuelta por una autoridad pública extranjera entre las mismas partes.

También llamado “reconocimiento incidental *judicial*”. El art. 21.1 R.2201/2003 establece que la autoridad que conoce del asunto principal es competente a su vez para otorgar el reconocimiento. Un reconocimiento que debe superar un control⁹² y que permite que la sentencia extranjera produzca efectos de cosa juzgada (por tanto lo estipulado en la sentencia se tendrá por cierto y vinculará al juez español).

⁸⁹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Granada: Comares, p. 561.

⁹⁰ Dicha inscripción será necesaria cuando la decisión afecte a españoles o a un matrimonio de extranjeros inscrito en España. Entre otros aspectos, esta inscripción será necesaria para acreditar la capacidad nupcial necesaria si se quiere volver a contraer matrimonio en nuestro país.

⁹¹ RDGRN 3 septiembre 2003, sobre el Reglamento 1347/2000.

⁹² Arts. 37 a 39 (documentos necesarios) y Art. 22 (causas de denegación de reconocimiento) R.2201/2003.

Los efectos de este reconocimiento se agotan en el mismo proceso en el que se insta⁹³.

c) *efecto constitutivo*: se reconocen efectos *erga omnes* de esa decisión en todo el territorio español.

También llamado “reconocimiento por *homologación*”, sirve para hacer valer los efectos constitutivos y de cosa juzgada de la sentencia extranjera con carácter *erga omnes*. Para ello cabe ejercitar en primer lugar una acción de reconocimiento por homologación para eliminar dudas acerca del reconocimiento de una resolución en materia matrimonial⁹⁴. Así como en segundo lugar, y una acción de no reconocimiento para obtener una “declaración de no reconocimiento” de una resolución extranjera.⁹⁵

1. Causas de denegación de reconocimiento

3. Como se ha podido observar, con independencia del efecto que se quiera hacer valer, el R.2201/2003 exige que la resolución no incurra en ninguna de las causas de denegación de reconocimiento establecidas en su art. 22 y que, a su vez, se presenten los documentos establecidos en los arts. 37a 39 del mismo Reglamento⁹⁶.

⁹³ A modo de ejemplo, si el tribunal de un Estado miembro ha adoptado una resolución acerca de un divorcio y uno de los cónyuges vuelve a solicitarlo ante un tribunal español, el otro esposo podrá instar el reconocimiento incidental de la primera resolución en el nuevo proceso e impedir que se vuelva a entrar a conocer sobre el divorcio.

⁹⁴ En España serán competentes para ello los jueces de primera instancia del lugar de residencia de la persona contra la que se solicita el reconocimiento o el del lugar de ejecución (art. 29).

⁹⁵ Para ambos casos (acción de reconocimiento por homologación y acción de no reconocimiento) deberán seguirse los trámites del *exequatur*.

⁹⁶ Art. 37 R. 2201/2003: “1. La parte que invocare o se opusiere al reconocimiento de una resolución o solicitare la expedición de una declaración de ejecutoriedad deberá presentar: a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad, y b) el certificado contemplado en el artículo 39.

2. Además, en el caso de las resoluciones dictadas en rebeldía, la parte que solicite el reconocimiento o la expedición de una declaración de ejecutoriedad deberá presentar:

Los motivos por los que se puede denegar el reconocimiento de sentencias extranjeras en España en materia de divorcio, separación judicial y nulidad, y por tanto, impedir que desplieguen sus efectos en España son:

1º) Por resultar el reconocimiento manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido.

En este sentido, la sentencia extranjera no puede vulnerar principios fundamentales del Derecho Privado español (orden público sustantivo) o el derecho a una tutela judicial efectiva en supuestos no contemplados en el art. 22.2 (orden público procesal)

2º) Por vulnerar los derechos de defensa.

Ante una resolución dictada en rebeldía del demandado se denegará el reconocimiento de dicha resolución en España⁹⁷. Por ejemplo, se rechazará el reconocimiento de una resolución dictada en rebeldía del demandado o si no hubiese entregado o bien notificado al mismo el escrito de demanda.

3º) Por resultar una resolución inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, es decir, aquellas resoluciones que contienen pronunciamientos incompatibles⁹⁸. Por ejemplo, no podrá reconocerse en España una sentencia de separación

a) el original o una copia auténtica del documento que acredite la notificación o traslado del escrito de demanda o documento equivalente a la parte rebelde, o bien b) cualquier documento que acredite de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución.”

⁹⁷ Para las relaciones con Dinamarca, rige el Convenio de la Haya de 1961 (BOE 229, 25 septiembre 1978).

⁹⁸ En este sentido, las sentencias de divorcio y de nulidad son siempre inconciliables. No obstante, las sentencias de divorcio o de nulidad matrimonial no son inconciliable con una sentencia de separación, si ésta última es anterior. Borrás, A., *informe explicativo del Convenio sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial de 28 de mayo de 1998*, punto 71 (DOCE C 221/27, de 16 de julio de 1998)

adoptada en Italia, si ya existe una sentencia de divorcio entre las mismas partes pronunciada por un tribunal español.

4º) Por resultar incompatible con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes.

Según el art. 22.d., no podrá reconocerse en España una sentencia de divorcio alemana si existe una sentencia de divorcio anterior entre las mismas partes dictada por un tribunal francés que reúna los requisitos para ser reconocida en España.

Como se acaba de observar, los motivos de denegación de reconocimiento del Reglamento Bruselas II bis están tasadas y ello conlleva dos consecuencias importantes: la primera, la imposibilidad de invocar la falta de competencia judicial internacional de origen como causa de denegación del reconocimiento (art. 24)⁹⁹. Y la segunda, la imposibilidad de revisión del fondo del asunto ni de la ley aplicada por el tribunal e origen (art. 26)¹⁰⁰.

4. La determinación de ley aplicable antes de la entrada en vigor del R. 1259/2010 afectaba al reconocimiento de sentencias de separación judicial o divorcio en el marco del R. 2201/2003, en tanto que, la ley aplicable a la crisis matrimonial podía resultar ser diferente en función de qué tribunales resultaran ser los competentes en la resolución del conflicto.

⁹⁹ Incluso si el juez se declaró competente en atención a foros exorbitantes establecidos en su ley interna.

¹⁰⁰ Por tanto no se puede invocar como causa de denegación ni la defectuosa aplicación de la ley por el tribunal de origen (art. 26); ni que, de haberse presentado el litigio en España, se hubiera apliado un derecho distinto al aplicado por el tribunal de origen; ni que el Derecho español desconoce la causa legal que dio lugar a la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial (art. 25).

IV. INICIATIVA COMUNITARIA

1. El Reglamento *Roma III* se encuadra en el proceso conocido como “*comunitarización de Derecho Internacional Privado*”. Esta se describe en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el que la UE constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros¹⁰¹.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que modificó el TCE en su versión entonces vigente, para el ámbito del Derecho internacional privado supone un cambio significativo, puesto que implicó el inicio de lo que puede denominarse la plena “*comunitarización*” de esta materia en el ámbito europeo¹⁰². Pasa de ser una competencia estatal, ejercida a través de normas internas o normas convencionales, a una competencia comunitaria, actuando mediante actos de Derecho derivado, a lo que podría denominarse el nuevo Derecho Internacional privado de la entonces Comunidad Europea¹⁰³.

2. El TFUE atribuye competencias para la elaboración de normas relativas a la cooperación judicial en materia civil, entre las que se incluyen en primer lugar aquellas que tienen por objeto mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles. Asimismo se encuentran aquellas que persiguen fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre

¹⁰¹ Arts. 67-76 y art. 81 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C326/79 de 26.10.2012)

¹⁰² BASEDOW, J. (2000). “The communitarization of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”. *Common Market Law Review*, 37(3), pp.687-708; VAN OOIK, R. H., & BOELE-WOELKI, K. (2002). “The communitarization of private international law”. *Yearbook of Private International Law*, (IV), pp. 1-36.

¹⁰³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1999). “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 51(2), p. 383.

conflictos de leyes y de jurisdicción. Así como las que tienden a eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los estados miembros¹⁰⁴.

Lo más relevante del precepto es que estas normas de DIPr pueden ser elaboradas por las instituciones comunitarias configurando de este modo, como se ha apuntado con anterioridad, la “comunitarización del DIPr”¹⁰⁵.

3. Desde 1999, con el Tratado de Ámsterdam pueden adoptarse normas comunitarias en los ámbitos del Derecho civil y mercantil. Así la UE puede adoptar Reglamentos, Directivas y Decisiones además de recomendaciones y dictámenes¹⁰⁶. Pero la vía del Reglamento es sin duda, y como demuestran los hechos, la vía preferida¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Art. 81.2 del TFUE (DOUE c 326/79 de 26.10.2012) – antiguo artículo 65 TCE-

¹⁰⁵ POCAR, F. (2008). “ The "communitarization" of private international law and its impact on the external relations of the european union”. In MALATESTA, A., BARIATTI, S., & POCAR, F. *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, , Milano, p. 13.

¹⁰⁶ Tal como aparece en el art. 288 TFUE (DOUE c 326/79 de 26.10.2012): Un Reglamento es un acto legislativo vinculante. Debe aplicarse completamente en toda la UE.; Una Directiva es un acto legislativo en el cual se establece un objetivo que todos los países de la UE deben cumplir. Pero cada país debe decidir individualmente cómo hacerlo; Una Decisión es vinculante para aquellos a quienes se dirige (un país de la UE o una empresa concreta) y es directamente aplicable; Una Recomendación no es vinculante. Una Recomendación permite a las instituciones dar a conocer sus puntos de vista y sugerir una línea de actuación sin imponer obligaciones legales a quienes se dirige; Un dictamen es un instrumento que permite a las instituciones hacer una declaración de manera no vinculante, es decir, sin imponer obligaciones legales a quienes se dirige. Pueden emitirlo las principales instituciones de la UE (Comisión, Consejo y Parlamento), el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social Europeo. Mientras se elabora la legislación, los comités emiten dictámenes desde su propio punto de vista, regional o económico y social.

¹⁰⁷ Desde la entrada en vigor del art. 65 TCE ya se han salido a la luz, entre otros, los siguientes Reglamentos: Reglamento 1346/2000 de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento 1348/2000 de 29 de mayo de 2000 sobre la

4. El Reglamento, tal como aparece estipulado en el art. 288 de TFUE, “*tendrá un alcance general y será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*”. Por tanto, se desprenden del articulado tres notas diferenciales¹⁰⁸:

En primer lugar, el alcance general del Reglamento: En este sentido, impera el criterio del carácter indeterminado o generalizado de sus destinatarios, lo que no impide, sin embargo, que el propio reglamento pueda disponer una aplicación no uniforme en los distintos Estados miembros según las circunstancias¹⁰⁹.

En segundo lugar, la obligatoriedad en todos sus elementos: En ese sentido, la imperatividad de todas y cada una de sus disposiciones es lo que distingue al reglamento de las directivas, que sólo obligan a sus destinatarios en cuanto al resultado que deba conseguirse. Eso quiere decir que su contenido normativo es oponible en su integridad a los destinatarios¹¹⁰.

En tercer y último lugar, la aplicabilidad directa en cada Estado miembro: Implica que su ejecución no requiere, en principio, intervención

notificación de documentos en materia civil o mercantil; Reglamento 1347/2000 de 29 de mayo de 2000 sobre materia matrimonial; Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento 1206/2001 de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil.

¹⁰⁸ ABELLÁN HONRUBIA, V., VILÀ COSTA, B., & OLESTI RAYO, A. (2011). *Lecciones de Derecho comunitario europeo*. Barcelona, p. 114.

¹⁰⁹ LENAERTS, K., & GUTIÉRREZ-FONS, J. A. (2010). “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law”. *Common Market Law Review*, 47(6), pp. 1642.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ PONS, X. (2010). “Fuentes del Derecho de la Unión (II): Derecho derivado.” En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, p. 160.

alguna del poder normativo nacional, sino que éste se aplica de forma simultánea y uniforme en todo el territorio de la UE¹¹¹.

Por tanto, el reglamento despliega por sí mismo y automáticamente la plenitud de sus efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y no exige un acto de transformación expresa por parte de las autoridades nacionales¹¹².

5. De hecho, que la regulación se de por la vía del reglamento es beneficioso por varios motivos¹¹³:

En primer lugar, se procede a una unificación de las normas de DIPr, no ya a una mera armonización de legislaciones nacionales, lo cual suprime completamente el problema de la diversidad de legislaciones nacionales de DIPr¹¹⁴.

En segundo lugar, se crea un cuerpo legal orgánico que evita los problemas de derecho de los tratados que afectan, por ejemplo, al Convenio de Roma de 1980 y al Convenio de Bruselas de 1968 como son las reservas, denuncias, ratificaciones, entrada en vigor, modificaciones...etc¹¹⁵.

¹¹¹ CRAIG, P., & DE BÚRCA, G. (2011). *EU law: Text, cases, and materials* (5th edition ed.) Oxford University Press, p. 180.

¹¹² Sin embargo, en ocasiones el reglamento, aunque directamente aplicable, puede también contener disposiciones únicamente dirigidas a los Estados miembros, cuyo objeto sea, precisamente, prever su aplicación por medio de medidas reglamentarias de derecho interno.

¹¹³ CALVO CARAVACA, A. L. (2003). "El derecho internacional privado de la Comunidad Europea". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2), p. 282.

¹¹⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2001). "La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro". *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, p. 303.

¹¹⁵ *Vid.* Convenio de Roma de 1980: Convenio de la Comunidad Económica Europea (actual Unión Europea) que perseguía la unidad de criterios sobre obligaciones contractuales. Derogado por el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma

En tercer lugar, se potencia la seguridad jurídica internacional permitiendo a los particulares invocar de manera directa las normas contenidas en el Reglamento europeo y de ese modo obligando a los jueces estatales a aplicar de oficio dicho reglamento.

Y en cuarto y último lugar, los amplios términos en los que se basa al art. 81 TFUE permiten que todas las materias del DIPr se vean afectadas por su “comunitarización”. En buena medida, el DIPr pasaría de ser elaborado por los legisladores nacionales a ser regulado por instituciones comunitarias: es lo que se conoce como el “*efecto trasvase comunitario*”.

6. De todas maneras existe parte de la doctrina que se muestra en contra de la comunitarización mediante reglamentos¹¹⁶. Argumentan que un DIPr elaborado mayoritariamente por la adopción de reglamentos es un DIPr sin control parlamentario nacional y, por tanto, poco democrático en tanto que son instrumentos legislativos que no necesitan una previa ratificación controlada por los parlamentos de los Estados miembros. Con lo cual, una vez elaborados dichos reglamentos se imponen a los Estados miembros.

7. La cooperación judicial civil forma parte del sistema jurídico de la UE. Es decir, el sistema jurídico comunitario puede calificarse como un ordenamiento jurídico pleno porque es autónomo y diferente al de los Estados miembros y posee sus propias fuentes de Derecho.

Además, las normas comunitarias presentan una serie de características que las distinguen del Derecho Internacional:

l); CALVO CARAVACA, A. L. (1994). “La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)”. *Derecho de los Negocios*, 5(43), pp. 1-18.; Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que fue sustituido por el reglamento 44/2001 relativo a competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (Bruselas I).

¹¹⁶ BRIÈRE, C. (2001). *Les conflits de conventions internationales en droit privé*. París, p. 14.

En primer lugar, por el principio de primacía¹¹⁷. En esta línea, dichas normas gozan de aplicación preferente en caso de colisión con normas de producción interna o con normas contenidas en convenios internacionales¹¹⁸.

Según la UE los reglamentos y directivas de la UE forman parte del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, con primacía sobre las leyes y otras normas jurídicas nacionales. En otros términos, el juez debe descartar la ley nacional que sea contraria al Derecho de la UE¹¹⁹.

El TJUE ha proclamado, incluso, la supremacía de las normas de derecho de la UE sobre las normas contenidas en las constituciones estatales, pero desde el punto de vista de la regulación de las relaciones entre particulares, esta afirmación es criticable y carece de base sólida (al menos en derecho español) porque la Constitución Española es una norma jerárquicamente superior a todas las demás normas del ordenamiento. En este caso, debe prevalecer lo establecido en la CE 1978 y la norma jurídica del Derecho de la UE resultará inaplicable e incluso puede sostenerse su “invalidez”, al vulnerar una norma de rango superior¹²⁰.

¹¹⁷ El principio de primacía se consagró con la Sentencia *Costa vs Enel* del 15 de julio de 1964. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que el Derecho que procede de las instituciones comunitarias debe integrarse en los sistemas jurídicos propios de los Estados miembros y que éstos están obligados a respetarlo. Consecuentemente si una norma nacional resulta ser contraria a una disposición europea, las autoridades de los diferentes Estados miembros deberán aplicar de modo obligado la disposición europea; RASMUSSEN, M. (2010). “From *Costa v ENEL* to the treaties of Rome: A brief history of a legal revolution”. *The Past and the Future of EU law—the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*. Hart Publishing, Oxford and Portland, p. 70.

¹¹⁸ LUNAS DÍAZ, M. J. (1998). “El principio de primacía comunitario y el derecho internacional privado”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (4), p. 473.

¹¹⁹ Declaración relativa a la primacía aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 (DOUE C 326/337 de 26.10.2012).

¹²⁰ En este sentido ya Italia y Alemania a través de sus respectivos tribunales constitucionales no dudaron en proclamar la superioridad de sus constituciones frente al

En segundo lugar, las normas de la UE se distinguen de las normas de DIPr por el principio de aplicabilidad inmediata. En este sentido, las normas de DIPr elaboradas por la UE se integran en el ordenamiento jurídico propio de los Estados miembros, sin necesidad de fórmulas de introducción como la ratificación.

Y en tercer lugar, se diferencian por el principio de aplicabilidad directa. Ello implica que los reglamentos se aplican directamente en todos los Estados miembros, con dos consecuencias principales: 1º) todo el mundo puede hacer valer las disposiciones de un reglamento y alegarlas directamente ante el juez, que debe aplicarlas y 2º) los reglamentos se aplican de la misma manera en toda la Unión, lo que facilita obviamente juzgar los conflictos entre residentes en países diferentes.

A diferencia de las directivas, que deben transponerse para que puedan ser aplicadas. Es decir, los Estados miembros deben integrar, en un determinado plazo, los principios de las mismas en la ley nacional aunque dándoles cierta libertad sobre los medios para llevarlo a cabo. Las directivas no tienen el mismo efecto directo que los reglamentos, en el sentido de que no originan, directamente y por sí mismas, derechos y obligaciones para los particulares. Sin embargo, las leyes nacionales deben interpretarse teniendo en cuenta los principios de las directivas, aunque sean previas a éstas.

En resumen, el principio de aplicabilidad directa (o efecto directo) se concreta en *“el derecho para cualquier persona de pedir a su juez que le aplique tratados, reglamentos, directivas o decisiones comunitarias”*¹²¹. Siempre que la disposición invocada se preste, por su propia naturaleza, a producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los estados miembros y sus nacionales. Por tanto, según criterio del TJUE la disposición

derecho comunitario; CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2010). *Derecho internacional privado* (Undécima ed.), Granada, p. 47.

¹²¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2010). *Derecho internacional privado* (Undécima ed.), Granada, pp. 47-48.

deberá ser *“clara, precisa, completa y jurídicamente perfecta e incondicional”*¹²².

¹²² TJCE (Sala Pleno), sentencia del 19 de Junio de 1990. TJCE 1991 \ 12.

V. EL MECANISMO DE COOPERACIÓN REFOZADA

1. El Reglamento 1259/2010, se ha aprobado por medio del mecanismo de “*cooperación reforzada*” tras un arduo y largo proceso de elaboración. En este apartado se pretende dar a conocer este instrumento que la Unión pone a disposición de los Estados miembros para que unos pocos (cumpliendo unas condiciones mínimas que se verán a continuación) puedan avanzar en el proceso de integración en distintas materias aunque no cuenten con el apoyo unánime del grupo.

Se considera conveniente pues, ahondar en su concepto, naturaleza y régimen jurídico. De esta forma se pretende exponer qué es y qué objetivos son los que persigue, cómo se ha formado, en qué contexto jurídico y en qué condiciones puede darse. En definitiva, se aspira a ahondar en el estudio de la cooperación reforzada con el fin de entrever de qué manera se concreta este mecanismo en el Reglamento *Roma III*.

De este modo se quiere valorar sus ventajas y sus riesgos. Saber si resuelve los problemas que desde las instituciones de la Unión se pretenden solventar o si, por el contrario, resulta ser sólo un mecanismo concebido como un ideal teórico. Con el desarrollo de este apartado se busca poder realizar más adelante un análisis crítico del mecanismo de cooperación reforzada y valorar las consecuencias jurídicas que se desprendan del mismo procurando exponer el impacto jurídico que pueda llegar a tener el uso de este instrumento que ofrece el Derecho Europeo¹²³.

Sólo cuando se aclare el alcance jurídico del instrumento en cuestión y se conozcan sus limitaciones se podrá concluir si se trata de una herramienta adecuada para superar los problemas a los que se enfrenta el legislador europeo en materia de crisis matrimoniales o si, por el contrario, es preferible rechazar estas fórmulas de integración diferenciada y apostar por una reforma de los tratados.

¹²³ *Vid.* Capítulo III de la presente tesis “Análisis crítico del mecanismo de cooperación reforzada”.

1. Antecedentes

2. La estructura de la Unión Europea que conocemos actualmente es heredera de una organización prevista en sus orígenes para seis Estados miembros que, con los años, ha ido integrando a un mayor número de naciones¹²⁴.

Las diferentes y sucesivas ampliaciones de la Unión Europea han tenido como consecuencia inmediata una mayor diversificación de las percepciones y apreciaciones que los Estados miembros de la Unión tienen sobre el ritmo del proceso de integración europea. Dicho de otro modo, el aumento del número de Estados miembros ha traído consigo una mayor diversidad de objetivos, sensibilidades y prioridades dentro de la Unión. Y aunque en esta variedad reside la riqueza de la Unión (así lo reza el lema de la Unión: *"unida en la diversidad"*) es cierto que a su vez puede plantear inconvenientes u obstáculos si la velocidad de la construcción europea se ve condicionada por los Estados miembros más lentos¹²⁵.

Forma parte de la realidad que los intereses de los Estados miembros en ocasiones, no siempre son los mismos, e inevitablemente surgen entre ellos choques o confrontaciones por diferencias temporales, cuantitativas e incluso cualitativas con respecto al rumbo que tiene que tomar la Unión Europea. En este sentido, la incorporación de nuevos Estados miembros ha ido ralentizando la profundización, siendo cada vez más difícil encontrar, ante la disparidad de intereses individuales, ese "mínimo común denominador" que constituye la razón de ser de la Unión Europea.

¹²⁴ A día de hoy la UE la conforman 28 Estados: Alemania (1952), Austria (1995), Bélgica (1952), Bulgaria (2007), Chipre (2004), Croacia (2013), Dinamarca (1973), Eslovaquia (2004), Eslovenia (2004), España (1986), Estonia (2004), Finlandia (1995), Francia (1952), Grecia (1981), Hungría (2004), Irlanda (1973), Italia (1952), Letonia (2004), Lituania (2004), Luxemburgo (1952), Malta (2004), Países Bajos (1952), Polonia (2004), Portugal (1986), Reino Unido (1973), República Checa (2004), Rumanía (2007), Suecia (1995).

¹²⁵ *"Unida en la diversidad"*, el lema de la Unión Europea, se utilizó por primera vez en el año 2000. Se refiere a la manera en que los europeos se han unido, formando la UE, para trabajar en favor de la paz y la prosperidad, beneficiándose al mismo tiempo de la gran diversidad de culturas, tradiciones y lenguas del continente.

3. En el transcurso de la historia de la construcción de la Unión Europea las graduales ampliaciones de los entonces Estados Miembros de la Comunidad Europea suponían en cualquier caso la asimilación en bloque por parte de los nuevos Estados del acervo comunitario afianzado hasta ese momento. Sin embargo, también es cierto que la voluntad de las instituciones de plasmar de algún modo la idea de una integración diferenciada ha sido una constante.

En la década de los setenta, se empezó a entrever la necesidad de introducir criterios de diferenciación temporal, material o espacial en el proceso de construcción europea, para hacerlo compatible con la voluntad y la capacidad de actuación de los distintos Estados¹²⁶. Con la entrada en juego del Tratado de Maastricht en 1992 se abrió la vía a la conocida “integración a varias velocidades” y desde entonces, la búsqueda de fórmulas flexibles de integración se ha dado a conocer bajo un numeroso repertorio terminológico (Europa a “varias velocidades”, Europa como “núcleo duro”, de “geometría variable...etc.) aunque la idea básica fuese la misma: establecer nuevas reglas en el Tratado para que varios Estados miembros pudiesen impulsar la creación de determinadas normas europeas sólo aplicables para ellos¹²⁷. En definitiva, se trataban de

¹²⁶ La primera referencia que se tiene de la “Europa a varias velocidades” se atribuye al *Informe Tindermans*. A finales de 1975, Leo Tindemans, primer ministro belga, presentó a los gobiernos de los Estados miembros un “*informe sobre la Unión Europea*” (fruto de consultas con todas las instituciones comunitarias, gobiernos de todos los Estados miembros, partidos políticos y organizaciones profesionales y sindicales europeas). Tindemans propone en este informe una serie de medidas para unir por etapas el conjunto de relaciones entre los Estados miembros hasta llegar a una “*Unión Europea*” (Raport de M.Leo Tindemans au Conseil Européen. Commission des Communautés Européennes *Bulletin des Communautés Européennes, supplément 1/1996*. “Unión Europea. Informe de Leo Tindemans” Suplemento nº 1, Boletín de las Comunidades Europeas de 7.1.1976); Para ahondar en el estudio de este informe resulta interesante consultar ISAAC, G. (1991). *Manual de derecho comunitario general*. Ariel, p. 23; FERRÁN, G. (1976). “El informe Tindemans sobre la Unión Europea”. *Revista de Instituciones Europeas*, 3(2), pp. 327-348.

¹²⁷ URREA CORRES, M. (2002). *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Madrid, p. 45.

términos que mostraban la presencia de dos cosas: por un lado, de la existencia de unas competencias exclusivas de la Unión (y con ello, intocables para los Estados miembros tanto presentes como futuros) y por otro lado, de la presencia de un conjunto de políticas en las que los Estados podían decidir o bien participar o bien mantenerse al margen¹²⁸.

El concepto “*Europa a distintas velocidades*”, representó la imagen de un método de integración diferenciada según el cual la continuación de objetivos comunes les correspondía a un grupo de Estados miembros capaces y deseosos al mismo tiempo de progresar, e implicaba de la misma manera la idea de que otros les podrían seguir posteriormente. Es decir, la integración en este sentido no venía determinada sólo por la voluntad de los Estados sino en función de si éstos cumplían o no los objetivos exigidos previamente para ello¹²⁹.

“*Europa a la carta*” por el contrario, designaba la idea de un método de integración diferenciada según el cual los distintos Estados miembros se encontraban en condiciones de escoger, como ante un menú, el sector político en el cual quisieran participar, conservando sólo un número mínimo de objetivos comunes. Es decir, consistía en permitir decisiones comunes en aquéllos ámbitos en los que existían intereses comunes admitiendo el hecho de que no todos los Estados tuvieran que participar¹³⁰.

Resulta interesante la antítesis entre la “*Europa a varias velocidades*” y la “*Europa a la carta*”. La “*Europa a distintas velocidades*” supone que los Estados miembros tienen los mismos objetivos y la firme voluntad para conseguirlos, pero tienen la necesidad de adoptar ritmos distintos en el progreso hacia ellos. Sin embargo, la “*Europa a la carta*” es lo opuesto:

¹²⁸ A estas cláusulas “de abandono” en cuanto a la participación en determinadas políticas se las bautizó como “cláusulas de *opting out*”. *vid.* ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., & CASADO RAIGÓN, R. (2012). *Curso de derecho de la Unión Europea.*, Madrid. Tecnos, p. 73.

¹²⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (1998). “La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: Especial referencia a la noción de cooperación reforzada”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (3), p. 216.

¹³⁰ STUBB, A. C. (1996). “A categorization of differentiated integration”. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 34(2), pp. 283-295.

cada Estado miembro escoge en qué tipo de políticas europeas quiere comprometerse y hasta qué grado de compromiso, sin la necesidad de que exista un núcleo de países que avance de manera homogénea¹³¹. Por tanto, la “*Europa a la carta*” a diferencia de la “*Europa a varias velocidades*” rechaza la presencia de un programa o de una meta de acción común vinculante para los Estados miembros.

Con los años, también conocido como “*Europa de geometría variable*”. Se trataba de una concepción que se calificó como aquella estrategia de flexibilidad situada entre la “*Europa a varias velocidades*” y la “*Europa a la carta*”. Indicaba la idea de un método de integración diferenciada en el que se reconocía la existencia de diferencias irremediables en la estructura de integración permitiendo sin embargo una separación permanente entre un grupo de Estados miembros y unidades de integración menos desarrolladas¹³². Es decir, se partía de unos objetivos comunes así como de las disposiciones que los Estados miembros necesariamente deberán asumir y en la medida en que algún Estado manifestaba que no podía o no quería participar de algunas políticas se le autorizaba a permanecer, de forma temporal, al margen de las mismas. Por tanto, se puede decir que la “*Europa de geometría variable*” estuvo forjada como un procedimiento transitorio¹³³.

Finalmente y antes de que se acuñara el concepto de “*cooperación reforzada*” surgió un nuevo concepto, el de la Europa como “*núcleo duro*”. Éste tuvo su origen en un documento alemán presentado en el Parlamento

¹³¹ AREILZA CAVAJAL, J. M., & DASTIS QUECEDO, A. (1997). “Flexibilidad y cooperación reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (1), p. 15.

¹³² Referencia extraída del glosario que ofrece la web oficial de la Unión Europea. Fuente: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/variable_geometry_europe_es.htm.

¹³³ MAILLET, P., & VELO, D. (1994). *L'Europe à géométrie variable: Transition vers l'intégration*. París. Editions L'Harmattan. p. 39.

Alemania conocido como “Lamer-Schäuble Papier”¹³⁴. Sin embargo, aunque estaba concebido como un mecanismo de flexibilidad, suscitó críticas y no estuvo exento de polémica¹³⁵. Designaba a un grupo restringido de países que, preocupados por la creciente diferenciación de los intereses y de las prioridades de los Estados miembros y por la creciente ampliación que se avecinaba por aquél entonces de países del Este y del centro de Europa, se proclamaban capaces y deseosos de poner en práctica un mecanismo nuevo de flexibilidad. El objetivo en cuestión planeaba sobre la voluntad de crear un centro de gravedad que fuera capaz de contraponerse a las fuerzas centrífugas que generaba una Unión cada vez más ampliada¹³⁶. Se buscaba reafirmar un núcleo firme compuesto por Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo¹³⁷. La respuesta a esta conceptualización fue profundamente negativa hasta el extremo de ser calificada como “una provocación a los gobiernos y a los ciudadanos de los demás Estados miembros”¹³⁸.

4. Como se ha visto, la flexibilidad ha sido un concepto muy cercano al proceso de integración europea¹³⁹. Desde sus inicios hasta la actualidad

¹³⁴ CDU/CSU Fraktion des Deutschen Bundestages: “Überlegungen zur europäischen Politik. Vorschläge für eine Reform der Europäischen Union”, CDU- Dokumentation, 1/1995, pp. 1-14.

¹³⁵ LA MALÉNE, C. (1996/97). “Les coopérations renforcées dans l’Union européenne”. *Délégation du Sénat pour L’union Européenne, Rapport d’Information*, 351, p. 9.

¹³⁶ URREA CORRES, M. (2002). *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Madrid, p. 52.

¹³⁷ En el Informe además de proponer un “núcleo firme” se proponía la creación de un “núcleo del núcleo” formado por Alemania y Francia. (CDU/CSU Fraktion des Deutschen Bundestages: “Überlegungen zur europäischen Politik. Vorschläge für eine Reform der Europäischen Union”, CDU- Dokumentation, 1/1995, p. 8).

¹³⁸ WIMMER PER, T. (1995). *Vers une Europe a la carte apres Maastricht? Analyse des dérogations à l’acquis communautaire*. Brujas. College of Europe, p. 34.

¹³⁹ Para profundizar en este magnífico *mare magnum* terminológico de los mecanismos de flexibilidad *vid.* MANGAS MARTÍN, A. (1998). “La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam”. *Comunidad Europea Aranzadi*, 25(10), pp. 27-38; MARTÍN Y

ha encontrado numerosos ámbitos dentro e incluso fuera de los Tratados de la UE¹⁴⁰. Pero más allá de los términos *Europa a distintas velocidades*, *Europa a la carta*, *de geometría variable o núcleo duro*, la cooperación reforzada como mecanismo de flexibilidad se asienta en la dicotomía profundización-ampliación. Es decir, se gesta ante las dos clásicas opciones posibles en la construcción de la Unión Europea:

- O bien, apostar por una construcción europea más profunda pero con menos Estados, en detrimento de una construcción europea más modesta, pero más extensa desde el punto de vista territorial al implicar a más Estados.

- O por el contrario, inclinarse por una construcción europea que involucre a muchos Estados, aunque sea de bajo perfil, en detrimento de una construcción europea más poderosa, pero menos extensa territorialmente hablando.

En esta línea, la cooperación reforzada es la respuesta que ofrece el derecho europeo para intentar conseguir el complejo equilibrio entre las

PÉREZ DE NANCLARES, J. (2000). Reflexiones en torno a la cooperación reforzada: La incógnita del tratado de Ámsterdam. En A. OLESTI RAYO (Ed.), *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*. JM Bosch Editor, pp. 79-106; WIMMER PER, T. (1995). *Vers une Europe a la carte apres Maastricht? Analyse des dérogations à l'acquis communautaire* Brujas. College of Europe, pp. 30-71; OLESTI RAYO, A. (1998). *Los principios del Tratado de la Unión Europea: del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam*. Barcelona, pp. 9-34; URREA CORRES, M. (2002). *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, pp. 41-52.

¹⁴⁰ Resulta de especial interés mencionar el Acuerdo de Schengen como primera gran manifestación de flexibilidad formado en un primer momento fuera del marco institucional de la Unión, para más tarde quedar integrado en los Tratados de la Unión por el Tratado de Ámsterdam. *Vid.* Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, en Tratado de Ámsterdam (DOCE C núm. 340, de 10.11. 1997; BOE núm. 109, de 7.5.1999, p. 93); Otra manifestación de flexibilidad *intra muros* se encuentra en el Tratado de Prüm (2005), en el que un grupo de Estados (entre los que se encuentra España) se proponen una cooperación policial reforzada para luchar contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Para una primera reflexión puede consultarse GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2007). Los datos genéticos en el Tratado de Prüm. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, pp. 137-165.

dos posibles posiciones enfrentadas de los Estados miembros. Se trata pues de un mecanismo que ha sido concebido como la manera de calmar y aliviar la doble tensión que existe en el seno de la Unión o de avanzar en el proceso de integración o de favorecer la ampliación de la Unión¹⁴¹. De ahí que se expusiera la problemática de la situación bajo la dualidad profundización-ampliación y es que en palabras de Aldecoa Luzárraga *“las adhesiones sucesivas de países tan diferentes de los actuales Estados miembros, entrañan el riesgo de dilución de los logros de la Unión a no ser que se acompañe de una profundización”*¹⁴². Es decir, la ampliación del número de miembros de la Unión sin la profundización necesaria de sus mecanismos, estructuras y políticas sería un disparate que acabaría por desnaturalizar la Unión¹⁴³.

En este sentido, por un lado, se encuentran aquellos Estados miembros que se decantan por favorecer la profundización en el proceso de integración de los Estados que ya pertenecen a la Unión y por otro lado, se encuentran aquellos otros Estados que optan por favorecer la ampliación de la Unión y alentar que vayan incorporándose nuevos Estados. La discrepancia está servida porque la dificultad de conciliar ambas pretensiones es más que notoria: cuanto mayor sea el número de Estados miembros más alto será el grado de heterogeneidad y de voluntades políticas divergentes y, por consiguiente, resultará más difícil profundizar en la integración real. Es decir, mientras que unos no renuncien a que se profundice en el proceso de integración, y otros

¹⁴¹ GALÁN GALÁN, A. (2010). “Cooperación reforzada”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*, Barcelona, p. 40.

¹⁴² ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (2001). “La apertura del proceso constituyente”. *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, (7), p. 7.

¹⁴³ De esta manera lo advirtió TAIBO cuando expuso que una ampliación sin las adaptaciones necesarias podría provocar *“una paralización de la UE, una euroesclerosis, contrapesada por el riesgo contrario: el de una ampliación en la que se incorpore un número tal de países que desnaturalice la Unión y acabe por generar situaciones irresolubles”*; TAIBO, C. (1999). “La conflictiva ampliación de la Unión Europea”. *Política Exterior*, (71), p. 67.

defiendan a ultranza la ampliación de la Unión no cesarán las discrepancias y será imposible conseguir los objetivos globales propuestos.

Para posiciones tan diferentes que se sitúan en extremos contrapuestos, la solución se puede encontrar en un punto medio si los defensores de continuar adelante en la integración aceptan la adhesión de nuevos Estados con la condición de que se les permita cooperar de forma más intensa en determinados ámbitos siempre con la idea puesta en que los Estados miembros que inicialmente queden fuera puedan posteriormente incorporarse en un futuro. En palabras de Galán Galán, “*el sistema de cooperación reforzada es la expresión jurídica del principio de diferenciación a través del cual se introduce la diversidad en el seno de la Unión con la ruptura de la uniformidad*”¹⁴⁴.

5. En este contexto de discrepancias entre los Estados miembros en relación a la integración, el Tratado de Ámsterdam supone una reforma sin precedentes al articular en el Tratado de la Unión Europea el concepto de “*cooperación reforzada*” como método de integración diferenciada a disposición de aquellos Estados que quisieran avanzar más profundamente en el proceso de integración¹⁴⁵.

2. Concepto y naturaleza jurídica

6. La cooperación reforzada es el sistema de integración diferenciada del que se dispone en los Tratados, por el cual un grupo de países de la UE puede trabajar de manera conjunta en un ámbito particular incluso si los otros países no son capaces de unirse o no están dispuestos a hacerlo¹⁴⁶. De

¹⁴⁴ GALÁN GALÁN, A. (2010). “Cooperación reforzada”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, p. 40.

¹⁴⁵ DOCE C 340 de 10.11.1997; BOE núm. 109 de 7.5.1999 (Art. K 12 –Art. 5 A).

¹⁴⁶ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012); Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012).

esta forma, estos Estados participantes en la cooperación pueden, aunque sólo sea entre ellos, seguir profundizando en el proceso de integración¹⁴⁷.

Para explicar de una forma clara y exhaustiva el significado y el alcance del mecanismo, se irá desgranando poco a poco el articulado de la cooperación reforzada.

De este modo establece el artículo 20 del Tratado de la Unión que:

“Los Estados miembros que deseen instaurar entre sí una cooperación reforzada en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión podrán hacer uso de las instituciones de ésta y ejercer dichas competencias aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados, dentro de los límites y con arreglo a las modalidades contempladas en el presente artículo y en los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (...)”.

7. Varios son las conclusiones que se desprenden del citado artículo: que los Estados miembros tienen la libertad de escoger participar o no participar del mecanismo de cooperación reforzada; que se trata de un mecanismo que versa sobre las materias que no sean competencia exclusiva de la Unión Europea; y que dicha libertad está determinada por una serie de condiciones que aparecen en los Tratados.

En primer lugar, se interpreta del “podrán” que la cooperación reforzada, lejos de ser una obligación o incluso un derecho, parece más una opción, o lo que es lo mismo, un ofrecimiento. Es decir, los Tratados ponen a disposición de los Estados miembros la posibilidad de adoptar entre ellos el mecanismo de cooperación reforzada¹⁴⁸. Por tanto, son ellos los que tienen la facultad para poder elegir si aceptan o no la proposición que se les hace. Se puede decir entonces que la cláusula tiene un carácter no obligatorio o lo que es lo mismo un marcado carácter facultativo.

¹⁴⁷ GALÁN GALÁN, A. (2010). “Cooperación reforzada”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, p. 39.

¹⁴⁸ URREA CORRES, M. (2002). *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Madrid, p. 106.

En segundo lugar, se infiere también que la cooperación reforzada sólo podrá llevarse a cabo en materias que se ocupen de competencias que no formen parte del ámbito exclusivo de la Unión, es decir, siempre que no se refiera a materias como la unión aduanera o la política monetaria¹⁴⁹.

Y en tercer lugar, fine el primer párrafo del artículo 20 del TUE que serán de aplicación las disposiciones pertinentes de los Tratados, dentro de los límites y con arreglo a las modalidades contempladas. Al respecto cabe decir que existen una serie de límites y condiciones al uso del mecanismo de cooperación reforzada.

En resumen, del articulado se desprende que la cooperación reforzada podrá ser utilizada si se quiere, siempre que se trate de una materia no exclusiva y cumpliendo con una serie de requisitos previos¹⁵⁰.

8. Visto el significado de la cooperación reforzada resulta interesante mostrar sobre qué principios se fundamenta, es decir, cuáles son las vigas sobre las que se sujeta la estructura de este mecanismo¹⁵¹.

a) el principio de atribución de competencias

9. El principio de cooperación reforzada se cimienta en que la Unión Europea no dispone de más competencias que las atribuidas conforme al principio de atribución expresa de competencias por los Estados miembros en los Tratados constitutivos a través de los cauces establecidos por sus propias constituciones¹⁵². Es decir, las competencias que ejerce la Unión

¹⁴⁹ Art. 3 TFUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012).

¹⁵⁰ A este respecto, se tornará más adelante cuando se expliquen en profundidad las condiciones de uso del mecanismo de cooperación reforzada.

¹⁵¹ Se es consciente que el análisis de los aspectos que se abordan a continuación podrían ser objeto de una investigación específica, pero no es este nuestro propósito: se trata de identificar los principios rectores sobre los que se apoya la cooperación reforzada.

¹⁵² Una de las cuestiones doctrinales más controvertidas fue la que se abrió con la mira puesta en determinar cuál era la naturaleza de la “transferencia de derechos de soberanía” que realizan los Estados miembros en favor de la Unión Europea en el momento de su adhesión, según los términos de cada una de las Constituciones. *Vid. URREA CORRES, M. (2002). La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico.*, Madrid, p. 113.

Europea son *competencias de atribución* esto es, que gracias a que los Estados miembros han transferido de manera progresiva el ejercicio de ciertas facultades ejecutivas, normativas y judiciales, la Unión puede tener un ámbito determinado de actuación¹⁵³. Este principio es el fundamento de la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, a la vez que actúa como su límite, puesto que la capacidad de actuación de la Unión está determinada por las competencias que les han sido atribuidas¹⁵⁴.

10. Dado que la Unión sólo ejerce competencias que le han sido expresamente atribuidas, dos son las incógnitas que se suscitan a continuación: conocer cómo queda el reparto de poderes entre la Unión Europea y los Estados miembros y qué relación tiene con el mecanismo de cooperación reforzada.

A la primera de las cuestiones (reparto de poderes) responde el Tratado de Lisboa clasificando por vez primera las competencias que puede ejercer la Unión y las materias a las que se refiere cada una de ellas¹⁵⁵. Es decir, el Tratado identifica cuándo actúa la Unión en un ámbito de forma exclusiva (*competencias exclusivas*), cuándo lo hace de forma compartida con los Estados miembros (*competencias compartidas*) y cuándo lo hace simplemente con el fin de apoyarlos o coordinarlos (*competencias de apoyo o coordinación*)¹⁵⁶. Los principios generales que orientan el

¹⁵³ Así lo establece el art. 1 TUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) “los Estados miembros atribuyen competencias a la Unión para alcanzar sus objetivos comunes” en relación con el art. 5.2 en el que se reitera que “en virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr objetivos que éstos determinen. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

¹⁵⁴ OLESTI RAYO, A. (1998). *Los principios del Tratado de la Unión Europea: del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam*. Barcelona, p. 19.

¹⁵⁵ Arts. 2-6 del Título I TFUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012), “Categorías y ámbitos de competencia de la Unión”.

¹⁵⁶ Las competencias exclusivas son aquellas que permiten ejercer el poder legislativo principal en determinados ámbitos sustantivos sin que los Estados miembros puedan realizar, en esta materia, una acción normativa de primer nivel (Art. 3 TFUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) “1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los

funcionamiento de estas competencias son el principio de subsidiariedad (que funciona, según el art. 5.3 TUE como una limitación negativa de las competencias compartidas)¹⁵⁷; el principio de proporcionalidad (por el que

ámbitos siguientes: a) unión aduanera; b) el establecimiento de las normas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; e) la política comercial común. 2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.”).

Las competencias compartidas son los ámbitos sustantivos en los que tanto la UE como los Estados miembros pueden legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes (Art. 4 TFUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012): *“1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6; 2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: a) el mercado interior; b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado; c) la cohesión económica, social y territorial; d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; e) el medio ambiente; f) los transportes; g) las redes transeuropeas; h) la energía; i) el espacio de libertad, seguridad y justicia; j) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado (...)”*).

Las competencias de apoyo o coordinación son determinadas materias o campos de acción simultáneos y no excluyentes en los que la UE puede coordinar, apoyar o complementar la acción de los Estados miembros o perseguir fines propios (Arts. 5 TFUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) *“1. Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión (...)2. La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros (...) 3. La Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros”* en relación con el art. 6 TFUE *“ La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: a) la protección y mejora de la salud humana; b) la industria; c) la cultura; d) el turismo; e) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte; f) la protección civil; g) la cooperación administrativa”*).

¹⁵⁷ Art. 5.3 TUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) *“En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión*

la Unión no sólo debe intervenir con carácter subsidiario en relación a las competencias compartidas, sino que a su vez debe ajustarse con carácter general y a lo largo del ejercicio de sus competencias al principio de proporcionalidad¹⁵⁸; y el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE), por el que los Estados miembros de la Unión tienen el derecho y el deber de cooperar para la ejecución del ordenamiento de la Unión, adoptando todas las medidas que hagan falta para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ese derecho conjunto¹⁵⁹. A este respecto hay que decir que el principio de cooperación leal conlleva la obligación de no llevar a cabo actuaciones que puedan obstaculizar o poner en peligro el logro de los objetivos de la UE, y además implica que éstos son responsables tanto de garantizar la aplicación de los Tratados y del resto de normas de la UE

intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión". Para una mayor profundización Vid. BOIXAREU CARRERA, A. (1994). "El principio de subsidiariedad". *Revista de Instituciones Europeas*, 21(3), pp. 771-808; AREILZA CARVAJAL, J. M. (1995). "El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45(15), pp. 53-93; CHICHARRO LÁZARO, A. (2001). *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, p. 321.

¹⁵⁸ Art. 5.4 TUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) "*En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Unión*"; Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012)

¹⁵⁹ IGLESIAS BERLANGA, M. (2011). "Competencias". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de la Unión Europea*, , Barcelona. Huygens, p. 29.

Establece el art. 4.3 TUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) "*Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados*".

IGLESIAS BERLANGA, M. (2011). "Competencias". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona. Huygens, p. 29.

dentro de sus regiones como de actuar “*con lealtad*” hacia los Estados miembros¹⁶⁰.

La segunda de las cuestiones que nos ocupa (saber cuál es el vínculo que une el principio de atribución de competencias al mecanismo de cooperación reforzada) viene determinada de manera expresa en regulación prevista en el Tratado que estipula que los Estados miembros que quieran establecer entre ellos una cooperación reforzada lo harán “*en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión*” y permaneciendo “*dentro de los límites y con arreglo a las modalidades contempladas*” tanto en el Tratado de la Unión como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión.

Con esto se puede llegar a la conclusión de que es del todo imposible utilizar el mecanismo de cooperación reforzada para ámbitos no regulados por los Tratados si son ellos mismos los que exigen a las cooperaciones reforzadas el respecto al principio de atribución de competencias.

b) el principio de no injerencia

11. Como ya se ha tenido ocasión de exponer en páginas precedentes de este mismo apartado, el mecanismo de cooperación reforzada lejos de ser un imperativo o una obligación es una facultad que el Tratado ofrece a los Estados miembros que quieran proseguir en el proceso de integración cumpliendo unas condiciones. Es en definitiva, un mecanismo de integración diferenciada ejercido por el grupo de Estados miembros siempre y cuando así lo deseen. Por lo tanto, su puesta en funcionamiento provoca un régimen jurídico distinto entre los Estados que participan en la propia cooperación reforzada frente a aquéllos otros que de una manera

¹⁶⁰ El principio de cooperación leal se extiende en dos sentidos: Estados- UE. Conforme a los artículos 4.3 TUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) “*conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados*” en relación con el artículo 13.2 TUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) “*Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confiere los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal.*”

voluntaria, por no querer o no poder, han decidido permanecer al margen¹⁶¹.

En este contexto, en el que se permite unas diferencias significativas de actuación entre un grupo de Estados que decide abstenerse de participar en un proyecto de integración frente a otros que sí desean profundizar en el mismo, resulta del todo necesario regular la manera de garantizar una armonía serena entre ambos grupos de Estados. A este respecto, el Tratado de Ámsterdam (primero en articular el mecanismo de cooperación reforzada) propuso un conjunto de obligaciones para ambos grupos con la finalidad de respetarse mutuamente. Es decir, aunque el Tratado de Ámsterdam no recoge formalmente ningún principio sobre el que se asienten las relaciones entre los dos grupos de Estados (ni tampoco posteriormente el Tratado de Niza o el de Lisboa) es la misma doctrina la que deduce, con base en ese conjunto de obligaciones, que las relaciones entre los que sí participan y los que no intervienen en la cooperación reforzada encuentran su cimiento en el *principio de no injerencia*, llamado también *principio de no interferencia* o *principle of self-restrain*¹⁶².

Se infiere de las conclusiones de la doctrina que el principio de no injerencia, tal como se deduce de su acertado nombre, implica dos actitudes determinadas: por un lado, que los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada no perjudicarán con sus acciones al grupo de Estados miembros que ha decidido mantenerse al margen y por otro lado, que los Estados miembros que no participan no impedirán ni

¹⁶¹ URREA CORRES, M. (2002). *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Madrid, p. 323.

¹⁶² MANGAS MARTÍN, A. (1998). "La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam". *Comunidad Europea Aranzadi*, 25(10), pp. 31-32; AREILZA CARVAJAL, J. M., & DASTIS QUECEDO, A. (1998). "Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Ámsterdam: ¿misión cumplida?" *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (29), pp. 105-142; EHLERMANN, C. D. (1998). "Differentiation, flexibility, closer cooperation: The new provisions of the Amsterdam Treaty" *European Law Journal*, 4, pp. 246-249; KORTENBERG, H. (1998). "Closer cooperation in the Treaty of Amsterdam". *Journal of Common Market Law Review*, 35(4), pp. 833-854.

podrán obstáculos al cumplimiento efectivo de los objetivos propuestos en la cooperación reforzada.

Se ha remarcado al hablar del principio de atribución de competencias que entre los principios que orientan su funcionamiento se encuentra el de cooperación leal. Pues bien, el principio de no interferencia en el mecanismo de cooperación reforzada encuentra a su homólogo en el principio de cooperación leal. Ambos imponen obligaciones jurídicamente exigibles, sin embargo sólo tiene proyección sobre las instituciones comunitarias el de cooperación leal.

De todas maneras, y aunque la deseada convivencia pacífica entre los dos grupos de Estados se pretenda garantizar con el principio de no interferencia *a priori* de la puesta en marcha de la cooperación reforzada, ello no quiere decir que no haya que garantizarlo también *a posteriori*, es decir, cuando los Estados miembros no participantes manifiesten su deseo de formar parte de la cooperación reforzada¹⁶³.

3. Régimen jurídico

12. En el primer punto de este apartado (*“transformación del mecanismo”*) no se quiere sino mostrar a modo de pincelada la evolución que ha sufrido la cooperación reforzada desde que nació con el Tratado de Ámsterdam. No se pretende ser exhaustivo, no es ésta su finalidad, ya que se es consciente de que la materia bien podría ser objeto de una larga investigación¹⁶⁴. Tan sólo se desea ofrecer como botón de muestra los puntos que se consideran más relevantes con el objetivo de poder adentrarnos en los puntos siguientes de este apartado (*“características”, “condiciones” y “funcionamiento”*) en la forma en la que aparece regulado

¹⁶³ De qué manera se concreta esa “buena vecindad” entre los grupos que participan y los que quedan al margen es un apartado que veremos más adelante (Régimen jurídico y funcionamiento).

¹⁶⁴ Para un estudio detallado de la cláusula de cooperación reforzada, *vid* URREA CORRES, M. (2002). *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Madrid.

a día de hoy el mecanismo de cooperación reforzada con el ánimo de poder señalar los puntos fuertes de los que puede presumir sin obviar los puntos débiles y de este modo poder hacer una crítica constructiva.

A. TRANSFORMACIÓN DEL MECANISMO

13. En 1997 con el Tratado de Ámsterdam se reguló por vez primera la cooperación reforzada, en previsión de que el aumento del número de Estados miembros con diferentes sensibilidades europeas pudieran poner demasiadas trabas al progreso de la Unión los Estados, incorporando un conjunto de normas que encajaban de modo general estas prácticas en el seno de la Unión, con objetivos, procedimientos y requisitos preestablecidos. En este sentido el Tratado de Ámsterdam supone una reforma sin precedentes al introducir en el Tratado de la Unión Europea el concepto de “*integración diferenciada*”¹⁶⁵. Pese a ello, la conveniencia de modificar el sistema de cooperación reforzada previsto en el Tratado de Ámsterdam surgió prácticamente a la par que la entrada en vigor del mencionado Tratado¹⁶⁶. Fue la misma Comisión la que alegó la necesidad de reformar algún que otro aspecto de su reglamentación jurídica con la mira puesta en conseguir que el mecanismo se tornara potencialmente efectivo¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. (DOCE, C 340, 10.11.1997 y BOE núm. 109, 7.05.1999).

¹⁶⁶ URREA CORRES, M. (2008). “Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 39, p. 172.

¹⁶⁷ Dictamen de la Comisión en virtud del artículo 48 del Tratado de la Unión Europea sobre la reunión de una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros con el fin de modificar los Tratados. (COM (2000) 34 final, Bruselas, 26.1.2000). La Comisión Europea planteó la necesidad de modificar algunas condiciones formales ya que “*con la ampliación podría aumentar la necesidad de recurrir a las formas de cooperación reforzada y conviene evitar que los Estados que deseen cooperar entre sí de manera más estrecha no se sitúen al exterior del marco institucional previsto en los Tratados*”. Las propuestas de cambio versaron sobre tres puntos: 1) suprimir la posibilidad de que la autorización de establecer una cooperación reforzada se decida por unanimidad

Por aquél entonces, la estructura institucional estaba compuesta por tres pilares y sólo era posible recurrir a la cooperación reforzada en los ámbitos de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (1er pilar) así como en la cooperación policial y judicial en materia penal (3er pilar)¹⁶⁸. Para la iniciación de una cooperación reforzada se requería mayoría cualificada del Consejo tanto en el primer pilar como en el tercero. Sin embargo, los Estados miembros tenían el beneficio de una “cláusula de salvaguardia” que les permitía bloquear la votación por motivos importantes de política nacional¹⁶⁹. En tal caso, el Consejo podría remitir la cuestión al Consejo Europeo (si la decisión era competencia del tercer pilar) o al Consejo en su composición de Jefes de Estado y de Gobierno (si la decisión era competencia del primer pilar). En ambos casos, el Consejo correspondiente decidiría por unanimidad.

Sin embargo, las condiciones exigidas inicialmente en el Tratado de Ámsterdam impidieron que este mecanismo se utilizara en la práctica,

(es decir, eliminar el derecho de veto).2) fijar el mínimo necesario para establecer una cooperación reforzada en un tercio de los Estados miembros. 3) prever la posibilidad de establecer, bajo ciertas condiciones, cooperaciones reforzadas en materia de política exterior y de seguridad común.

¹⁶⁸ El Tratado de Maastricht (1992) introdujo una nueva estructura institucional que se mantuvo hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (que eliminó esta estructura de pilares en beneficio de la creación de la Unión Europea). Dicha estructura institucional estaba compuesta por tres “pilares”: Primer pilar: el pilar comunitario - la Comunidad Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y la antigua Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA); Segundo pilar: el pilar correspondiente a la política exterior y de seguridad común (regulada en el título V del Tratado de la Unión Europea); Tercer pilar: el pilar correspondiente a la cooperación policial y judicial en materia penal (regulada en el título VI del Tratado de la Unión Europea).

En cuanto a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), consideraron acertado que la “*abstención constructiva*” ya respondía a las necesidades de flexibilidad, sin que fuese necesario recurrir a la cooperación reforzada. (DOCE C 80/10 de 10.3.2001).

¹⁶⁹ La función del Tribunal de Justicia era esencial: podía pronunciarse sobre el grado de importancia de los motivos de política nacional invocados por un Estado miembro. El Tribunal de Justicia constituía, por tanto, la garantía de que no se hiciera un uso abusivo de la cláusula de salvaguardia.

dado que todos los Estados debían dar su consentimiento para autorizar el inicio de la cooperación reforzada, por lo que cualquier estado tenía, en la práctica, el derecho de vetar cualquier iniciativa de otros Estados para avanzar más rápido.

14. El Tratado de Niza facilitó la instauración de una cooperación reforzada e introdujo cambios sobre el Tratado de Ámsterdam. De este modo se pretendía, con miras a la ampliación de la Unión a 27 Estados miembros, modificar las disposiciones en menos restrictivas. Así se contribuyó a flexibilizar y a su vez a mejorar las garantías del mecanismo incorporando novedades significativas¹⁷⁰:

En primer lugar, se añadieron cambios en la cooperación reforzada en aspectos sustantivos del régimen jurídico. En este sentido, para que se pudiera iniciar la constitución de una cooperación reforzada ya no se exigía la participación de la mayoría sino “*un mínimo de ocho Estados miembros*” independientemente del número total de Estados miembros tras la ampliación; ya no se reclamaba tan sólo el respeto a los principios contenidos en los Tratados sino “*el respeto a los Tratados*” lo cual incluye a los Tratados en su globalidad, tanto a sus principios como a sus normas; se completó la finalidad del mecanismo de tal forma que las cooperaciones reforzadas además de tener el deber de impulsar los objetivos de la Unión así como proteger y servir sus intereses, debían “*reforzar el proceso de*

¹⁷⁰ Para ampliar en las correcciones de las deficiencias del Tratado de Ámsterdam, *vid* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (1998). “La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: Especial referencia a la noción de cooperación reforzada”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (3), pp. 205-232; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (1998). “La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam”. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, pp. 89-144; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2000). Reflexiones en torno a la cooperación reforzada: La incógnita del Tratado de Ámsterdam. En A. OLESTI RAYO (Ed.), *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam* JM Bosch Editor, pp. 79-106; MANGAS MARTÍN, A. (1998). “La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam”. *Comunidad Europea Aranzadi*, 25(10), pp. 27-38.

integración y no debe afectar en modo alguno ni al mercado interior ni a la cohesión económica y social de la Unión”; se incluyó de manera expresa que “no se referirán a los ámbitos que sean de competencia exclusiva de la Unión” junto con la exigencia de “respeto al acervo comunitario”.

Y en segundo lugar, el Tratado de Niza introdujo variaciones (con respecto al Tratado de Ámsterdam) en aspectos procedimentales del mecanismo, esto es, en la puesta en marcha de las cooperaciones reforzadas¹⁷¹. En esta línea, uno de los cambios más significativos recayó primeramente en la ampliación de las materias sobre las que podía versar una cooperación reforzada, y es que el Tratado de Niza extendió el campo de aplicación al segundo pilar (la política exterior y de seguridad común, PESC). A partir de ahí, se estableció en el mencionado Tratado que tanto las disposiciones sobre el inicio del procedimiento así como la posterior participación de un Estado miembro eran diferentes en los tres pilares. Mientras que el segundo cambio más significativo consistió en la supresión del derecho de veto (con excepción de la política exterior) que cada Estado miembro mantenía tanto en el procedimiento de autorización como en el procedimiento de incorporación de nuevos Estados¹⁷².

15. En 2007 el Tratado de Lisboa mantuvo en lo esencial su funcionamiento con ligeras variaciones rescatando pequeños cambios

¹⁷¹ POCAR, F. (2011). “Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(2), p. 299.

¹⁷² Para una valoración más profunda *Vid* FINES, F. (2000). “Le Traité de Nice. La réforme des coopérations renforcées”. *Revue des Affaires Europeennes*, (4), pp. 359-373; RODRIGUES, S. (2001). “Le Traite de Nice et les cooperations renforcees au sein de l'Union Europeenne”. *Revue du Marche Commun et de l'Union Europeenne*, (444), pp. 11-16; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2003). “La cláusula de cooperación reforzada a la luz del Tratado de Niza: Crónica de una modificación necesaria”. *Noticias de la Unión Europea*, (218), pp. 95-110; MANGAS MARTÍN, A. (2002). Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza. En C. J. MOREIRO GONZÁLEZ (Ed.), *Tratado de Niza: Análisis, comentarios y texto*, Madrid, Colex, pp. 67-82; PONS RAFOLS, F. X. (2001). “Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 5(9), pp. 145-196.

realizados en el frustrado Tratado Constitucional¹⁷³. Entre sus novedades despuntan la eliminación de los tres pilares en beneficio de la Unión Europea¹⁷⁴; el cambio que se hace otra vez en el número de Estados miembros necesarios para comenzar una cooperación reforzada (que se ve aumentado) y, por último rescata la posibilidad de aplicación de las llamadas “cláusulas pasarela” en las cooperaciones reforzadas (prevista en el art. III-328 del Tratado Constitucional), excepto en las decisiones que tengan implicaciones militares o en el ámbito de la Defensa¹⁷⁵. Estas cláusulas pasarela están concebidas en el ámbito de una cooperación reforzada para permitir al Consejo la modificación del sistema de votación (para poder pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada) o del

¹⁷³ Para un análisis de las novedades que proponía el fallido Tratado Constitucional *vid.* URREA CORRES, M. (2004). “La cooperación reforzada en el proyecto de Constitución Europea”. *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, (12), pp. 27-49.

¹⁷⁴ Una única Unión, con dos tratados diferentes: El Tratado de la Unión y el Tratado de Funcionamiento de la Unión. Ambos tratados (TUE y TFUE) se refieren, pues, a un mismo ente, la Unión Europea.

¹⁷⁵ El Tratado de Lisboa ha introducido cláusulas pasarela para poder aplicar el procedimiento legislativo ordinario a ámbitos en los que los Tratados habían previsto un procedimiento legislativo especial. Además, estas cláusulas permiten aplicar la votación por mayoría cualificada a actos que deben ser adoptados por unanimidad.

Existen dos tipos de cláusulas pasarela: 1) la cláusula pasarela general aplicable a todas las políticas europeas; la activación de esta cláusula debe ser autorizada por una decisión del Consejo Europeo por unanimidad; 2) las cláusulas pasarela específicas para determinadas políticas europeas.

Existen seis cláusulas pasarela específicas aplicables: 1) en el marco financiero plurianual (artículo 312 del Tratado de Funcionamiento de la UE); 2) a la política exterior y de seguridad común (artículo 31 del Tratado de la UE); 3) a la cooperación judicial en materia de Derecho de familia (artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Esta cláusula específica es la única por la que los parlamentos nacionales conservan un derecho de oposición; 4) a las cooperaciones reforzadas en ámbitos regulados por unanimidad o por un procedimiento legislativo especial (artículo 333 del Tratado de Funcionamiento de la UE); 5) en materia social (artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la UE); 6) en materia de medio ambiente (artículo 192 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

procedimiento legislativo (para poder pasar de un procedimiento legislativo especial al procedimiento legislativo ordinario)¹⁷⁶.

B. CARACTERÍSTICAS

16. A la vista de las reformas efectuadas la regulación actualmente vigente incorpora importantes mejoras con respecto a la reglamentación original y las cooperaciones reforzadas aparecen reguladas en el art. 20 del TUE y en el título III del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 326 a 334). El mecanismo de cooperación reforzada se establecerá por medio de diferentes procedimientos, en función de la materia sobre la que versen, a sabiendas de que está prohibido sobre materias de competencia exclusiva¹⁷⁷.

17. Los rasgos que caracterizan a la cooperación reforzada se desprenden de la regulación que de ella aparece en los Tratados:

(a) Impulso, protección y refuerzo.

18. Establece el art. 20.1 TUE que *“la finalidad de las cooperaciones reforzadas será impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración”*. Es por tanto, un mecanismo concebido para avanzar y ahondar con profundidad en el proceso de integración de la Unión. Se trata de una característica que pretende tener un marcado matiz positivo. Es decir, el Tratado posibilita la práctica de una diferenciación positiva entre los Estados miembros que pretenden una cooperación reforzada y aquellos otros que no quieren o no pueden participar en ese

¹⁷⁶ GARZÓN CLARIANA, G. (2009). “Democracia y Estado de derecho en la puesta en marcha del Tratado de Lisboa”. *La presidencia española de la Unión Europea en 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa: Novenas jornadas extraordinarias escuela diplomática-asociación española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, Madrid, 2 y 3 de junio de 2009*, Marcial Pons, p. 36.

¹⁷⁷ El procedimiento de activación de las cooperaciones reforzadas afecta a todas las cooperaciones reforzadas con excepción de las establecidas en el marco de la política exterior y de seguridad común (que se activarán por un procedimiento especial).

proyecto¹⁷⁸. En este sentido, la cooperación reforzada no debe entenderse en sentido negativo, como una fórmula que dará lugar a diferentes grupos de Estados miembros con intereses contrapuestos y diferentes grados de integración dentro de la UE, sino todo lo contrario. La cooperación reforzada constituye un instrumento al servicio de la integración¹⁷⁹. Se trata fundamentalmente de que los Estados miembros dispuestos a cooperar en una determinada materia no exclusiva puedan avanzar en su empeño. Esta condición tiene un marcado carácter constructivo.

(b) Último recurso.

19. Establece el art. 20.2 TUE que únicamente se podrá establecer una cooperación reforzada cuando “*se haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto*”. Por tanto, el mecanismo de cooperación reforzada sólo podrá iniciarse si previamente se ha intentado a conciencia que los objetivos fijados fueran conseguidos por todos los Estados miembros y el resultado no haya sido propicio¹⁸⁰. Dicho de otro modo, la cooperación reforzada puede activarse cuando por diferentes razones no se pueden conseguir las metas propuestas por

¹⁷⁸ STETTNER, R. (2005). “Flexibilidad en el Derecho Europeo. Complemento autónomo del tratado y cooperación reforzada”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (3), p. 224.

¹⁷⁹ Fue el Tratado de Niza el que, a pesar de no haber cambiado en lo esencial el sistema de la cooperación reforzada previsto por su predecesor (el Tratado de Ámsterdam) añade una nueva condición a las ya existían por aquél entonces: este tipo de cooperación “*deberá reforzar el proceso de integración*” (art. 43 del Tratado de Niza).

¹⁸⁰ PONS RAFOLS, F. X. (2013). “Unificación, armonización y flexibilidad: Algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la Unión Europea”. En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 762.

unanimidad de los Estados miembros de una manera favorable. Tiene, por ende, carácter subsidiario¹⁸¹.

(c) Apertura.

20. La cooperación reforzada tiene un palpable carácter abierto que se muestra no sólo en el momento del inicio del proceso sino que permanece incluso con posterioridad a la activación del mecanismo. En este sentido, establece el art. 328 del TFUE que las cooperaciones reforzadas deberán quedar “*permanentemente abiertas a todos los Estados miembros*”. Ello supone que inicialmente, comienzan una cooperación reforzada aquellos Estados miembros que así lo deseen siempre y cuando respeten las condiciones de participación¹⁸². Y una vez establecido el mecanismo queda abierto de manera indefinida a los demás Estados miembros, lo cual implica que cualquier Estado miembro que no participe de la cooperación reforzada desde un principio podrá solicitar su incorporación al procedimiento ya en funcionamiento (siempre y cuando respete no sólo las condiciones de participación sino los todos aquellos actos que se hayan podido adoptar en el marco de la cooperación reforzada).

En este sentido, en el marco de una cooperación reforzada no existe la posibilidad de vetar, ya sea de manera inicial como de forma sobrevenida, la participación a Estados miembros que quieran participar. Este carácter abierto en relación a la participación de los Estados miembros tiene dos apreciaciones: una en sentido negativo, que prohíbe imposibilitar la participación de los Estados miembros o frustrar el posible ingreso de otros a una cooperación reforzada; y otra en sentido positivo, que obliga a

¹⁸¹ GALÁN GALÁN, A. (2010). “Cooperación reforzada”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, p. 41.

¹⁸² Para conocer las condiciones de participación *Vid.* Punto VI.3.C. del presente capítulo I de la tesis.

los Estados miembros ya participantes a fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros¹⁸³.

Este rasgo de permanente apertura persigue fundamentalmente que los Estados miembros dispuestos a cooperar puedan avanzar, persuadiendo al resto de los beneficios de integrarse posteriormente en los trabajos, evitándose situaciones de *impasse* bajo la premisa de que “algo es mejor que nada”. Se busca evitar la creación de “núcleos duros”, de carácter excluyente que obliguen a los Estados más vulnerables por la fuerza de los hechos a seguir un camino con el que no pueden cumplir¹⁸⁴. Lo único que se conseguiría sería desestabilizar las bases sobre las que se fundamentan las políticas que han hecho posible el continuo progreso hacia la integración europea.

(d) Doblemente coherentes.

21. Establece el art. 334 TFUE que “*El Consejo y la Comisión velarán por la coherencia de las acciones emprendidas en el marco de una cooperación reforzada, así como por la coherencia de dichas acciones con las políticas de la Unión, y cooperarán a tal efecto*”. El mecanismo de cooperación reforzada ha sido gestado para que sea un sistema doblemente coherente: de manera interna (en relación a las acciones emprendidas en el interior de la cooperación reforzada) y de forma externa (en relación a las políticas de la Unión). En este sentido se articula un tipo de control en virtud del cual se garantiza cierta coherencia entre los proyectos de cooperación reforzada que fueran surgiendo y las políticas de la Unión. A lo que Urrea Corres llama “*cláusula de coherencia*”¹⁸⁵.

¹⁸³ Art. 328 TFUE (DOUE, C 326/7 de 26.10.2012) *fine* “*La Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados miembros*”.

¹⁸⁴ GALÁN GALÁN, A. (2010). “Cooperación reforzada”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, p. 42.

¹⁸⁵ URREA CORRES, M. (2008). “Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 39, p. 181.

C.CONDICIONES

22. El inicio de una cooperación reforzada está supeditado al cumplimiento previo de una serie de condiciones sin las cuales sería imposible hacer uso de este mecanismo. Éstas pueden ser vistas como requisitos o como límites según el prisma desde el que se miren.

(a)Sujetos.

23. En primer lugar, establece el art. 20.2 TUE que la decisión de autorizar una cooperación reforzada será adoptada a condición de que participen en ella *“al menos nueve Estados miembros”*. Es una condición *sine qua non* ya que, de no cumplirse, resultaría imposible solicitar el inicio de un proceso de cooperación reforzada. Este límite se justifica por el deseo de asegurar la viabilidad de la iniciativa y, no menos importante, por dotarle de una fuerza atractiva para otros Estados (para que se vean impulsados a participar también ellos)¹⁸⁶.

24. En segundo lugar, a sabiendas de que la existencia de una cooperación reforzada implica necesariamente la división en dos grupos de los Estados miembros (por un lado los que participan y por el otro los que se quedan al margen) se exige un respeto mutuo *“de competencias, derechos y obligaciones de los Estados miembros que no participen”*. A la par que *“éstos no impedirán que las apliquen los Estados miembros que participen en ellas”* (art. 327 TFUE). Es decir, entre los que participan y los que no, no debe existir intrusión y sí debe existir respeto¹⁸⁷.

¹⁸⁶ No en vano ha sido una de las condiciones que se ha visto modificada desde que fue regulado por vez primera en el Tratado de Ámsterdam. De este modo, en el Tratado de Ámsterdam, se requería la participación de *“la mayoría de Estados”*, pasando al número fijo de *“ocho Estados miembros”* en el Tratado de Niza y acabando en el umbral *“mínimo de nueve Estados miembros”* para establecer una cooperación reforzada según lo dispuesto en el Tratado de Lisboa.

¹⁸⁷ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., & CASADO RAIGÓN, R. (2012). *Curso de derecho de la Unión Europea*, Madrid. Tecnos, p. 74.

(b) Objeto.

25. La primera condición que se exige relativa al objeto de una cooperación reforzada es que la materia sobre la que verse debe permanecer *dentro del ámbito de competencias de la Unión*. Es decir, la cooperación reforzada no puede utilizarse como herramienta para dotar a la Unión de nuevas competencias¹⁸⁸.

26. En segundo lugar, tal como se ha visto en epígrafes precedentes, las cooperaciones reforzadas únicamente pueden establecerse *“en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión”* (art. 20.1 TUE)¹⁸⁹. Es decir, quedan descartados los ámbitos establecidos en el art. 3 TFUE, es decir, la unión aduanera, el establecimiento de las normas de competencias necesarias para el funcionamiento del mercado interior, la política monetaria, la conservación de los recursos biológicos, la política comercial común (con excepciones) y la celebración de ciertos acuerdos internacionales¹⁹⁰. Esta prohibición resulta del todo coherente, ya que si se permitiera establecer una cooperación reforzada en una materia de competencia exclusiva de la Unión, los Estados miembros no participantes no se verían sometidos a la misma, lo cual supondría un grave problema.

(c) Marco normativo.

27. La primera de las condiciones versa sobre el respeto al marco normativo e institucional de la Unión. Y aunque es de sentido común y

¹⁸⁸ Art. 5.2 TUE (DOUE C 326/18 de 26.10.2012) *“En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.”*

¹⁸⁹ Vid. Capítulo I. VI.2 “Concepto y naturaleza jurídica” de la presente tesis.

¹⁹⁰ PONS RAFOLS, F. X. (2013). “Unificación, armonización y flexibilidad: Algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la Unión Europea”. En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 760; IGLESIAS BERLANGA, M. (2011). “Competencias”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona. Huygens, p. 33.

debería darse por sentado, el art. 326 TFUE establece expresamente que las cooperaciones reforzadas *“deberán respetar los Tratados y el Derecho de la Unión”*, lo que implica que no sólo se tendrán en consideración los principios rectores sino la globalidad de sus normas.

28. En esta misma línea, en segundo lugar, las cooperaciones reforzadas *“no podrán perjudicar al mercado interior ni a la cohesión económica, social y territorial”*. Ésta es una prohibición que el articulado del TFUE modificó porque la anterior expresión de *“afectar negativamente”* resultaba un tanto confusa y poco transparente. Resulta una condición fundamental, puesto que sería un absurdo y atentaría contra la propia estructura de la Unión que los Estados miembros decidieran avanzar con base en una cooperación que perjudicara el proceso de integración, de ahí que se articule de forma expresa el respeto debido a los Tratados, al Derecho, al mercado interior y a la cohesión vista desde tres ángulos diferentes: económica, social y territorial¹⁹¹.

29. En tercer lugar, fine el art. 326 TFUE que las cooperaciones reforzadas *“no constituirán un obstáculo ni una discriminación para los intercambios entre Estados miembros, ni provocarán distorsiones de competencia entre ellos”*. De esta manera queda expresamente manifiesta la relación que debe existir entre los Estados miembros participantes y los no participantes

30. En cuarto lugar, pero no por ello menos importante, es los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada *“no formarán parte del acervo comunitario”*¹⁹². Es decir, únicamente serán de aplicación en los Estados miembros que participen en ella y por el contrario, no comprometerán a los Estados miembros no participantes. En consecuencia,

¹⁹¹ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., & CASADO RAIGÓN, R. (2012). *Curso de derecho de la Unión Europea.*, Madrid. Tecnos, p. 74.

¹⁹² Para un análisis del acervo comunitario, *vid*, PESCATORE, P. (1981). “Aspectos judiciales del “acervo comunitario””. *Revista de Instituciones Europeas*, 8(2), pp. 331-366; CURTI GIALDINO, C. (1995). “Some reflections on the *acquis communautaire*”. *Common Market Law Review*, 32 (5), pp. 1089-1121.

no será necesario que sean aceptados por los Estados candidatos a la adhesión a la Unión¹⁹³.

D. FUNCIONAMIENTO

31. La siguiente cuestión a solventar, conocidas las características y condiciones que debe asumir el mecanismo de cooperación reforzada, son los aspectos más procedimentales, esto es, la manera en que puede ponerse en marcha, que variará no sólo dependiendo de la materia sobre la que verse la pretendida cooperación reforzada sino en función del momento en el que soliciten los Estados miembros la participación a la cooperación reforzada.

32. En primer lugar, para establecer de inicio una cooperación reforzada el art. 329 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prevé distintas modalidades en función del ámbito sobre el que vaya a referirse la cooperación reforzada. En este sentido, si la cooperación reforzada va a versar sobre el ámbito de la política exterior y de seguridad común (PESC) se llevará a cabo por medio de un procedimiento distinto al que se deberá seguir si la cooperación reforzada versa *“sobre los ámbitos contemplados en los Tratados para una cooperación reforzada”*¹⁹⁴.

Los Estados miembros que deseen establecer entre sí una cooperación reforzada, deberán ser como mínimo nueve, dirigirán una solicitud a la Comisión. En ella se tendrán que especificar dos aspectos: el ámbito de aplicación y los objetivos que se prevén conseguir con la deseada cooperación reforzada. A partir de ahí, la Comisión podrá sumarse o no a la iniciativa. De incorporarse a la iniciativa, podrá presentar al

¹⁹³ Art. 20.4 TUE (DOUE C 326/7 de 26.10.2012) *“Los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada vincularán únicamente a los Estados miembros participantes. Dichos actos no se considerarán acervo que deban aceptar los Estados candidatos a la adhesión a la Unión”*.

¹⁹⁴ Hay que precisar que al no tratarse el Reglamento Roma III sobre una materia que se enmarque dentro de la política exterior y de seguridad común, no se explicará el procedimiento establecido para éstas materias, a la que nos remitimos, si al lector le parece de interés, a los artículos 329 al 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 326/7 de 26.10.2012)

Consejo una propuesta en este sentido. Si, por el contrario, no se suma a la iniciativa o incluso si la desaconseja, la Comisión deberá motivar su parecer a los Estados miembros solicitantes. Es decir, la Comisión tiene la facultad de presentar o no una propuesta al Consejo, pero de no hacerlo, deberá explicar el porqué.

La autorización final que se requiere para llevar a cabo una cooperación reforzada será concedida por el Consejo a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Dicho de otra forma, cuando el Consejo reciba la propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo se pronunciará sobre su autorización por unanimidad¹⁹⁵. La unanimidad está prevista únicamente por los votos de los representantes de los Estados miembros participantes y no de los Estados miembros en su totalidad. Es decir, aunque en las deliberaciones puedan participar todos los miembros del Consejo, solamente podrán participar en la votación aquellos miembros del Consejo que representen a los Estados miembros que participen en la cooperación reforzada¹⁹⁶.

33. En segundo lugar, y puesto que es requisito obligatorio que una cooperación reforzada acordada entre Estados miembros quede abierta a la participación posterior de otros Estados miembros, y por tanto podrán participar de igual modo los que no intervengan desde su inicio, el art. 331 TFUE establece que para adherirse a una cooperación reforzada en curso, los Estados miembros que quieran unirse deberán presentar una solicitud

¹⁹⁵ Art. 329.2 TFUE La autorización de llevar a cabo una cooperación reforzada se concederá mediante decisión del Consejo, que se pronunciará por unanimidad.

¹⁹⁶ Art. 330 TFUE (DOUE C 326/7 de 26.10.2012) *“Todos los miembros del Consejo podrán participar en sus deliberaciones, pero únicamente participarán en la votación los miembros del Consejo que representen a los Estados miembros que participan en una cooperación reforzada/La unanimidad estará constituida únicamente por los votos de los representantes de los Estados miembros participantes/La mayoría cualificada se definirá de conformidad con el apartado 3 del artículo 238”*.

tanto a la Comisión, como al Consejo y la Comisión decidirá si autoriza o no al Estado miembro a unirse a la cooperación reforzada¹⁹⁷.

34. Por tanto, que los Estados miembros participen desde inicio o que participen en una cooperación reforzada ya en marcha, la Comisión como garantía de buen funcionamiento tiene el deber de informar de manera periódica tanto al Parlamento Europeo como al Consejo sobre la evolución de la cooperación reforzada¹⁹⁸.

¹⁹⁷ En caso de rechazo reiterado de la Comisión, el Estado miembro podrá recurrir al Consejo; URREA CORRES, M. (2008). "Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa". *Cuadernos Europeos de Deusto*, 39, p. 181.

¹⁹⁸ En caso de cooperación reforzada en PESC, el deber de informar se extiende al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad tal como establece el art. 328.2 TFUE (DOUE C 326/7 de 26.10.2012); ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., & CASADO RAIGÓN, R. (2012). *Curso de derecho de la Unión Europea*, p. 76, Madrid. Tecnos; GALÁN GALÁN, A. (2010). "Cooperación reforzada". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*, Barcelona, p. 43.

VI. VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN PRECEDENTE

1. Fine este primer capítulo de la tesis con una valoración global. Se considera útil ya que en él se enmarcan, a modo de cuestiones previas, asuntos variados que tratan temas heterogéneos en un mismo capítulo.

2. Se ha partido de la configuración de la competencia judicial internacional a través del R. 2201/2003 por tratarse del paso previo a la determinación de ley aplicable a las crisis matrimoniales. El objetivo ha sido tener las herramientas necesarias para poder analizar más adelante la forma en que se compenetran el Reglamento *Bruselas II bis* y el Reglamento *Roma III*¹⁹⁹. Esta previa exposición de la competencia judicial internacional de los tribunales europeos en los litigios de divorcio o separación judicial es necesaria para plantearse la ley aplicable al fondo del litigio. El R.2201/2003 otorga, a través de sus foros alternativos, una amplia competencia judicial internacional, por lo tanto, los jueces resultan competentes en multitud de casos.

3. A continuación, se ha profundizado en el estudio del art. 107.2 Cc por ser la regulación en España inmediatamente anterior al R. 1259/2010. El balance del art. 107.2 Cc no podía ser positivo. En el mismo se aprecian errores técnicos evidentes, algunos de escasa entidad, como puede ser la dicción del primer inciso del apartado c) del artículo 107.2 y otros de más sustancia, como la regulación de la aplicación del Derecho español en los supuestos de demandas de separación o divorcio presentadas de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro²⁰⁰.

¹⁹⁹ Vid. Capítulo V de la presente tesis: "Relación del R. 1259/2010 con otros instrumentos internacionales".

²⁰⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). "El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil". *La Ley*, (3), pp. 1-7.

Hay que reconocer que la redacción del art. 107.2 Cc no fue la más acertada y suscitaba cierta sorpresa²⁰¹. A este respecto, se señaló que al referirse en primer lugar a la ley de la nacionalidad común de los cónyuges podía llevar a que se aplicara una ley desconectada de la situación en los supuestos de matrimonios españoles que residen desde hace tiempo en el extranjero²⁰².

En éste y otros puntos es apreciable una vacilación e indecisión en el planteamiento de fondo que no beneficia a la norma. De este modo afirmaba, de manera casi vaticinadora, González Campos *“quizá hubiera sido posible y necesario optar de una forma más decidida por la conexión de residencia habitual en perjuicio de la conexión de la nacionalidad o dar de entrada, aunque fuese limitada, a la autonomía de la voluntad. Estas hubieran sido decisiones de calado que hubieran orientado la norma hacia el futuro, liberando a nuestro sistema de algunos lastres decimonónicos”*²⁰³. Se aprecia que la redacción del precepto resultaba defectuosa en algunos puntos y que generaba dificultades interpretativas (a propósito del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el art. 107.2.II b).

El legislador no es ajeno a la realidad y consciente de que España se ha convertido en un país receptor de inmigrantes, provinientes muchos de ellos de culturas distintas a la nuestra así como consciente de la necesidad de adaptarse a ella y de que la solución planteada por el art. 107.2 Cc resultaba en algunos aspectos inadecuada, emprendió nuevas labores de legislación para dar solución a los problemas de aplicación planteados por el art. 107.2 Cc, entre los que se enmarca el R. 1259/2010.

²⁰¹ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2004). “Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código Civil”. En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, p. 189.

²⁰² GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (1995). “Derecho de familia: El matrimonio”. En GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS. *Derecho internacional privado español: Parte especial* (6ª revisada ed.). Madrid, pp.289-328.

²⁰³ ARENAS GARCÍA, R. (2004). “La nueva redacción del artículo 107 del Código civil”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 56(1), p. 224.

4. Posteriormente, se ha ahondado en las dificultades a las que se enfrenta el legislador europeo a la hora de regular separaciones judiciales y divorcios con carácter internacional. Se ha mostrado que el derecho de la UE sirve para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia que está diseñado para las personas²⁰⁴. En este sentido, sólo existirá seguridad jurídica en el Espacio Europeo si la ley aplicable al divorcio es la misma sea cual sea el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para pronunciar el divorcio. Por tanto, ante la clara existencia de *Forum Shopping* en lo que a crisis matrimoniales se refiere, la realidad es que la eliminación de dicho fenómeno es del todo deseable porque la persona, para el derecho de la UE, presenta un valor constitucional.

5. Se ha hecho mención a la eficacia que puedan desplegar en España decisiones extranjeras referidas a las crisis matrimoniales para poder analizar cómo afecta la determinación de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial al reconocimiento de las resoluciones judiciales en España antes de que el Reglamento *Roma III* entrara en vigor. Para concluir que, con anterioridad al R. 1259/2010 la determinación de ley aplicable afectaba al reconocimiento de sentencias de separación judicial o divorcio en el marco del R. 2201/2003, en tanto que, la ley aplicable a la crisis matrimonial podía resultar ser diferente en función de qué tribunales resultaran ser los competentes en la resolución del conflicto.

6. Seguidamente, se ha analizado la *comunitarización del DIPr* por ser el marco en el que se encuadra el Reglamento *Roma III*. Se ha visto que las instituciones comunitarias resultan competentes para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que permita la creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, las instituciones comunitarias resultan competentes para elaborar normas de DIPr y por tanto se puede afirmar que, las instituciones comunitarias son competentes para “comunitarizar” cualquier sector de DIPr. (es decir, competencia judicial internacional, Ley

²⁰⁴CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 49.

aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones) que dificulte y obstaculice el establecimiento de un auténtico mercado interior²⁰⁵.

Así, la compatibilidad de las normas de conflicto de leyes en materia de divorcio y separación judicial se presenta como una herramienta fundamental para poder asegurar un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, y de este modo, se fomenta la libre circulación de resoluciones judiciales, ya que si ante un mismo caso, los tribunales de un estado de origen aplican el mismo derecho que habría aplicado el estado de destino no se darían problemas de reconocimiento y ejecución²⁰⁶.

7. Y por último, en vistas de que la UE ha adoptado el R. 1259/2010, utilizando por vez primera en la historia de la UE el mecanismo de cooperación reforzada, se ha procedido a un estudio minucioso del mismo: su transformación a lo largo de los años, sus características principales, las condiciones que debe cumplir y la manera de operar. Todo ello con el objetivo de tener las herramientas necesarias para poder valorar, en el capítulo siguiente, no sólo su configuración como mecanismo como tal, sino también para criticar si el ensamblaje que presenta con el Reglamento *Roma III* puede tener consecuencias con respecto a la libre circulación de personas.

8. En definitiva, vistos los antecedentes que *grosso modo* acompañan a las crisis matrimoniales y conocidos los aspectos que motivaron al legislador a regular nuevamente la determinación de ley aplicable a

²⁰⁵ El art. 26 TFUE define el mercado interior como *un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados*. Un análisis del mercado interior resulta realizado por MUÑOZ, R. (2002). "Le marché intérieur: Comment rendre effectifs les droits des intéressés?". *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 458, pp. 337-341; ALEMANN, A. (2001). "Le principe de précaution en droit communautaire: Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?". *Revue du Droit de l'Union Européenne*, pp. 953-971; ESPLUGUES MOTA, C. (2008). "Palao Moreno G., Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo". *Revista Española De Derecho Internacional*, 60(2), pp. 776-778.

²⁰⁶ ORTIZ VIDAL, M. (2010). "Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: Hacia un nuevo derecho internacional privado". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(1), p. 381.

divorcios y separaciones judiciales, en el siguiente capítulo se profundizará en la regulación actual existente sobre dicha materia: el Reglamento 1259/2010, a fin y a efecto de conocer cómo se moldeó su propuesta a nivel legislativo, porqué finalmente se aprobó por el procedimiento de cooperación reforzada, qué novedades presenta (haciendo hincapié en el papel que desempeña la autonomía de la voluntad de las partes), cómo se interpreta el Reglamento, cuáles son sus límites (conoceremos los distintos aspectos que abarca su ámbito de aplicación) y qué problemas de aplicación pueden surgir. Se mostrará qué beneficios o mejoras lleva consigo y si da pie a la existencia de lagunas legales que siempre son dañinas para el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia.

**CAPITULO II.- GESTACIÓN DEL
R.1259/2010**

I. JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS

1. En términos generales la Unión Europea tiene como finalidad “promover la paz, los valores y el bienestar de sus pueblos”²⁰⁷. Éste propósito se concreta en unos pocos objetivos prioritarios por parte de la Unión que, resuelta y decidida a facilitar la libre circulación de personas dentro del ámbito de la UE, ofrece a sus ciudadanos la creación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores” con la intención de garantizar dicha libertad²⁰⁸.

La instauración de este espacio europeo libre, seguro y justo se enmarca dentro de un plan de acción de la Unión Europea que reclama la eliminación tanto de barreras jurídico-públicas como de barreras jurídico-privadas para que el ciudadano pueda ejercer sus derechos fundamentales y sus libertades comunitarias²⁰⁹. A este respecto, en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, la Unión ha adoptado medidas en el ámbito de la cooperación judicial con el objetivo de lograr el progresivo establecimiento de dicho espacio²¹⁰. Dicho de otro modo, la Unión Europea busca establecer una colaboración más estrecha entre las autoridades de los Estados miembros con la idea de eliminar aquellos obstáculos que son resultado de las posibles incompatibilidades entre los diferentes sistemas judiciales con la intención de facilitar a los ciudadanos de la Unión el acceso

²⁰⁷ Tal como señala el art. 3.1 TUE, bajo la rúbrica “Disposiciones comunes” en los que fija los objetivos compartidos por el conjunto de la Unión. (Versión consolidada oficial, DOUE nº C 115 de 9.5. 2008 que incluye las reformas realizadas por el Tratado de Lisboa, de 13.12.2007 -DOUE nº C 306 de 17.12.2007-).

²⁰⁸ OLESTI RAYO, A. (2011). “El espacio de libertad, seguridad y justicia”. En V. ABELLÁN HONRUBIA, B. VILÀ COSTA & A. OLESTI RAYO (Eds.), *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona; Ariel, p. 305.

²⁰⁹ Programa de Estocolmo (DOUE nº C 115/1 de 4/5/2010).

²¹⁰ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: El nuevo reglamento (UE) Nº 1259/2010”. *Revista General de Derecho Europeo*, (24), p. 11.

a la justicia²¹¹. Y entre las medidas que adopta, se encuentran las destinadas “a garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción”²¹².

En una materia tan delicada como es la ruptura matrimonial y ante la imposibilidad o, cuanto menos, dificultad en orden a unificar normas de derecho material de los Estados miembros, el Consejo se ha visto impulsado a proponer la unificación de normas de conflicto²¹³. Con el punto de mira puesto en que, en la práctica, las libertades de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea puedan no sólo ser una teoría sino que resulten ser una realidad, en tanto que los ciudadanos europeos deben poder ejercer estos derechos dentro de la Unión con la tranquilidad y la garantía de que se respete su intimidad personal tanto si quieren tan sólo relajar su vínculo matrimonial, como si quieren extinguirlo²¹⁴.

2. La Comisión Europea justifica la elaboración del R. 1259/2010 (conocido también como Reglamento *Roma III*) por diferentes motivos:

1. Marco jurídico claro y completo

3. En primer lugar, el R. 1259/2010 aspira a “crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”²¹⁵. En este aspecto, la Unión quiere proporcionar a los nacionales

²¹¹ Se asienta en el principio del reconocimiento mutuo y la ejecución tanto de sentencias como de decisiones que emanen de casos extrajudiciales. De esta manera, la cooperación judicial contribuye a garantizar un espacio de justicia, libertad y seguridad a propósito de lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Título V).

²¹² Art. 81.2 c) TFUE (Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C 83/47 del 30.3.2010).

²¹³ SABIDO RODRÍGUEZ, M. (2013). “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho Internacional Privado español”. *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, 17 (45), p.500.

²¹⁴ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Documento COM – Comisión de las Comunidades Europeas- (2006), 399 final, Bruselas, 17 julio 2006.

²¹⁵ Considerando (9) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.10.2010).

de la UE los derechos y las libertades fundamentales consagradas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos²¹⁶. Como se verá más adelante, este objetivo se ha conseguido sólo en parte ya que en el transcurso de la elaboración del Reglamento, ante la complejidad de llegar a un punto común, varios Estados miembros recurrieron al mecanismo de cooperación reforzada²¹⁷.

2. Seguridad, previsibilidad y flexibilidad

4. En segundo lugar, el R. 1259/2010 busca “*garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad*”²¹⁸.

a) Seguridad jurídica

5. En relación a la seguridad jurídica que pretende brindar el Reglamento *Roma III*, resulta indiscutible que la diversidad de derecho material en torno a la ley aplicable tanto a la separación judicial como al divorcio genera *a priori* cierto desconcierto a nivel práctico. En este sentido, las diferencias significativas en torno a las normas de conflicto de los distintos Estados miembros permiten, de acuerdo a la naturaleza de las

²¹⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE C 364/1 de 18.12.2000); Resolución de 5.4.1999 de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4.11.1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20.3.1952 y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28.4.1983 (BOE nº 108-10148 de 6.5.1999, p. 16808-16816).

²¹⁷ ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all’europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 250.

²¹⁸ Considerando (9) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

mismas, dividir a los países miembros de la Unión Europea en dos grupos de Estados miembros bien diferenciados²¹⁹.

Un primer grupo formado por aquellos Estados miembros que determinaban la ley aplicable al divorcio a través de puntos de conexión que perseguían la aplicación al divorcio del Derecho del Estado con el que la situación presentaba una mayor vinculación²²⁰.

Es el caso de Bélgica, país en el que la ley de DIPr de 2004 establece la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial será, en primer lugar, la ley del Estado de residencia habitual de ambos cónyuges. A falta de ella, la ley de la última residencia habitual común. A falta de ésta, la ley de la nacionalidad de un cónyuge u otro y en último lugar, a falta de todas las opciones anteriores, será de aplicación la ley belga²²¹.

También es el caso de España, en el que el Código Civil establece que la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial se regirá por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. A falta de ésta, por la ley de residencia habitual común y en su defecto, por la ley de la última residencia habitual común si alguno de ellos sigue residiendo allí. Aunque en todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de

²¹⁹ PERIN TOMIČIĆ, I. (2007). "Private international law aspects of the matrimonial matters in the European Union—Jurisdiction, recognition and applicable law". *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 57(4-5), p. 864.

²²⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 42

²²¹ En Bélgica, Loi belge 16 juillet 2004 portant le Code International Privé, art. 55 § 1-3.

este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público²²².

Así como de Italia, que establece que tanto la separación judicial como el divorcio se regularán en primer lugar por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda. Y de modo subsidiario, se aplicará la ley del Estado en que el matrimonio esté localizado. De todos modos, en el caso de que las leyes extranjeras no fuesen de aplicación, se aplicará la ley italiana²²³.

En Alemania, el artículo 17 de la Ley de introducción al Código Civil determina la legislación aplicable a las causas y efectos de un divorcio en relación con la legislación de otro Estado. En principio, el divorcio está sujeto a la legislación que en el momento del inicio de la litispendencia de la demanda de divorcio era determinante para los “efectos generales del matrimonio”. En el caso de que los cónyuges no hubieran hecho ninguna elección admisible del Derecho, los efectos generales del matrimonio estarán sujetos a la legislación del Estado de ambos cónyuges o al que pertenecían durante el matrimonio cuando uno de ellos siga siendo ciudadano de dicho Estado. Cuando no haya ninguna nacionalidad común en este sentido, los efectos generales del matrimonio estarán sujetos: a) a la legislación del Estado en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual o la hayan tenido durante su matrimonio cuando uno de ellos todavía la tenga allí y, subsidiariamente; b) a la legislación del Estado con el que ambos cónyuges estén de otro modo más estrechamente vinculados²²⁴.

En Grecia, el divorcio de los cónyuges se rige por el orden de prelación siguiente: 1) la ley de su última nacionalidad común durante el matrimonio si uno de ellos la mantiene; 2) la ley de su última residencia

²²² En España, art. 107.2 Código civil.

²²³ En Italia, L. 31 maggio 1995, n. 218, Capo IV, articolo 31 (Gazzeta Ufficiale suppl. Ord. 68 a 168, de 3 de junio de 1995).

²²⁴ En Alemania, *Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuchen (EGBG)* Art.17 Besondere Scheidungsfolgen.

habitual común durante el matrimonio. 3) la ley del país con el que los cónyuges guarden mayor relación. (La ley de enjuiciamiento aplicable de conformidad con la *lex fori* es la griega y la comunitaria, que prevalece frente a la nacional según el artículo 28 de la Constitución)²²⁵.

En Austria, los requisitos y los efectos del divorcio se determinan en virtud del estatuto personal común (Derecho nacional) de los cónyuges o, en su defecto, del último estatuto personal común, siempre y cuando lo haya conservado alguno de ellos. Si carecen de dicho estatuto o ninguno lo ha mantenido, será de aplicación el Derecho nacional del Estado en el que residan habitualmente ambos cónyuges. Si viven en países distintos, se aplicará el Derecho nacional del Estado del último domicilio habitual común, siempre y cuando uno de los cónyuges haya conservado dicho domicilio. En el supuesto de que el lugar de residencia habitual de los cónyuges nunca haya estado situado en el mismo país o de que ninguno de ellos haya seguido residiendo en ese Estado, el procedimiento de divorcio se enjuiciará en función del estatuto personal del demandante en el momento del divorcio, que también será de aplicación en caso de que no sea posible conceder el divorcio de conformidad con el Derecho normativo debido a los hechos que son objeto de la demanda²²⁶.

En Hungría la ley aplicable al divorcio es la ley personal común de ambos cónyuges. La ley personal es la ley del Estado del que los cónyuges son ciudadanos. Si uno de los cónyuges tiene doble nacionalidad y una de ellas es la húngara, la ley personal será la húngara. Si no puede precisarse la ley personal, ni la ley del domicilio, su legislación se determinará por el lugar de residencia habitual. Si uno de los cónyuges tiene varias residencias habituales y una de ellas es Hungría, su legislación personal será el derecho húngaro²²⁷.

²²⁵ En Grecia, Αστικού Κώδικα, το άρθρο 14.

²²⁶ En Austria, article §18, *Bundesgesetzblatt für die Republik österreich, Internationales Privatrecht (IPR-Gesetz)*.

²²⁷ En Hungría, Polgári Törvénykönyvről, III. Cím a házasság megszűnése, cikk 4:20. §-4:23. § regula el matrimonio. Las disposiciones fundamentales que rigen el divorcio y nulidad matrimonial se establecen en los artículos 7 a 22 de la Ley IV de 1952 sobre el

En Estonia, un divorcio se rige por la ley del estado donde la residencia común de los cónyuges se encuentra en el momento de inicio de los procedimientos de divorcio. Si los cónyuges residen en estados diferentes, pero tienen la misma ciudadanía, el divorcio se rige por la ley del estado a los ciudadanos de que los cónyuges son. Si los cónyuges residen en Estados diferentes y tienen diferente nacionalidad, el divorcio se rige por la ley del Estado de su última residencia común si uno de los cónyuges aún reside en tal estado. Si la ley aplicable al divorcio no puede ser determinado de acuerdo con las normas anteriormente mencionadas, la ley del Estado con el que los cónyuges son de otra manera los vínculos más estrechos se aplica. Si el divorcio no está permitido de conformidad con la ley tal como se especifica más arriba, o sólo es admisible en condiciones extremadamente estrictas, la legislación estonia aplicable en su lugar si uno de los cónyuges reside en Estonia o tiene la ciudadanía estonia o tenían la ciudadanía estonia en el momento de la contracción de la matrimonio²²⁸

En Luxemburgo, el Código Civil establece que la ley aplicable al divorcio y la separación se rigen: a) por la legislación nacional de los cónyuges, si tienen la misma nacionalidad; b) por la legislación aplicable en el domicilio efectivo común, si tienen nacionalidades diferentes; c) por la legislación luxemburguesa, si los cónyuges tienen nacionalidades diferentes y no tienen domicilio efectivo común. Divorcio y a la separación se rigen por la ley nacional común de los cónyuges. En su defecto, por la ley de su domicilio común²²⁹.

En Holanda, el efecto de las reglas de conflicto de conformidad con el artículo 1 de la Ley sobre conflictos de leyes en materia de divorcio es que, en la práctica, casi siempre se aplica la legislación neerlandesa a los procedimientos de divorcio. Sólo si los cónyuges tienen una nacionalidad

matrimonio, la familia y la tutela (1952. Évi IV. Törvény a házasságról, a családról és a gyámságról).

²²⁸ En Estonia, *Perekonnaseadus (PKS)*, 5. Peatükk abielu lõppemine, 1. jagu Üldsätted, Artikkel § 63-§ 71.

²²⁹ En Luxemburgo, Code Civil, titre VI, article 305 (L. 17 décembre 1990).

extranjera común, se aplicará la ley de esa nacionalidad, si bien existen muchas excepciones a esta regla²³⁰.

En la República Checa la disolución del matrimonio por divorcio se regirá por las leyes del Estado por la que los ciudadanos estaban casados en el momento del proceso de divorcio. Si los cónyuges son ciudadanos de diferentes países, la disolución del matrimonio se regirá por las leyes del país en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual, o la legislación checa²³¹.

En Portugal, el Código Civil establece que la separación jurídica y el divorcio se regirán por la ley nacional común. En el caso de no tener los cónyuges de la misma nacionalidad, se aplicará la ley de su residencia habitual común o, en su defecto, la ley del país con el que la vida familiar es la más estrechamente relacionada²³².

En Eslovenia, para supuestos de divorcio, se establece que si ambos cónyuges son ciudadanos de diferentes países, se aplican las leyes de las que son nacionales, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional de Eslovenia. Y si un matrimonio no puede divorciarse bajo la ley de la que son ciudadanos, la ley de Eslovenia será de aplicación al divorcio del matrimonio, siempre que uno de los cónyuges residiera de forma permanente en Eslovenia en el momento en que fue presentada la demanda. En último caso, si uno de los cónyuges es ciudadano de Eslovenia sin residencia permanente en Eslovenia, y el matrimonio no pudiera divorciarse bajo la ley especificada en el párrafo segundo del artículo 37 de

²³⁰ En Holanda, *Wet conflictenrecht echtscheiding*, WCE, artikel 1.

Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015):
http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_net_es.htm#III.5.

²³¹ En la República Checa, Předpis č. 91/2012 Sb. Zákon o mezinárodním právu soukromém, § 50.

²³² En Portugal, Código Civil Português, Decreto-Lei n. 47344/66 de 25 novembro de 1966, Artico 55º, establece que en la separación jurídica o divorcio de las personas se estará a lo dispuesto en el art. 52.

la Ley de Derecho privado y su procedimiento internacional, se aplica la ley de Eslovenia para el fin del matrimonio²³³.

En Eslovaquia, la disolución del matrimonio por divorcio se rige por la ley nacional del Estado de los ciudadanos en el momento en que se casaron. Si los cónyuges son de diferentes Estados, la disolución de un matrimonio se rige por la ley de divorcio Eslovaca²³⁴.

Y finalmente, en Bulgaria, país en el que el divorcio entre cónyuges de la misma nacionalidad extranjera se regirá en primer lugar, por la ley del Estado de cuya nacionalidad sean los cónyuges en el momento de la presentación de la solicitud de divorcio. En segundo lugar, el divorcio entre los cónyuges que poseen nacionalidades diferentes se regirá por la ley del Estado en que dichos cónyuges tengan su residencia habitual común en el momento de la presentación de la solicitud de divorcio. Si los cónyuges no tienen residencia habitual común se aplicará la ley búlgara. Y en tercer lugar, si la ley extranjera aplicable no admite el divorcio y en el momento de la presentación de la solicitud de divorcio uno de los cónyuges era nacional búlgaro o era residente habitual en la República de Bulgaria, se aplicará la legislación búlgara²³⁵.

En definitiva, un primer grupo de países de la Unión Europea que fijan cuál es la ley nacional aplicable a la separación judicial o al divorcio sobre la base de puntos de conexión tales como la nacionalidad o la residencia habitual de manera que el divorcio o la separación de los cónyuges se rige, en principio, por la ley que más les concierne.

Y un segundo grupo, formado por Estados miembros que hacen aplicable al divorcio o a la separación judicial, en todo caso, la *lex materialis fori*, es decir, su propia ley nacional. Es el caso de países escandinavos y

²³³ En Eslovenia, Zakon o Mednarodnem zasebnem pravu in Postopku (ZMZPP), člen 37.

²³⁴ En Eslovaquia, 36/2005 Z. z. Zákon o rodine ao zmene a doplnení niektorých zákonov piata hlava - rozvod manželstva (§ 22 - § 27).

²³⁵ En Bulgaria, Българското международно частно право Code (Código de Derecho Internacional Privado de Bulgaria), Chlen 82.

anglosajones, entre los que se encuentran Letonia²³⁶; Finlandia²³⁷; Suecia²³⁸; Reino Unido²³⁹; Irlanda²⁴⁰; Chipre²⁴¹ y Dinamarca²⁴².

²³⁶ En Letonia, Latvijas Civillikums 22/2006 12.pants. Los tribunales letones disuelven y anulan el matrimonio aplicando ley letona, independientemente de la nacionalidad de los cónyuges.

²³⁷ En Finlandia, Suomen laki avioliittolaki 234/1929 (Ley del Matrimonio legislación finlandesa), artikla § 120 (traducción) *“Los casos de divorcio que se juzgan en Finlandia están sujetos al Derecho finlandés”*.

²³⁸ En Suecia, Lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap, (Ley 1904: 26, p.1) sobre determinadas relaciones jurídicas internacionales relativas al matrimonio y la tutela, artikel 4 § (Traducción) *“La petición de divorcio que se juzga por un tribunal sueco siempre debe ser examinada con arreglo al derecho sueco (lex fori principle)”*.

²³⁹ A) En Inglaterra y Gales, *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973, los tribunales tienen competencia en asuntos de divorcio, aunque el matrimonio se haya contraído en otro país; Los tribunales de Inglaterra y Gales siempre aplican la legislación vigente en Inglaterra y Gales.

b) En Escocia, Family Law Scotland Act 1985, Section 9, En lo que respecta al divorcio, el órgano jurisdiccional escocés que sea competente y conozca del asunto aplicará la legislación escocesa en los procedimientos de divorcio.

c) Irlanda del Norte, Los tribunales de Irlanda del Norte que se consideren competentes en los casos de divorcio, separación o nulidad aplicarán la legislación vigente en Irlanda del Norte.

d) En Gibraltar, Los tribunales de Gibraltar siempre se aplicará la ley de Gibraltar a los casos que se les someten. Gibraltar Marriage Act.

Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015):
http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law

²⁴⁰ En Irlanda, Family Law (Divorce) Act 1996. Las condiciones para obtener el divorcio son las establecidas en el artículo 38 de la Ley de Derecho de familia (Divorcio) de 1996. Un cónyuge que no vive en Irlanda puede solicitar un divorcio en Irlanda si el otro cónyuge se adapta a las condiciones detalladas en la sección 39 (1) (a) y (b) de la Ley de Derecho de Familia. La jurisdicción de divorcio irlandesa se basa en la residencia, no en la nacionalidad.

²⁴¹ En Chipre, si los Juzgados de familia de la República de Chipre tienen competencia en un caso relativo a la disolución o anulación de un matrimonio (cuando las

Francia no se encontraba en ninguno de los dos grupos, es decir, no pertenecía a ninguna de las categorías antedichas, ya que aplicaba una "norma de conflicto unilateral" para determinar la ley aplicable²⁴³.

En síntesis, tal y como en su día destacó la Comisión, *"la mayoría de los Estados miembros determina la ley aplicable sobre la base de una escala de factores de vinculación por la que se intenta garantizar que el proceso se regirá por el ordenamiento jurídico con el que tenga una mayor vinculación. Otros Estados miembros aplican sistemáticamente sus leyes nacionales ("lex fori") a los procesos matrimoniales"*²⁴⁴.

Este mosaico jurídico relativo a los conflictos de leyes en el que cada Estado miembro dispone de sus propias normas de conflicto para señalar

partes hayan residido en Chipre durante al menos 3 meses) entonces la legislación chipriota es la que se aplica en estos casos.

²⁴² Las normas de la UE sobre divorcio y separación legal, (sobre jurisdicción y reconocimiento) no se aplican a Dinamarca (Protocolo 22 sobre la posición de Dinamarca, DOUE 306 de 17 diciembre de 2007) Sin embargo, su legislación al respecto de esta materia establece que de ser competentes los tribunales daneses, será aplicable la legislación danesa. Herved bekendtgøres lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, jf. lovbekendtgørelse nr. 38 af 15. januar 2007, § 37^a- § 43a.

²⁴³ En Francia, Code Civil, art. 310- Du conflit des lois relatives au divorce-. Se trata de una norma de conflicto unilateral porque se limita a precisar los supuestos en que se aplica la ley del foro y no designa, para los demás casos, la ley extranjera aplicable. Es decir, se limita a determinar al ámbito de aplicación del propio ordenamiento jurídico francés. Según el antiguo artículo 310 del Código Civil francés, salvo que algún Convenio internacional se oponga a ello, el divorcio y la separación están regulados por la legislación francesa: a) Si ambos cónyuges son de nacionalidad francesa; b) Si ambos cónyuges tienen su domicilio en territorio francés; c) Si no se reconoce la aplicabilidad de ninguna ley extranjera y los tribunales franceses son competentes para conocer de la demanda de divorcio. Este último caso cubre las hipótesis de que alguno de los cónyuges no tenga nacionalidad francesa y de que alguno de los cónyuges no está domiciliado en Francia, pero un tribunal francés conoce regularmente del divorcio. Si estas hipótesis no son aplicables, el juez francés aplica la ley extranjera. Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015): http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_fra_es.htm; MALAURIE, P., & AYNÈS, L. (2011). *La famille* (4e. éd). Paris: Defrénois, p. 227.

²⁴⁴ Documento COM (2006) 399 final, Bruselas, 17 de julio de 2006, p.3.

qué legislación resulta ser la aplicable en procesos internacionales de separación judicial o divorcio, daba lugar a situaciones de especial complejidad jurídica ya que las soluciones a un mismo supuesto de hecho podían ser distintas según el Estado miembro cuyas autoridades fuesen competentes para pronunciar la separación judicial o el divorcio²⁴⁵.

Dicho de otro modo, teniendo en cuenta la complejidad y divergencias entre las normas nacionales de conflicto de leyes en asuntos de divorcio, a menudo es difícil predecir qué legislación nacional se aplicará en un caso dado. Éste es concretamente el caso de situaciones familiares en que los cónyuges no tienen una residencia habitual o nacionalidad común, pero el problema puede también plantearse cuando parejas de la misma nacionalidad se separan y se trasladan a diversos Estados miembros.

Con el Reglamento *Roma III* se busca unificar las normas de conflicto de los Estados miembros para que la ley que regula los procesos de divorcio o separación judicial de matrimonios con elementos extranjeros sea la misma independientemente de dónde se esté juzgando el supuesto de hecho. En este sentido, se aumenta la seguridad jurídica tanto para los cónyuges afectados, como para los profesionales del Derecho, mediante normas de conflicto de leyes uniformes que permitirán predecir de manera más fácil qué legislación será la aplicable a una crisis matrimonial²⁴⁶.

²⁴⁵ Hay que tener en cuenta que, con arreglo al vigente Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE L 338 de 23 de diciembre 2003), pueden ser competentes para dictar una sentencia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tribunales de distintos Estados miembros; Esta característica es conocida en DIPr como “*relatividad del Derecho Internacional Privado*”; CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Vol. I, Granada, p. 18-19; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2014). *Derecho internacional privado* (7ª ed.). Madrid, p. 23.

²⁴⁶ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: El nuevo reglamento (UE) Nº 1259/2010”. *Revista General de Derecho Europeo*, (24), p. 12.

La problemática que se planteaba en el ámbito de la Unión Europea se muestra con el ejemplo siguiente: Dos personas casadas entre sí, ambas de nacionalidad italiana con residencia en Sevilla que por distintos motivos atraviesan una crisis matrimonial. En el caso de que el marido recibiera una oferta de trabajo en Roma se podrían dar dos supuestos: el primero de ellos, si se trasladara a Roma y allí solicitase el divorcio, la ley aplicable habría sido la ley italiana²⁴⁷. El segundo de ellos, de quedarse en Sevilla, según art. 107.2 (siempre que el divorcio hubiera sido de mutuo acuerdo) la ley aplicable habría sido la española. Como la ley italiana prevé causas taxativas y sigue un sistema causal y más restrictivo para conceder el divorcio que el derecho español (que admite el divorcio por mera voluntad de uno de los cónyuges, art. 86 cc), el marido habría podido decidir rechazar la oferta de trabajo y no circular por la UE con destino a Roma²⁴⁸.

²⁴⁷ De acuerdo al foro de la nacionalidad común del art. 3 del Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, los tribunales competentes habrían sido los italianos.

De acuerdo al art. 32 Ley num. 218 de 31 mayo de 1995 sobre la reforma del Derecho Internacional Privado (Gazzeta Ufficiale suppl. Ord. 68 a 168, de 3 de junio de 1995). 32. Giurisdizione in materia di nullità, annullamento, separazione personale e scioglimento del matrimonio. 1. In materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dall'articolo 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia. En relación con el artículo 31 de la misma ley, L. 31 maggio 1995, n. 218, Capo IV, articolo 31 (Gazzeta Ufficiale suppl. Ord. 68 a 168, de 3 de junio de 1995) “31. Separazione personale e scioglimento del matrimonio.

1. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio; in mancanza si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata.

2. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana”.

²⁴⁸ Según el art. 149 Codice Civile Italiano (R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile) “*Il matrimonio si scoglie con la morte di uno dei coniugi e negli altri casi previsti dalla legge*”. En relación con el art. 3 de la ley del divorcio (Legge

De ahí que la legislación italiana y la española en materia de separación judicial y divorcio podían operar como un obstáculo a la libre circulación de personas. El problema que se muestra con este ejemplo es que los tribunales españoles y los italianos aplicaban normas de conflicto diferentes que además tenían distintos puntos de conexión, lo cual remitía a distintas leyes materiales. Un verdadero problema de seguridad jurídica²⁴⁹.

La dificultad añadida a un proceso de crisis matrimonial internacional radicaba en que si para un mismo supuesto de hecho, la ley que podía regir el divorcio o la separación era diferente según quiénes fueran los tribunales competentes, las personas podían llegar a sentirse desmotivadas a circular libremente por la Unión Europea. Por tanto, en este sentido la unificación de normas de conflicto de los Estados miembros resulta necesaria para el mejor funcionamiento del mercado interior.

Como ya se sabe, la libre circulación de personas es un derecho subjetivo que se atribuye exclusivamente a ciudadanos de la UE²⁵⁰. Sin embargo, el mercado de la UE funcionaría mucho mejor si todos los sujetos que *“habitan, viven y trabajan en la UE pudieran trasladarse de un Estado a otro sin obstáculos legales”*, es decir, sin la existencia de normas

898/1970 Disciplina dei casi di scoglimento del matrimonio) que establece las causas posibles de separación y divorcio.

Ejemplo adaptado y extraído de CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 46.

²⁴⁹ GAUDEMET-TALLON, H. (2002). “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’union européenne”. *Estudos Em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhães Collaço.*, I, p.159.

²⁵⁰ Art. 2 de la Directiva 2004/38/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29.4.2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

sustantivas diferentes²⁵¹. De ahí que la unificación de normas de conflicto en materia de divorcio potencie el mejor funcionamiento del mercado interior (sean o no ciudadanos de la UE los cónyuges de cuyo divorcio se trata).

Se pretende garantizar la seguridad jurídica unificando normas de conflicto en materia de divorcio y separación porque la certeza en cuanto a la ley aplicable a la crisis matrimonial hará previsible el resultado de los litigios, siguiendo la misma línea que se indica en el preámbulo del Reglamento *Roma I*²⁵².

En este sentido, la armonización de las normas de conflicto en materia de ley aplicable debería reducir considerablemente el riesgo de que la ley que finalmente regulara una crisis matrimonial fuese diferente en función de quiénes fuesen los tribunales competentes en el supuesto de hecho concreto, puesto que cualquier órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro del Reglamento *Roma III* al que acuda aplicaría la ley sobre la base de normas comunes.

Por regla general, de este modo, resulta más sencillo. Se potencia de esta manera el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la libre circulación de resoluciones, de acuerdo, de nuevo, a la línea que sigue el Reglamento *Roma I*²⁵³. En este sentido, difícilmente podrá

²⁵¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 47.

²⁵² DOUE L 177 de 4 de julio de 2008. Considerando nº 6 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: "el correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio".

²⁵³ DOUE L 177 de 4 de julio de 2008. Considerando nº 3: "El Consejo Europeo, en su reunión celebrada en Tempere los días 15 y 16 de octubre de 1999, secundó el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y otras decisiones de las autoridades judiciales como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil e invitó al

darse un motivo de rechazo de reconocimiento de sentencia de separación judicial o divorcio si coincide la ley aplicable en sede de determinación de ley aplicable²⁵⁴. Por tanto se puede deducir que el Reglamento *Roma III* se presenta como una herramienta importante en la construcción del Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia a través de la persecución de la unificación de normas de conflicto de los Estados miembros en materia de separación y divorcio. Es importante remarcar que el Reglamento *Roma III*, de acuerdo al principio de proporcionalidad, unifica normas de conflicto no unifica normas sustantivas²⁵⁵. De este modo, se refuerza la seguridad jurídica pero sin exigir una armonización del Derecho material.

b) Previsibilidad

6. En relación a la previsibilidad que pretende brindar el Reglamento 1259/2010 hay que decir que *Roma III* da una mayor preponderancia al papel de la autonomía de la voluntad de las partes ya que introduce la posibilidad de que los cónyuges puedan escoger la ley aplicable a la separación judicial o al divorcio con el objetivo de ofrecer al matrimonio soluciones previsibles. En este sentido, resulta innegable afirmar que si con anterioridad a que se produzca la separación o el divorcio, el ciudadano

Consejo y a la Comisión a que adoptaran un programa de medidas para aplicar dicho principio. “ y el considerando nº 4 “El 30 de noviembre de 2000, el Consejo adoptó un programa común de la Comisión y del Consejo de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOC 12 de 15.1.2001, p. 1.) El programa define las medidas relativas a la armonización de las normas de conflicto de leyes como las que facilitan el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”.

²⁵⁴ Art. 22 R. 2201/2003 establece los motivos de rechazo de reconocimiento “1º) *Contrariedad manifiesta del reconocimiento con el orden público del Estado miembro requerido; 2º) Vulneración de derechos de defensa; 3º) Resolución inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; 4º) Resolución inconciliable con otra dictadura con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes”.*

²⁵⁵ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento *Roma III*”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 46.

conoce de antemano qué ley será la que se aplique a su crisis matrimonial éste podrá predecir las consecuencias jurídicas que se deriven del proceso. Dicho de otro modo, el hecho de que se ofrezca la posibilidad de escoger la ley aplicable torna en más previsible el resultado del proceso.

c) Flexibilidad

7. Y por último, el R. 1259/2010 quiere garantizar a los ciudadanos soluciones flexibles²⁵⁶. Es decir, se presenta como un instrumento menos rígido, ya que ofrece la posibilidad de escoger la ley aplicable de entre las leyes de los Estados de entre cuatro posibles puntos de conexión²⁵⁷. En este sentido, se quiere permitir que las partes involucradas en la relación jurídica puedan optar por el derecho que mejor les convenga a sus intereses²⁵⁸. De la misma forma, haciendo uso de la posibilidad de elección de ley aplicable, busca garantizar el acceso a los tribunales a aquellos cónyuges que residen en un tercer Estado, pero que desean que el proceso se desarrolle en un Estado miembro con el que tienen una estrecha vinculación.

La búsqueda de esta flexibilidad a la que se aspira tiene su justificación en que las normas nacionales de conflicto de leyes prevén, por lo general, que la solución a la situación sea por ejemplo la aplicación de la ley de la nacionalidad de los cónyuges o la ley del foro ("lex fori"). Este remedio, en ciertas situaciones, puede no ser suficientemente flexible, ya que puede ignorar el hecho de que los ciudadanos puedan sentirse estrechamente vinculados a un Estado miembro aunque no sean

²⁵⁶ Considerando (15) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

²⁵⁷ BARUFFI, M. C. (2011). "La legge applicabile ai divorzi europei". *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), p. 388.

²⁵⁸ DIAGO DIAGO, M. P. (2014). "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual". *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 51; CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "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*, 15(39), p. 570.

ciudadanos del mismo²⁵⁹. De ahí que la intención del Reglamento *Roma III*, sea la pretensión de dar una mayor flexibilidad mediante la introducción de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, que se dé la posibilidad de elegir la ley aplicable en un proceso de separación judicial o divorcio hace más maleable el marco jurídico existente.

Seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad. Tres metas que se enmarcan dentro de la voluntad de la Unión Europea de mantener y desarrollar un espacio de libertad que garantice la libre circulación de las personas. Y es que con la introducción de cierto grado de autonomía de la voluntad de las partes que les permite elegir la legislación aplicable se pretende flexibilizar las normas, aumentar la seguridad jurídica y hacer más previsible el resultado del proceso a los cónyuges²⁶⁰.

En este sentido, el art. 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que *“Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”*, por tanto, y dicho de otra forma, se prohíbe todo tipo de obstáculos a la realización de las libertades comunitarias (que actualmente se encuadran dentro del marco del estatuto del ciudadano europeo) y los ciudadanos europeos disfrutarán de los derechos y estarán sujetos a los *“deberes establecidos en los*

²⁵⁹ A modo de ejemplo, un matrimonio, ambos cónyuges de nacionalidad italiana, que vive en Alemania desde hace treinta años y se encuentran perfectamente integrados en la sociedad alemana. En un momento dado, el matrimonio decide divorciarse de mutuo acuerdo. Quisieran divorciarse según la legislación alemana, que es con la que se sienten más vinculados y que solamente requiere un año de separación en casos de divorcio de mutuo acuerdo, en lugar de los tres exigidos por la legislación italiana. El Reglamento *Bruselas II bis*, en relación a la competencia de los tribunales, permite a los cónyuges solicitar el divorcio tanto en Alemania como en Italia. Sin embargo, como las normas de conflicto de leyes alemanas e italianas se basan, en primer lugar, en la nacionalidad común de los cónyuges, los órganos jurisdiccionales de ambos países aplicarían la legislación italiana sobre divorcio.

²⁶⁰ Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (DOC COM (2005)82 final de 14 de marzo de 2005), p. 6.

Tratados”²⁶¹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado en numerosas ocasiones que ninguna norma de derecho internacional privado de los Estados miembros puede operar como perjuicio, menoscabo, restricción u obstáculo de las libertades comunitarias²⁶². Y del mismo modo lo ha entendido la Comisión de la UE en

²⁶¹ TFUE (DOUE C/83/47 de 30.03.2010).

Para un análisis del contenido e implicaciones de los derechos del estatuto del ciudadano de la Unión, *vid.* JUÁREZ PÉREZ, P. (1998). *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*. Madrid, Marcial Pons, pp. 39-79.

Conforme al art. 20 TFUE (DOUE C/83/47 de 30.03.2010) “*será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*”.

²⁶² *Per omnia* STJCE 2 octubre 2003, as. C-148/02, *García Avello*: El Sr. García Avello (nacional español) y la Sra. Weber (nacional belga) contraen matrimonio y tienen dos hijos con la doble nacionalidad belga y española. Con arreglo al Derecho de Bélgica, en el Registro Civil belga se inscribió a ambos hijos con los apellidos del padre (García Avello). Mientras que en la sección consular de la Embajada del Reino de España en Bélgica fueron inscritos como “García Weber” indicando que, según el uso consagrado en Derecho español, el apellido de los hijos de una pareja casada se compone del primer apellido del padre seguido del primer apellido de la madre. El matrimonio pidió a las autoridades belgas el cambio de apellidos (de “García Avello” a “García Weber”). Sin embargo la solución que se les propuso desde las autoridades belgas fue la de reemplazar el apellido de sus hijos por “García” (en lugar de ambos primeros apellidos de padre y madre). El Sr. García Avello planteó la cuestión prejudicial al TJUE que consideró que no procede que la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro. En conclusión, el acta en el que constan los hijos inscritos con los apellidos “García Weber” debe circular y ser reconocida en todos los Estados miembros. En este sentido, la inscripción en la sección consular de la embajada del Reino de España en Bélgica y la inscripción en el Registro belga revelarán los mismos apellidos “García Weber”. Los hijos del Sr. García Avello ostentan el derecho fundamental a una única identidad. Y sólo de ese modo, con apellidos idénticos en España y en Bélgica, tales menores podrán ejercer de modo real su libre circulación en la Unión Europea.

Además de la mencionada Sentencia de *García Avello* son numerosas las sentencias del TJUE que han manifestado que, aunque es cierto que los Estados son soberanos para

el “Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”²⁶³.

3. Situaciones desfavorables

8. Y en tercer lugar, el R. 1259/2010 pretende “*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 dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses*”²⁶⁴.

Desde el Parlamento Europeo explican que la problemática para los ciudadanos europeos en el momento de extinguir o relajar el vínculo matrimonial se convertía en “*una pesadilla sino se vivía en el país de origen*”²⁶⁵. De ahí que se diera la situación de querer ser el primero en elegir el tribunal porque éste es, *a priori*, el competente para el resto del proceso.

configurar sus propios sistemas conflictuales de la manera que mejor se adapten a la realización de sus particulares intereses de política legislativa, dichas particularidades no pueden poner en peligro las libertades de la UE; *Vid.* STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*; STJCE 2 diciembre 1997, as. C-336/94, *Dafeki*; STJCE 9 marzo 1999, C-212-97, *Centros*; STJCE 23 noviembre 2000, as. C-135/99, *Elsen*; STJCE 20 septiembre 2001, as. C-184/99, *Grzelczyk*; STJCE 11 julio 2002, as. C-224/98, *D’Hoop*; STJCE 5 noviembre 2002, C-208/00, *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, as. 167/01, *Inspire Art*; STJCE 29 abril 2004, as. C 482/01 y C 493/01, *Orfanopoulos y Oliveri*; STJUE 14 octubre 2008, as. 353/06, *Grunkin-Paul*; STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09, *Wittgenstein*; STJUE 8 marzo 2011, as. C-34/09, *Ruiz Zambrano*; STJUE 12 mayo 2011, as. C-391/09, *Vardyn*; STJUE 19 julio 2012, as. C 522/10, *Reichel-Albert*; STJUE 16 abril 2014, as. C-202/11, *Las*; STJUE 11 noviembre 2014, as. C-333/13, *Dano*.

²⁶³ “*Otra manera de abordar el problema sería introducir normas de conflicto de leyes basadas en un grupo de factores de vinculación uniformes*”, DOC COM (2005) 82 final de 14 de marzo de 2005, p. 6.

²⁶⁴ Considerando (9) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

²⁶⁵ Palabras de Tadeusz Zwiefka, member of the Group of the European People’s Party. Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015): <http://europarltv.europa.eu/es/player.aspx?pid=b6ef8b22-a753-4f52-863e-9e4d01297371> (Video, min. 1.49).

Este fenómeno, conocido como “*Rush to the Courts*” o “*carrera hacia los tribunales*”, muestra situaciones en las que uno de los cónyuges solicita el divorcio o la separación judicial antes que el otro con el objetivo de asegurarse de que el proceso se regirá por una ley particular que favorezca a sus propios intereses o para obtener un resultado en concreto, como podría ser, por ejemplo, eludir la aplicación de una ley determinada²⁶⁶. Dicho de otro modo, uno de los cónyuges presenta su demanda de divorcio o de separación ante unos tribunales concretos de un determinado Estado miembro con la intención de “*provocar la aplicación de una determinada ley estatal que le resulta más favorable*”²⁶⁷.

Éstas son realidades que con toda certeza implican consecuencias negativas para el demandado si da lugar a la aplicación de una legislación con la que no se siente estrechamente vinculado y que no tiene en cuenta sus intereses. Por este motivo las instituciones de la Unión Europea buscan eliminar o por lo menos, poner freno, a la conocida “*carrera hacia los tribunales*” por parte de uno de los cónyuges eliminando a su vez el “*Forum Shopping*” (búsqueda de un foro de conveniencia) en lo que a esta materia se refiere. Éstas son situaciones en las que se produce una total incerteza sobre la ley aplicable, es decir, contextos en los que los cónyuges no pueden conocer, *a priori*, cuál es la ley aplicable a su divorcio o separación, y es que todo va a depender de cuál sea finalmente el tribunal competente para resolver el conflicto en cuestión. El problema es que existe un lapso

²⁶⁶ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 293; VIARENGO, I. (2011). “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 602; VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “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*, (24), p. 12.

²⁶⁷ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 47.

de tiempo de espera: para saber qué ley se tiene que aplicar, primero hay que saber qué tribunal tiene competencia para resolver el asunto. El *Forum Shopping* aboca a la incerteza de ley aplicable y el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia está incompleto si no se garantiza la seguridad jurídica en relación con las personas que habitan en el mismo. Dicho de otro modo, si la ley aplicable al divorcio o a la separación judicial es la misma sea cual sea el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para pronunciar el divorcio o la separación judicial existirá seguridad jurídica en el espacio europeo²⁶⁸.

Con el Reglamento *Roma III* se busca de esta manera proteger al cónyuge que se encuentre en una posición más débil²⁶⁹. Ésta pretensión de defender a la parte más frágil se enmarca dentro de la voluntad de garantizar la seguridad jurídica que exige la Unión Europea. En este sentido, si la ley aplicable es la misma para todos independientemente de qué tribunales resultan ser los competentes en la materia, no se dará la oportunidad de la “carrera a los tribunales”, y ello comporta necesariamente una mayor seguridad jurídica a los litigios internacionales²⁷⁰. Es decir, se puede reducir el riesgo de “Rush to the Courts” con la introducción de normas de conflicto uniformes puesto que cualquier órgano jurisdiccional de la UE al que se acuda, aplicará las mismas normas de conflicto de leyes y, por consiguiente, idéntico Derecho nacional para resolver el caso²⁷¹.

²⁶⁸ BARUFFI, M. C. (2011). “Il regolamento sulla legge applicabile ai “divorzi europei””. *Il diritto dell'Unione europea*, 4, p. 868; CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (1), p. 48.

²⁶⁹ ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 250.

²⁷⁰ BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2002). “Un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”. *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, (678), pp. 291-310.

²⁷¹ PERIN TOMIČIĆ, I. (2007). “Private international law aspects of the matrimonial matters in the European Union—Jurisdiction, recognition and applicable law”. *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 57(4-5), p. 870.

II. EL DIFÍCIL PROCESO DE ELABORACIÓN

1. El Reglamento (CE) 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, en vigor desde el 1 de marzo de 2005, resuelve los problemas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones en esta materia, pero no contiene normas sobre ley aplicable²⁷².

2. La primera vez que se abordó la cuestión sobre la determinación de ley aplicable en materia de crisis matrimoniales fue en el “Plan de Acción de Viena” de 3 de diciembre de 1998, impulsado por el Consejo Europeo y la Comisión²⁷³. El objetivo principal de dicho “Plan de Acción” residía en establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia previsto por el Tratado de Ámsterdam²⁷⁴. En el caso de separaciones y divorcios, se pretendía facilitar la vida de los ciudadanos europeos mediante la mejora y simplificación de las normas y procedimientos de cooperación y comunicación entre autoridades así como de ejecución de resoluciones, mediante el fomento de la compatibilidad de las normas sobre conflicto de leyes y sobre competencia judicial y la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles en un espacio judicial

²⁷² Comúnmente conocido como “*Bruselas II bis*” que derogó el Reglamento 1347/2000 de Consejo (“*Bruselas II*”) en materia matrimonial y responsabilidad parental.

²⁷³ Plan de acción de Viena adoptado por el Consejo Europeo el 3 de diciembre de 1998, 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 C 19 de 23.01.1999).

²⁷⁴ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, formado en Ámsterdam el 2.10.1997 (DOCE C 340 de 10.11.1997) *Ibidem*, punto 1 “1. El Consejo Europeo, reunido en Cardiff, instó al Consejo y a la Comisión a que presentasen, en la reunión del Consejo Europeo de Viena, un plan de acción sobre «la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de una zona de libertad y de seguridad y justicia».

europeo. Es decir, en el Plan de Acción de Viena se estimó oportuna la elaboración de un instrumento jurídico que regulara la ley aplicable al divorcio antes de que trascurrieran cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam²⁷⁵. A este respecto, en el examen de progresos realizados en la Unión Europea para eliminar los obstáculos creados por las disparidades entre las legislaciones y los procedimientos, se tenía previsto abordar hacer un estudio preliminar sobre la pertinencia de la elaboración de un instrumento jurídico sobre la ley aplicable al divorcio en abril de 2004²⁷⁶.

Sin embargo, en lugar de cinco años pasaron seis años desde que en el Plan de acción de Viena se abordara la cuestión de la determinación de ley aplicable en materia de separación y divorcio, hasta que el Consejo se reunió de nuevo en noviembre de 2004 y en las Conclusiones a la Presidencia propuso a la Comisión de la UE presentar un Libro Verde en el año 2005 sobre conflicto de leyes en materia de divorcio (Roma III)²⁷⁷. A este respecto, el Consejo sugería que los instrumentos relativos a dicho ámbito debían tratarse de asuntos de Derecho internacional privado y no debían basarse en conceptos armonizados de “familia” o “matrimonio”. En este sentido, sólo debían introducirse normas de derecho material uniforme como medidas de acompañamiento, cuando fuese necesario para posibilitar efectivamente el reconocimiento mutuo de las resoluciones o para mejorar la cooperación judicial en materia civil²⁷⁸.

²⁷⁵ *Ibidem*, punto 41.a “Tras el primer paso en materia de divorcio realizado por Bruselas II en el ámbito de la competencia, del reconocimiento y de la ejecución de las resoluciones, debería estudiarse a fondo la posibilidad de acordar normas de determinación de la ley aplicable, para evitar un «forum shopping»”.

²⁷⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento: Indicadores para el examen de los progresos realizados para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea [COM (2000) 167 final - no publicada en el Diario Oficial]. Bruselas 24.3.2000. Punto 3.3, p. 18.

²⁷⁷ Consejo Europeo de Bruselas, 4 y 5 de noviembre de 2004. Conclusiones de la Presidencia. 14292/1/04 Rev 1, Concl.3, Bruselas, 8.12.2004.

²⁷⁸ *Ibidem*, p.40.

3. El 14 de marzo de 2005, la Comisión de la UE presentó el “Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”²⁷⁹. Se puede decir que el objetivo primordial de esta propuesta era incorporar al Reglamento 2201/2003 normas de conflicto uniformes al ser un tema que quedaba en suspenso en la agenda de las instituciones de la Unión Europea desde el Plan de Acción de Viena²⁸⁰. Dicho Libro Verde fue objeto de observaciones realizadas por diferentes gobiernos y ministerios de los Estados miembros, así como por asociaciones de juristas y particulares interesados. En concreto, el 6 de diciembre de 2005 en Bruselas con la participación de todos ellos, y el 14 de marzo de 2006 con la participación exclusiva de los expertos de los Estados miembros²⁸¹. Se puso en marcha, pues, una amplia consulta pública sobre las posibles soluciones a los problemas que pudieran surgir en la situación actual de ese momento²⁸².

4. Poco más de un año más tarde, el 17 de julio de 2006, la Comisión de la UE presentó una Propuesta de Reglamento del Consejo por la que se buscaba modificar el Reglamento (CE) nº 2201/2003 en lo referente a la competencia y se introducían normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial²⁸³. Desde esa fecha hasta el mes de junio de 2008, los representantes de los Estados miembros se reunieron en numerosas ocasiones. El 13 de diciembre de 2006 el Comité Económico y Social

²⁷⁹ Doc. COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 de marzo de 2005.

²⁸⁰ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). “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*, 15(39), p. 562.

²⁸¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 55.

²⁸² Tal como queda reflejado en el preámbulo (3) del Reglamento (UE) 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.

²⁸³ Doc. COM (2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006.

Europeo emitió un Dictamen sobre la Propuesta y al respecto puntualizó la necesidad del futuro instrumento legislativo que se estaba gestando. De esta manera, el Comisario Frattini afirmó: *“simplificarán la vida a las parejas en la UE (...). Mejorarán la seguridad jurídica y permitirán a los cónyuges saber qué legislación se aplicará a su régimen matrimonial y a su divorcio. El objetivo no es armonizar las legislaciones nacionales en materia de divorcio, que son muy variadas, sino garantizar la seguridad jurídica, la flexibilidad y el acceso a la justicia”*²⁸⁴. El Comité, una vez más, subraya la importancia del Reglamento en cuestión para los cónyuges de diferente nacionalidad, ya que clarifica y simplifica las condiciones de acceso a los tribunales y la libre circulación de las sentencias judiciales en el mercado interior²⁸⁵.

5. En abril de 2007, se continuó perfilando la propuesta. A este respecto, el Consejo de Ministros acordó que se prosiguiera con la Propuesta del Reglamento sobre varias cuestiones fundamentales y se siguieran las siguientes directrices: a) la libre elección de tribunal competente y del Derecho aplicable por las partes; b) la determinación de las normas aplicables a falta de elección de ley; c) el respeto de las leyes y de las tradiciones de los Estados miembros en materia de derecho de familia; y d) la solución de los problemas derivados de la nacionalidad múltiple de los cónyuges²⁸⁶. Es decir, se planteó la consulta en términos más amplios incluyendo, como es de ver, posibles mejoras en relación a las normas de competencia judicial internacional.

Sin embargo, la propuesta mencionada, que incluía cambios en materia de competencia y ley aplicable planteó una serie de problemas que contribuyeron a que finalmente, tal como se concluyó en la sesión del Consejo en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio de 2008, no se consiguiera la

²⁸⁴ Franco Frattini fue vicepresidente de la Comisión Europea desde 2004 a 2008 y ministro de Asuntos Exteriores de Italia.

²⁸⁵ Doc. COM (2006) 399 final. SOC/253, Bruselas, 13.12.2006.

²⁸⁶ Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. Sesión nº 2794 del Consejo. 8364/07 (Presse 77). Justicia y Asuntos de Interior. Luxemburgo, 19 y 20 de abril de 2007.

aprobación unánime que requiere un Reglamento de la UE (tal como establece el Tratado de Niza)²⁸⁷. Así pues, el Consejo estableció que “*los objetivos del Roma III no podían alcanzarse dentro de un plazo razonable mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes de los Tratados*”²⁸⁸. Es decir, no se adoptó la propuesta que incluía cambios tanto en materia de competencia judicial internacional como en materia de ley aplicable en el ámbito de la separación judicial o el divorcio por falta de apoyo unánime²⁸⁹. Pero como una amplia mayoría de Estados miembros apoyaba los objetivos de la propuesta, el Consejo invitó a proseguir los trabajos de elaboración de un reglamento en materia matrimonial con vistas a estudiar las condiciones e implicaciones de la posibilidad de establecer una cooperación reforzada entre los Estados miembros.

6. Durante el proceso de negociación, algunos Estados miembros (en especial los escandinavos), se opusieron a la elaboración del Reglamento, argumentando que el divorcio debía regirse por la ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*lex materialis fori*)²⁹⁰. Dicha argumentación la respaldaban sobre la base de sus propios derechos sustantivos nacionales que estiman que el divorcio es un derecho subjetivo

²⁸⁷ La última Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial se contiene en el Documento del Consejo de la Unión Europea 8587/08, Bruselas 18 abril de 2008.

²⁸⁸ Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. Sesión 2873 del Consejo. 9956/08 (Presse 146). Justicia y Asuntos de Interior. Luxemburgo, 5-6 julio de 2008, p. 22.

²⁸⁹ El artículo 81.3 TFUE establece que para desarrollar cooperación judicial en el sector del Derecho de familia se requiere unanimidad “*las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo (...)*” (DOUE C83/47 de 30.10.2010).

²⁹⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 56.

de toda persona, razón por la que todo individuo debe tener garantizado su derecho a divorciarse en los mencionados Estados miembros por medio de la aplicación del determinado derecho sustantivo. Dicho de otro modo, en palabras de Carrascosa González, *“esta postura escondía el deseo inconfesable de estos Estados miembros de mantener intactas sus normas de conflicto tradicionales en esta materia, a tenor de las cuales todo divorcio, ya afecte a nacionales o extranjeros, debe regirse siempre por la ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen el asunto (lex materialis fori)”*²⁹¹.

7. Ante la negativa de estos Estados miembros de seguir adelante con la posibilidad de adoptar normas de conflicto uniformes en materia de separación judicial y divorcio, así como ante la imposibilidad de alcanzar un consenso unánime en el Consejo, en una nueva sesión en Bruselas los días 24 y 25 de julio de 2008 se discutió la posibilidad de solicitar a la Comisión la apertura de un “procedimiento de cooperación reforzada” circunscrita sólo a los aspectos de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial²⁹². Un grupo reducido de Estados (Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Rumanía y Eslovenia), que sí deseaban dotarse de normas de conflicto comunes en materia de divorcio, se propuso activar el mencionado mecanismo de “cooperación reforzada” que permite a un número mínimo de Estados miembros y con condiciones poner en marcha entre ellos un sistema de colaboración más estrecha en un ámbito concreto (en este caso el de separaciones y divorcios) profundizando de este modo, el proceso de integración entre ellos²⁹³.

En dicha sesión se tomó nota de que otros Estados miembros (Alemania, Bélgica, Portugal, Eslovaquia y Lituania) estaban dispuestos, en

²⁹¹ *Ibíd.* p. 56.

²⁹² Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. Sesión 2887 del Consejo. 11653/08 (Presse 205). Justicia y Asuntos de Interior. Bruselas, 24 y 25 de julio de 2008.

²⁹³ GALÁN GALÁN, A. (2010). “Cooperación reforzada”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, pp. 39-46.

un futuro, a participar en la iniciativa de cooperación reforzada tras la prestación por parte de la Comisión de la UE, de la nueva propuesta legal.

8. Posteriormente, en junio de 2010, el Consejo logró un acuerdo sobre la autorización para llevar a cabo la primera cooperación reforzada de la historia de la UE: la legislación aplicable al divorcio y a la separación legal. Al respecto los Ministros decidieron transmitir al Parlamento el texto para su aprobación sobre la cooperación reforzada y por lo que respecta al contenido de la legislación, dichos Ministros del Consejo convinieron una orientación general sobre los elementos fundamentales del Reglamento (10153/10)²⁹⁴.

Finalmente, ante el convencimiento relativo a la necesidad del mencionado Reglamento, los mencionados Estados (Bélgica; Bulgaria; Alemania; Grecia; España; Francia; Italia; Letonia; Luxemburgo; Hungría; Malta; Austria; Portugal; Rumanía y Eslovenia) presentaron a la Comisión una solicitud en la que manifestaban su intención de iniciar un procedimiento de cooperación reforzada entre ellos, sólo en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial²⁹⁵. Sin embargo, el 3 de marzo de

²⁹⁴ COM (2010) 105 final/2 (Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation).

²⁹⁵ Los estados que se citan manifiestan la necesidad del reglamento en el Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. Sesión 3018 del Consejo. 10630/1/10 Rev.1 (Presse 161). Justicia y Asuntos de Interior. Luxemburgo, 3-4 de junio de 2010.

Bélgica se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 22 de abril de 2010; Bulgaria se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 12 de agosto de 2008; Alemania se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 15 de abril de 2010; Grecia se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 28 de julio de 2008, pero retiró su petición el 3 de marzo de 2010; España se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 28 de julio de 2008; Francia se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 12 de enero de 2009; Italia se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 28 de julio de 2008; Letonia se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 17 de mayo de 2010; Luxemburgo se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 28 de julio de 2008; Hungría se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 28 de julio de 2008; Malta se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 31 de mayo de 2010; Austria se adhirió a la propuesta mediante carta a la

ese mismo año 2010, Grecia retiró su solicitud antes de que se aprobara el Reglamento²⁹⁶.

9. Finalmente la propuesta fue presentada por la Comisión de la UE al Consejo el 24 de marzo de 2010²⁹⁷. Y el 12 de julio de 2010 el Consejo autorizó una “cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal” entre 14 Estados miembros: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia²⁹⁸.

Aunque para unos, haber aprobado un Reglamento con el mecanismo de cooperación reforzada les ha supuesto un motivo de satisfacción, para otros, sin embargo, ha sido causa de una tremenda decepción. En este sentido, Polonia califica de “*deplorable*” que se haya aprobado el Reglamento Roma III por el mecanismo de cooperación reforzada²⁹⁹. Al igual que Finlandia, que considera “*lamentable*” que en las

Comisión el 28 de julio de 2008; Portugal se adhirió a la propuesta durante la sesión del Consejo de 4 de junio de 2010; Rumanía se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 28 de julio de 2008; y Eslovenia se adhirió a la propuesta mediante carta a la Comisión el 28 de julio de 2008.

Vid. Considerando (5) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010), en cuanto a la presentación de la solicitud ante la Comisión.

²⁹⁶ La Comisión no permite conocer los motivos de la retirada sin consentimiento previo del Gobierno griego.

²⁹⁷ COM (2010) 105 final. 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 judicial.

²⁹⁸ Decisión del Consejo de 12 de julio de 2010 por la que se autoriza la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (2010/405/UE).

²⁹⁹ Recomendación sobre el Proyecto de Decisión del Consejo por el que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la legislación aplicable al divorcio y a la separación legal, Comisión de Asuntos Jurídicos (DOC Ses A7-0194/2010 de 10.6.2010), pp. 3 y 4: “*se trata de una ocasión histórica al ser la primera vez que se utiliza el procedimiento de cooperación reforzada, pero también con ello la Unión da un giro deplorable en el ámbito del Derecho civil y de familia, en el que ha adoptado con notable éxito una legislación para toda Europa, pese a las posiciones de Dinamarca y el Reino*

negociaciones sobre la propuesta inicial del Reglamento Roma III no se lograra suficiente flexibilidad para tener en cuenta de una manera imparcial las diferencias nacionales de los Estados miembros³⁰⁰. Suecia, sin embargo, aunque critica la propuesta inicial (por no querer aceptar soluciones que limiten la posibilidad de conseguir un divorcio en determinadas situaciones, porque considera que tanto el derecho a divorciarse como el derecho a contraer matrimonio son derechos fundamentales), no le parece mal que los Estados que quieran se unan por cooperación reforzada, no obstante *“lamenta que contenga soluciones que en la práctica crea excepciones que limitan el derecho al divorcio”*³⁰¹.

Dicho procedimiento de “cooperación reforzada” no había sido utilizado hasta la aprobación del Reglamento *Roma III* por lo que no existe certeza de su eficacia, aunque sí ha surgido con posterioridad en otros ámbitos (como el de la patente única)³⁰². En este sentido se debe tener en

Unido (...) En este momento crucial en que, por primera vez en la historia de la Unión, se está llevando a cabo una cooperación reforzada, resulta fundamental conferirle un rumbo adecuado: hacia una integración más sólida y más profunda. Conviene evitar a toda costa que la cooperación reforzada se perciba y utilice como un instrumento al servicio de acuerdos específicos y destinado exclusivamente a un círculo restringido de países”.

³⁰⁰ Expediente interinstitucional del COREPER al Consejo de la Unión Europea 2010/0067 (CNS) nº 17046/1/10 de 1.12.2010, anexo IV, p. 8 *“ Finlandia lamenta que se vaya a establecer por primera vez la cooperación reforzada en el ámbito del derecho de familia, el cual está estrechamente relacionado con los valores y tradiciones de los Estados miembros(...) Finlandia considera que la Unión debería buscar soluciones flexibles que respeten las tradiciones y sistemas jurídicos de los diferentes Estados miembros(...) Finlandia considera lamentable que no se lograra suficiente flexibilidad para poder tener en cuenta de una forma imparcial las diferencias nacionales de los Estados miembros”.*

³⁰¹ Expediente interinstitucional del COREPER al Consejo de la Unión Europea 2010/0067 (CNS) nº 17046/1/10 de 1.12.2010, anexo V, p. 9.

³⁰² Reglamento UE 1260/2012 del Consejo de 17 de diciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (DOUE L 361/89 de 31.12.2012) ; Reglamento UE 1257/2012 del Parlamento y del Consejo de 17 de diciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente (DOUE L 361/1 de 31.12.2012).

cuenta que el instrumento que resulte aprobado por el mecanismo de cooperación reforzada sólo será aplicable entre los Estados que hayan participado en el procedimiento y los que se adhieran al mismo posteriormente. En el ámbito que nos ocupa de separaciones y divorcios, sin embargo, *“cabe la esperanza de que, una vez adoptada la nueva propuesta, se produzca un “efecto de arrastre” respecto de los demás Estados que, en principio, no participan en la misma*³⁰³.

Tal como establece el artículo 328, apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *“las cooperaciones reforzadas están abiertas a todos los Estados miembros en el momento en que se establecen, siempre y cuando se respeten las posibles condiciones de participación establecidas en la decisión de autorización (...) La Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posible de Estados Miembros”*³⁰⁴.

10. El 14 de julio de 2010 el Comité Económico y Social Europeo emitió un Dictamen sobre la “propuesta de Reglamento” y en su recomendación 1.2 puso de relieve que *“el Comité acoge con interés la posibilidad, abierta por esta propuesta de reglamento, de aplicar el procedimiento de cooperación reforzada(...) en un ámbito en el que ésta no es obvia ni fácil, el ámbito del Derecho; confía en que el recurso de la cooperación reforzada permita superar, en el futuro y en otros ámbitos, los bloqueos y las dificultades para avanzar en aquellos temas o asuntos en los que, sin que sea posible lograr una unanimidad en un momento dado, un número determinado de países quieran incrementar su cooperación”*³⁰⁵.

11. Finalmente, el Reglamento fue aprobado y publicado el mes de diciembre de 2010 (previa consulta al Parlamento) como *“Reglamento*

³⁰³ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2008). “El divorcio en derecho internacional privado comunitario: Cuestiones de ley aplicable”. *Revista General de Derecho Europeo*, (17), p. 3.

³⁰⁴ MANGAS MARTÍN, A., & LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2010). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, p. 64.

³⁰⁵ DOUE C 44/167 de 11.02.2001. COM (2010) 105 final/2.

1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, más conocido como “Reglamento Roma III”³⁰⁶. Entró en vigor el 21 de junio de 2012. Su aprobación supuso que 14 de los 27 Estados miembros que por ese entonces formaban la Unión Europea pactaron un acuerdo de cooperación reforzada en materia de separación judicial o divorcio, el primero en toda la historia de la Unión Europea, a la que la Eurocámara le ha dado su apoyo. Es significativo subrayar que el legislador haya querido dejarlo plasmado a través de un Reglamento. La Comisión de las Comunidades Europeas lo había argumentado de la siguiente manera a lo largo de la elaboración del Reglamento Roma III: “el Reglamento es el instrumento más conveniente, ya que sus disposiciones establecen normas uniformes sobre la ley aplicable, detalladas, precisas e incondicionales y que no requieren ninguna medida de transposición en Derecho nacional. Si, por el contrario, los Estados miembros dispusieran de un margen de maniobra para la transposición de estas normas, se volvería a introducir la inseguridad jurídica que la armonización pretende suprimir”³⁰⁷.

Las ventajas de su aprobación como Reglamento saltan a la vista: unifica normas de DIPr, elimina problemas del Derecho de los Tratados (reservas, denuncias, ratificaciones...etc.), fomenta la seguridad jurídica internacional (porque permite a los particulares, ciudadanos de la UE, invocar directamente las normas contenidas en el reglamento); obliga a los jueces y tribunales estatales a aplicar de oficio el instrumento legal de la

³⁰⁶ Vid. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15.12.2010, 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 – 2010/0067(CNS)). DOUE C169 E/205.

El Reglamento se publicó en el DOUE núm. L 343 de 29 de diciembre de 2010.

³⁰⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento Comunitario, Doc COM (2005) 650 final de 15 de diciembre 2005, punto 3.2 *in fine*.

UE; y puede ser interpretado por el TJUE a través del “recurso prejudicial de interpretación”³⁰⁸.

12. Ese mismo año, la Comisión registró la intención de Lituania de querer participar en la cooperación reforzada³⁰⁹. En noviembre de 2012, la Comisión adoptó la Decisión por la que se confirmaba la participación de Lituania en la cooperación reforzada, aumentando en 15 el número de Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III³¹⁰.

13. En 2013 Grecia volvió a manifestar su propósito de formar parte de la cooperación reforzada en el ámbito de las separaciones judiciales y divorcios y aunque tan sólo tres años antes había participado en el proyecto del Reglamento retirando su propuesta en marzo de 2010, la Comisión estimó que su participación debería poder acrecentar los beneficios de la cooperación reforzada³¹¹. El 27 de enero de 2014, Grecia se convierte en el décimo sexto Estado miembro participante en la cooperación reforzada de los ya 28 Estados miembros de la Unión³¹².

³⁰⁸ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 51.

³⁰⁹ Por Carta a la Comisión de 25 de mayo de 2012, registrada el 19 de junio de 2012.

³¹⁰ Decisión de 2012/714/UE de 21.11.2012 por la que se confirma la participación de Lituania en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Dicha Decisión prevé que el Reglamento (UE) nº 1259/2010 se aplicará a Lituania a partir del 22 de mayo de 2014.

³¹¹ Por Carta a la Comisión de 14.10.2013, registrada tan sólo un día más tarde, el 15.10.2013.

³¹² Croacia entró a formar parte como Estado miembro de la Unión Europea el 1 de julio de 2013.

**CAPITULO III.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL
MECANISMO DE COOPERACIÓN REFORZADA
EN EL R. 1259/2010.**

I. EL MECANISMO DE COOPERACIÓN REFORZADA

1. Análisis crítico

1. En el punto precedente (*Régimen jurídico*) del primer capítulo de la presente tesis no se ha entrado a valorar ni las virtudes ni defectos del mecanismo, no era esa la intención. Se ha considerado pertinente presentar la forma en la que aparece regulada la cooperación reforzada porque la prudencia exige tener las herramientas necesarias para poder hacer un juicio de valor de peso.

La incertidumbre que planea sobre la eficacia de la adopción de la primera cooperación reforzada de la historia de la Unión no es ninguna necesidad. Las implicaciones y el alcance que el uso del mecanismo puede llegar a tener van a cambiar el modo en que se concretan y se persiguen algunos de los objetivos de la Unión. ¿Se convertirán entonces las cooperaciones reforzadas en el nuevo motor de la Unión ampliada? Teniendo en cuenta que el proceso de integración se entiende desde la lógica de la voluntad y la capacidad, articuladas ambas sobre las variables de tiempo y espacio, ¿resulta una buena opción de integración?, ¿cuáles son los beneficios que se desprenden del mecanismo? Está claro que la imperante diversidad de sensibilidades en la actual UE de los 28 clama por una flexibilización del proceso de integración europea y, una vez aprobado el primer Reglamento con el mecanismo de cooperación reforzada, ¿tendrá éste un “*efecto dominó*” en otras materias? A día de hoy, se cuenta ya con dos cooperaciones reforzadas ya materializadas y otras dos en camino³¹³.

³¹³ Reglamento (UE) 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente; Reglamento (UE) 1260/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (ambos en DOCE L 361, de 31 de diciembre de 2012).

A) Plan de acción sobre donación y trasplante de órganos (2009-20015): cooperación reforzada entre los Estados miembros (COM 2008 819/final, Bruselas, 8.12.2008). La Comunicación propone un doble mecanismo de acción: Un plan de acción

2. El objetivo de las siguientes líneas versa no sólo sobre la trascendencia que puede llegar a tener el uso del mecanismo de cooperación reforzada en el ámbito del derecho europeo en general, sino

sobre cooperación reforzada entre los Estados miembros y coordinación activa, complementado por un instrumento jurídico que recoge los principios básicos de calidad y seguridad. Se pretende, en resumidas cuentas, dar una solución entorno a tres desafíos: 1) Aumentar la disponibilidad de órganos; 2) potenciar la eficiencia y la accesibilidad de los sistemas de trasplantes; 3) mejorar la calidad y la seguridad.

B) Otra cooperación reforzada que todavía no se ha materializado pero que promete entrar en vigor en 2015, es la relativa a la creación de un impuesto sobre las transacciones financieras. Surge en el contexto de la crisis económica y financiera, con una propuesta de directiva presentada por la Comisión en septiembre de 2011 (COM (2011) 594 final) , respecto de la cual en junio de 2012 el Consejo llegó a la conclusión de que no podría ser adoptada en un plazo razonable y pocos días después, en la decisión sobre el Pacto por el Crecimiento y el Empleo adoptada por el Consejo Europeo se anuncia que *“varios Estados miembros presentarán por lo tanto una solicitud de cooperación reforzada en este ámbito, con vistas a su adopción antes del final de diciembre de 2012”*(Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 2012, Conclusiones, p. 13) poco después 11 Estados miembros (Bélgica, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Italia, Austria, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia) enviaron a la Comisión solicitudes para la puesta en marcha de una cooperación reforzada, la cual ha sido autorizada por Decisión del Consejo de 22 de enero de 2013 (Decisión del Consejo de 22 de enero de 2013 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito del impuesto sobre las transacciones financieras (2013/52/UE) (DOUE L 22/11 de 25.1.2013). Sin embargo, el Reino Unido ha presentado un recurso de anulación contra esta Decisión (Asunto C-209/13 (véase DO C 171, de 15.6.2013, p. 22) lo que prometió una segunda decisión del TJUE sobre el mecanismo de las cooperaciones reforzadas. Y así fue, el TJUE en su Sentencia de 16 de abril de 2013, por la que resuelve los recursos de España e Italia (Asuntos acumulados C-274/11 y C-295/11, España e Italia c. Consejo de la Unión Europea) ha dejado claro los requisitos de las cooperaciones reforzadas y ha perfilado los límites del control del cumplimiento de los requisitos de autorización por parte del Consejo.

Para una primera aproximación *vid.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P. (2013). “La propuesta de la Unión Europea para el impuesto sobre las transacciones financieras en el marco de la cooperación reforzada: Entre justicia tributaria, recaudación y restricción a las libertades comunitarias”. Estudios Financieros. Revista De Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos, (368), pp. 91-152.

sobre el modo en que se concreta el mecanismo de cooperación reforzada en una materia tan delicada como es el de las crisis matrimoniales internacionales, en las que inevitablemente se ven salpicadas infinidad de aspectos que, a su vez, necesitan solución jurídica. Valorar las ventajas que tienen los Estados miembros participantes frente al resto de Estados o qué impacto puede llegar a tener la cooperación reforzada sobre la circulación de las personas, son algunos de los propósitos.

3. Está claro que el mecanismo de cooperación reforzada es un arma de doble filo en tanto que, por un lado, puede ser la respuesta para hacer frente a los obstáculos en el proceso de integración mientras que, por el otro lado, se puede presentar de una manera manifiestamente insolidaria, dejando en la estacada a los socios más débiles de la Unión o los que se han incorporado recientemente. En este sentido, las cooperaciones reforzadas, como casi todo en la vida, tienen sus defensores y sus detractores. Todo dependerá del prisma desde el que se mire. Pongamos los pros y los contras en una balanza y veamos hacia dónde se inclina la misma.

A. VENTAJAS

4. Ha quedado claro que la cooperación reforzada permite a un número limitado de Estados miembros que continúen en la profundización de la construcción europea siempre que se respete el marco institucional. Este mecanismo puede tener importantes consecuencias para los equilibrios políticos y financieros de la Unión, para la arquitectura jurídica comunitaria y para el funcionamiento y la legitimidad de las instituciones europeas³¹⁴. Todo depende de cuáles sean sus reglas y de qué manera se interpreten en la práctica. En su sentido negativo, permitiendo de manera

³¹⁴ PONS RAFOLS, F. X. (2013). “Unificación, armonización y flexibilidad: Algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la unión europea”. En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 766; AREILZA CAVAJAL, J. M., & DASTIS QUECEDO, A. (1997). “Flexibilidad y cooperación reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (1), p. 10.

excepcional a los Estados miembros la posibilidad de no participar o de mantenerse al margen de nuevos avances en el proceso de integración; y por otro lado, en su sentido positivo dejando a los Estados miembros que así lo quisieran la posibilidad de profundizar en el proceso de integración³¹⁵.

(a) Método de desbloqueo

5. En este sentido, un punto de vista positivo es visto desde la eficacia, y es que la cooperación permitiría resolver problemas de bloqueo por uno o más Estados miembros, en áreas en las que la decisión se toma aún por unanimidad o en las que es fácil que existan coaliciones de países dispuestos a formar minorías de bloqueo³¹⁶. Se puede decir, pues, que gracias a la flexibilidad en el ritmo de asimilación de compromisos de los distintos Estados miembros, se ha podido continuar avanzando en la construcción de Europa. En este sentido, se ha necesitado de una constante y decidida combinación entre el método de integración unitaria (“*todos a una*”) y el método de integración diferenciada que, vinculando sólo a un grupo de Estados, ha facilitado a la Unión seguir avanzando en las políticas europeas, sin que la falta de unanimidad de los Estados miembros bloqueara distintos objetivos a cumplir.

(b) Instrumento más ágil

6. En principio la cooperación reforzada es una forma práctica, realista y funcional de avanzar de manera conjunta para los Estados miembros que quieren ir por el mismo camino. Es moderno y resulta ser más rápido (en cualquier caso más ágil que entablar largas negociaciones³¹⁷). En el caso de las separaciones judiciales y divorcios de

³¹⁵ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., & CASADO RAIGÓN, R. (2012). *Curso de derecho de la Unión Europea*. Madrid, Tecnos, p. 73.

³¹⁶ AREILZA CAVAJAL, J. M., & DASTIS QUECEDO, A. (1997). “Flexibilidad y cooperación reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (1), p. 12.

³¹⁷ SÁNCHEZ, V. M. (2010). Procedimientos legislativos. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, pp. 122-128.

matrimonios internacionales se busca, en última instancia, mejorar la vida cotidiana de los ciudadanos europeos. Sin embargo ello no quita que después resulte del todo necesario abordar otras cuestiones: habrá que tener cuidado con el marco en que se puede utilizar el mecanismo de cooperación reforzada, porque en algunos ámbitos puede resultar regresivo más que progresivo.

(c) Última ratio

7. El hecho de que una de las condiciones exigidas para establecer el inicio de una cooperación reforzada sea el cumplimiento del carácter subsidiario, resulta del todo un acierto. Esta condición tiene un palpable carácter positivo que busca en primer lugar avanzar “*todos a una*” y, en caso de no poder ser así (o no querer que así sea), que unos pocos puedan seguir progresando en el proceso de integración europea. La teoría está clara: si todos persiguen un mismo objetivo, los frutos resultan más efectivos.

8. Sin embargo, en la poca práctica que del mecanismo se tiene, ha resultado ser un tema discutido³¹⁸. Se planteó la posibilidad de que los intereses de la Unión y el proceso de integración no iban a quedar protegidos si cualquier negociación infructuosa pudiera conducir a una o varias cooperaciones reforzadas en detrimento de la búsqueda de una solución de compromiso que permitiera adoptar una normativa para la Unión en su conjunto. Es decir, no parece estar muy claro cómo se concreta o en qué consiste ese agotamiento de los medios propuestos para alcanzar que todos los Estados miembros de la Unión Europea caminen

³¹⁸ El 16 de abril de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció sobre la validez de una Decisión del Consejo que autorizaba una cooperación reforzada en materia de protección mediante una patente unitaria. Con su sentencia, el Tribunal desestimaba los recursos de España e Italia confirmando la validez de la Decisión del Consejo 2011/167/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada para la creación de una patente unitaria. Se trata de un tema que, por su especial interés, será tratado en el apartado siguiente de la tesis: “*El restringido control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Consejo*”.

hacia la consecución de un mismo objetivo³¹⁹. Sin embargo, en este sentido, el TJUE ha dejado claro que para que realmente llegue a cumplirse la condición de “último recurso” el Consejo deberá haber examinado con “*diligencia e imparcialidad*” si se cumple o no el requisito de que la cooperación reforzada sea verdaderamente el “último recurso”³²⁰.

(d) Diferenciación positiva.

9. Otro argumento a favor de la cooperación reforzada es que el hecho de que se haya instaurado la posibilidad de ejercer este mecanismo para no dejar de avanzar en el proceso de integración implica necesariamente que la cooperación reforzada está concebida como una diferenciación con un marcado carácter positivo. Es decir, que la Unión busca que la cooperación reforzada (dentro de ser una excepción) sea una manifestación de una “flexibilidad unificadora”³²¹.

Dicho de otro modo, la cooperación reforzada no debe entenderse en sentido negativo, como una fórmula que dará lugar a diferentes grupos de Estados miembros con intereses contrapuestos y diferentes grados de integración dentro de la UE, sino todo lo contrario. La cooperación reforzada constituye un instrumento al servicio de la integración. Se trata fundamentalmente de que los Estados miembros dispuestos a cooperar

³¹⁹ BURÓN CUADRADO, J. (1999). “La cooperación reforzada en el tratado de Ámsterdam: ¿una libertad de circulación de personas rebajada o la única garantía de supervivencia de la misma en el escenario de la futura Unión Europea ampliada?”. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 1(53), p. 218.

³²⁰ ILEŠIČ, M. (2013). “El Tribunal de Justicia desestima los recursos interpuestos por España e Italia en el ámbito de la patente unitaria: TJ Gran Sala, S 16 abr. 2013”. *La Ley Unión Europea*, (4), pp. 48-49.

³²¹ STETTNER, R. (2005). “Flexibilidad en el Derecho Europeo. Complemento autónomo del tratado y cooperación reforzada”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (3), p. 218.

puedan progresar estimulando a los rezagados a acelerar el paso, a través de una “avanzadilla”³²².

B. DESVENTAJAS

(a) “Núcleo duro” enmascarado.

10. Hay que rechazar la idea de convertir el mecanismo de cooperación reforzada en un instrumento facilitado para crear una alianza entre unos pocos Estados miembros que se deshagan de aquellos otros Estados miembros con problemas.

Nada más lejos de realidad. La finalidad de la cooperación reforzada no sólo pasa por no excluir a nadie, sino que se exige, como ya se ha visto, que permanezca abierta a la incorporación futura de otros Estados miembros. Sin embargo, como puede haber un abismo entre la teoría y la práctica habrá que controlar que no se tergiverse y se desnaturalice el mecanismo de cooperación reforzada³²³.

(b) Uso y abuso.

11. No sería descabellado pensar que un uso abusivo del mecanismo de cooperación reforzada podría llegar a quebrantar el principio de integridad. La realidad está clara: Hay que asumir que la Unión Europea la conforman 28 Estados, cada uno con su historia y su propio ADN y, por ello, resulta difícil de gestionar. Por lo tanto, en la medida en que se profundiza el proceso de integración de manera diferenciada se incrementa proporcionalmente el temor a una fragmentación de la propia integridad.

³²² STETTNER, R. (2005). “Flexibilidad en el Derecho Europeo. Complemento autónomo del tratado y cooperación reforzada”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (3), p. 217.

³²³ PONS RAFOLS, F. X. (2013). “Unificación, armonización y flexibilidad: Algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la unión europea”. En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 761.

Esto es, si se recurre a la cooperación reforzada en exceso la Unión Europea puede convertirse en algo muy distinto de lo inicialmente concebido y podría acabar convirtiéndose en un instrumento de división.

12. En este sentido, no hay que perder de vista que no se debe normalizar la cooperación reforzada como si se tratara de un instrumento ordinario. Si los Estados miembros intensifican su uso la ruptura de la unidad en la Unión sería la consecuencia inmediata.

Una perspectiva negativa del mecanismo nace desde el punto de vista de entender que a través de la cooperación reforzada la cohesión entre sus miembros se resiente, la tendencia a imponer las reglas de los de dentro a los de fuera crearía tensiones y la complejidad institucional agravaría los ya serios problemas de transparencia y de comprensión por los ciudadanos del ejercicio del poder europeo³²⁴.

(c) Coacción.

13. El régimen jurídico de la cooperación reforzada está diseñado para tener en cuenta también a los Estados miembros no participantes, dejándoles la opción de poder incorporarse más adelante. Sin embargo, su invocación política podría manipularse como una amenaza para apresurar a los Estados miembros más comedidos a seguir un ritmo de integración al que no pueden hacer frente³²⁵.

(d) Peligro de perversión del mecanismo.

14. Ante la pregunta de si es posible mantener el binomio ampliación-profundización, la respuesta es que es obligatorio³²⁶. Ampliar y profundizar deben ir de la mano. Desde el momento en que una de las

³²⁴ AREILZA CAVAJAL, J. M., & DASTIS QUECEDO, A. (1997). "Flexibilidad y cooperación reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (1), p. 13.

³²⁵ GALÁN GALÁN, A. (2010). "Cooperación reforzada". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, p. 44.

³²⁶ BARRERA PEREA, S. (2006). "Cooperaciones reforzadas ¿nuevo motor de la UE ampliada?". *Centro de Estudios Internacionales*, p. 2.

condiciones para que se active un mecanismo de cooperación reforzada es que éste sea como *último recurso* ello implica que por naturaleza el mecanismo se presenta como una excepción al progreso unitario en el proceso de integración europea. Por ello, habrá que tener sumo cuidado en que los Estados miembros no utilicen el mecanismo de cooperación reforzada queriendo saltarse los cauces habituales.

(e) Diferentes cooperaciones reforzadas en un mismo asunto.

15. Si se parte de la base de que el establecimiento de una cooperación reforzada es una excepción por no llegar al acuerdo unánime deseado, resulta un inconveniente que de un mismo asunto pueda verter más de una cooperación reforzada. Y así ha sido: después de un largo y arduo proceso de elaboración y discusión, se han aprobado dos Reglamentos para el establecimiento de una cooperación reforzada para crear una patente unitaria³²⁷.

³²⁷ Reglamento (UE) n.º 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente (DOUE L 361/1 de 31.12.2012); Reglamento (UE) n.º 1260/2012 del Consejo de 17 de diciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (DOUE L 361/89 de 31.12.2012); ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (2013). “El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos inter se en la Unión Europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?”. *La Ley Unión Europea*, (10), pp. 5-28.

2. El restringido control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Consejo

16. Resulta de especial interés, si bien ya se ha hecho alguna pequeña mención en puntos anteriores, entrar a valorar el papel que desempeña en relación al mecanismo de cooperación reforzada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante que es de la aplicación e interpretación del derecho de la Unión.

Como es sabido, el control jurisdiccional sobre la mayor parte del derecho de la Unión pertenece al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero éste no cuenta con el monopolio de la aplicación e interpretación del derecho de la Unión. Se trata de una tarea compartida con los Estados miembros³²⁸. En este sentido, es el propio derecho de la Unión el que prevé una relación orgánica entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el TJUE para conseguir “una interpretación y aplicación armoniosas”, aunque, eso sí, el TJUE se reserva la cúspide de todo sistema judicial³²⁹.

17. El TJUE no había sido requerido para pronunciarse sobre el mecanismo de cooperación reforzada hasta abril de 2013. El motivo es que este mecanismo, gestado en 1997 con el Tratado de Amsterdam, no había sido utilizado. Es, por tanto, dieciseis años después de su nacimiento cuando el TJUE a raíz del comienzo de la práctica del mismo, se ve impulsado a pronunciarse sobre él acerca de algunos aspectos³³⁰.

18. Pese a que la sentencia de la que se habla versa sobre materia distinta (patente unitaria) que la que nos atañe en esta tesis (separación judicial y divorcio), se considera relevante hacer hincapié en los puntos de discordia que se han generado en torno al mecanismo, para tener más

³²⁸ Art. 19.1 Tratado de la Unión Europea (DOUE C 326/7 de 26.10.2012).

³²⁹ ESPALIÚ BERDUD, C. (2010). “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, p. 98.

³³⁰ Sentencia TJUE de 16 de abril de 2013 (Ass. C-274/11 y C- 295/11, España e Italia c. Consejo).

instrumentos de valoración final y poder evaluar si su uso es tan positivo como se cree³³¹.

19. En este sentido, el TJUE ante la poca experiencia que del mecanismo de cooperación reforzada se tiene hoy en día, se ha pronunciado a raíz de la impugnación interpuesta por España e Italia sobre la validez de la Decisión del Consejo que autorizaba una cooperación reforzada en materia de patente unitaria sobre las condiciones necesarias que debe cumplir el mencionado mecanismo³³².

20. La relevancia de la primera sentencia que se tiene en torno al mecanismo de cooperación reforzada es muy significativa: en primer lugar, entre otras cosas porque, como ya se ha adelantado, es la primera vez que el TJUE se pronuncia acerca de cómo se debe interpretar la regulación de la cooperación reforzada prevista en los Tratados³³³; y en segundo lugar porque implica que el TJUE define, de alguna manera, los límites del control del cumplimiento de los requisitos de autorización para poder verificar la legalidad de dicha cooperación.

En ella se desestiman los recursos interpuestos por España e Italia y se confirma la validez de la Decisión del Consejo de establecer la mencionada cooperación reforzada³³⁴. En esta línea, desgranada la sentencia, se puede concluir que resulta reveladora por varios aspectos³³⁵:

³³¹ En este sentido, al margen del difícil proceso de elaboración del Reglamento *Roma III*, (al que remitimos al lector) el TJUE no tuvo ocasión de manifestar su opinión ya que no existió ningún recurso al respecto y por tanto no se requirió en ningún momento de la interpretación del TJUE sobre el mecanismo.

³³² Decisión del Consejo 2011/167/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada para la creación de una patente única (DOUE L 76/53 de 22.03.2011). Sentencia TJUE de 16 de abril de 2013 (Ass. C-274/11 y C- 295/11, España e Italia c. Consejo).

³³³ POCAR, F. (2011). "Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(2), p. 305.

³³⁴ Las alegaciones de España y de Italia pueden resumirse esencialmente en cinco motivos: 1) la falta de competencia del Consejo para establecer la cooperación reforzada controvertida; 2) la desviación de poder; 3) el incumplimiento del requisito según el cual la

A.CONTROL LIMITADO SOBRE “NECESIDAD-OPORTUNIDAD”.

21. El primero de los motivos que alegaron España e Italia pidiendo la nulidad de la Decisión 2011/167/UE fue que se cuestionaron la falta de competencia del Consejo para establecer la discutida cooperación reforzada. Se ponía en duda el papel del Consejo como institución capacitada para autorizar la puesta en marcha de una cooperación reforzada. A este respecto el papel del TJUE pasaba por comprobar si la mencionada Decisión del Consejo se hizo de acuerdo con los requisitos que los Tratados exigen para ello. Por tanto se puede decir que el control llevado a cabo por el TJUE resulta limitado. No hay que olvidar que *“los límites de la facultad del TJUE de controlar medidas del Consejo se derivan del principio fundamental de separación de poderes (...) Cuando el Tratado ha conferido al Consejo amplias facultades normativas no corresponde al Tribunal de Justicia sustituir la evaluación llevada a cabo por el Consejo de*

decisión de autorizar una cooperación reforzada debe adoptarse como último recurso; 4) la infracción de los artículos 20 TUE, apartado 1, 118 TFUE, 326 TFUE y 327 TFUE; y 5) la violación del sistema judicial de la Unión.

³³⁵ Aunque la impugnación de la Decisión versa sobre los cinco puntos mencionados, se desgranarán aquéllos que se considera que se pueden extrapolar y relacionar con el Reglamento *Roma III*. Para ahondar en el estudio de la Sentencia en profundidad, *vid* Comunicado de prensa nº 47/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Luxemburgo, 16 de abril de 2013); Sentencia TJUE de 16 de abril de 2013 (Ass. C-274/11 y C- 295/11, España e Italia c. Consejo); Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot, presentadas el 11.12.2012. Asuntos acumulados C-274/11 y C-295/11; Reino de España (C-274/11) y República Italiana (C-295/11) contra Consejo de la Unión Europea; ALCOCEBA GALLEG0, M. A. (2013). “El limitado control del tribunal de justicia sobre el Consejo al autorizar una cooperación reforzada:(sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2013, ASS. C-274/11 Y C-295/11, España e Italia c. Consejo)”. *Revista General de Derecho Europeo*, (31), p. 1-22; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (2013). “El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos inter se en la unión europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?” *La Ley Unión Europea*, (10), pp. 5-28.

la necesidad de las medidas adoptadas.” Y concluye, “de hacerlo, usurparía la función normativa del Consejo al imponer sus propios puntos de vista”³³⁶.

Por tanto, se pone de manifiesto que el papel del TJUE en el caso que nos ocupa (impugnación de la Decisión 2011/167/UE) es la de evaluar la oportunidad y la necesidad de la medida, no entrar a valorar ni la naturaleza ni el alcance de las medidas³³⁷. De manera que el TJUE ejerce en este sentido un “control restringido” sobre el cumplimiento de las condiciones. Es el Consejo el que tiene la obligación, en primer lugar, de valorar los efectos que se pueden desprender de la cooperación reforzada sobre la base de múltiples factores. Y, en segundo lugar, de considerar los diferentes intereses en juego y con ello tomar decisiones políticas en sus ámbitos de responsabilidad. De este modo, queda fortificada la idea de que es al Consejo, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento, al que le corresponde la decisión de establecer o no una cooperación reforzada valorando si resulta ser la medida adecuada para “impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su integración”³³⁸.

B. ÚLTIMO RECURSO

22. Tanto España como Italia afirmaron en su alegato a la Decisión impugnada que al autorizar la cooperación reforzada, se incumplió por parte del Consejo la condición previa de que cualquier eventual cooperación reforzada tiene necesariamente que ser adoptada como último recurso³³⁹.

³³⁶ Conclusión nº 27 del abogado general Sr. Yves Bot, presentadas el 11.12.2012. Asuntos acumulados C-274/11 y C-295/11; Reino de España (C-274/11) y República Italiana (C-295/11) contra Consejo de la Unión Europea.

³³⁷ ALCOCEBA GALLEGOS, M. A. (2013). “El limitado control del tribunal de justicia sobre el Consejo al autorizar una cooperación reforzada:(sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2013, ASS. C-274/11 Y C-295/11, España e Italia c. Consejo)”. *Revista General de Derecho Europeo*, (31), p. 9.

³³⁸ Art. 20 TUE, apartado 1, párrafo segundo (DOUE C 326/7 de 26.10.2012).

³³⁹ Art. 20 TUE, apartado 2 (DOUE C 326/7 de 26.10.2012).

23. Dos fueron los motivos de su fundamentación: El primero de ellos fue que ambos países mantuvieron que no se habían agotado todas las posibilidades de negociación entre los 27 Estados miembros y que bien podrían haberse propuesto nuevas soluciones en relación con el régimen lingüístico antes de adoptarse una cooperación reforzada³⁴⁰. Y el segundo fue que, según ellos, el tiempo transcurrido entre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativa al régimen lingüístico (presentada por la Comisión el 30 de junio de 2010) y la Propuesta de cooperación reforzada (presentada también por la Comisión el 14 de diciembre de 2010) no es tiempo suficiente para considerar si efectivamente *“dicha cooperación se produce como último recurso y que los objetivos perseguidos no pueden alcanzarse en un plazo razonable”*. En las alegaciones de España e Italia se vislumbra que ambos países consideraron que en dicho periodo de seis meses no se pudo garantizar un *“debate sereno y abierto sobre las distintas posibles opciones de régimen lingüístico”*. De hecho, comparando dicha cooperación reforzada con la establecida en el ámbito de las separaciones judiciales y divorcio, el tiempo trascurrido para ésta última fue de cuatro años antes de que la Comisión presentara una propuesta legislativa y de dos años más para que dicha propuesta diera lugar al primer debate sobre la posibilidad de establecer una cooperación reforzada.

24. Con las alegaciones ítalo-españolas el TJUE sentenció que aunque está claro que el mecanismo no debe ser utilizado para eludir un pacto entre todos los Estados miembros, el único límite que de la regulación de los Tratados se desprende sobre la condición de *ultima ratio*, es que *“sólo podrá utilizarse cuando quede acreditado que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto”*. Por lo tanto, el TJUE no entró a valorar qué se consideraba *“un plazo razonable”*, ni tampoco se ha pronunciado acerca de la pauta estricta en torno a *“cuánto tiempo de desacuerdo”* debe transcurrir entre los Estados miembros para que la Decisión que debe adoptar el Consejo para autorizar o no una cooperación reforzada sea

³⁴⁰ Por aquél entonces Croacia todavía no formaba parte de la Unión, de ahí que se hable de la Unión de los 27 y no de la Unión de los 28.

conforme a Derecho³⁴¹. Sin embargo el TJUE advierte en la Sentencia que “el Consejo es la institución más capacitada para apreciar si los Estados miembros demuestran su voluntad de lograr una solución de compromiso y si están en condiciones de presentar propuestas que puedan conducir a la adopción de una normativa para la Unión en su conjunto en un plazo previsible”³⁴².

25. Por lo tanto, en este sentido, y vista la ambigüedad con la que el TJUE se pronuncia acerca de este punto de *ultima ratio*, parece claro que el Consejo dispone de una amplia facultad de apreciación para determinar si se cumple o no la condición de “último recurso” y así poder establecer una cooperación reforzada³⁴³. El papel del TJUE será comprobar la diligencia e imparcialidad del Consejo a la hora de valorar dicha condición³⁴⁴. Pese a todo, se echa de menos que el TJUE no se haya pronunciado acerca de cómo se concretan los límites conceptuales de “último recurso” y “plazo razonable”.

C. UNANIMIDAD

26. Otro punto discordante en la impugnación de la Decisión 2011/167/UE que autorizaba una cooperación reforzada para la creación de una patente unitaria fue la alegación que hicieron España e Italia al cuestionar la exigencia de la unanimidad en el marco de competencias de la Unión. Es decir, Italia y España defendían que el Consejo había rehusado,

³⁴¹ Conclusiones de la nº 101 a la 105 del abogado general Sr. Yves Bot, presentadas el 11.12.2012. Asuntos acumulados C-274/11 y C-295/11; Reino de España (C-274/11) y República Italiana (C-295/11) contra Consejo de la Unión Europea.

³⁴² Apartado 53 de la Sentencia TJUE de 16 de abril de 2013 (Ass. C-274/11 y C-295/11, España e Italia c. Consejo).

³⁴³ ALCOCEBA GALLEGO, M. A. (2013). “El limitado control del Tribunal de Justicia sobre el Consejo al autorizar una cooperación reforzada:(sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2013, ASS. C-274/11 Y C-295/11, España e Italia c. Consejo)”. *Revista General de Derecho Europeo*, (31), p. 11.

³⁴⁴ Conclusión nº 107 del abogado general Sr. Yves Bot, presentadas el 11.12.2012. Asuntos acumulados C-274/11 y C-295/11; Reino de España (C-274/11) y República Italiana (C-295/11) contra Consejo de la Unión Europea.

al autorizar la cooperación reforzada, la exigencia de la unanimidad y había evitado al mismo tiempo la oposición de ambos Estados a la propuesta de la Comisión (relativa al régimen lingüístico de la patente unitaria).

Los demandantes sostenían que, a su modo de ver, la auténtica intención de la Decisión del Consejo (por la que se autorizaba la cooperación reforzada) era la de *“excluír a ciertos Estados miembros de una negociación difícil para eludir la exigencia de la unanimidad”*³⁴⁵.

27. El TJUE, al examinar el alegato señaló que no existe prohibición alguna a que los Estados miembros puedan establecer una cooperación reforzada en el marco de las competencias de la Unión que, en virtud de los Tratados, deban ser ejercidos por unanimidad. Es más, cuando se cumplen las condiciones y los requisitos establecidos en los Tratados, se desprende que éstas mismas competencias se prestan a una cooperación reforzada y por tanto, la unanimidad, de acuerdo a lo establecido en el art. 330 TFUE, estará constituida por los votos de los Estados participantes en la cooperación reforzada³⁴⁶. Por tanto, el TJUE aclaró que la autorización al mecanismo de cooperación reforzada (por Decisión del Consejo), tras haber comprobado el Consejo la imposibilidad de llegar los entonces 27 Estados miembros a un acuerdo unánime en relación al régimen lingüístico de una patente unitaria, ni eludía la exigencia de la unanimidad (porque bastaba el consentimiento de los 25 Estados miembros que sí participaban en la cooperación reforzada) ni excluía a los Estados miembros que no se habían adherido a la propuesta (porque quedaba abierta a la participación de todos los Estados miembros que inicialmente no hubieran participado)³⁴⁷.

³⁴⁵ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (2013). “El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos inter se en la Unión Europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?”. *La Ley Unión Europea*, (10), p. 3.

³⁴⁶ Salvo que el Consejo haya optado por cambiar la unanimidad por mayoría cualificada.

³⁴⁷ ILEŠIČ, M. (2013). “El Tribunal de Justicia desestima los recursos interpuestos por España e Italia en el ámbito de la patente unitaria: TJ Gran Sala, S 16 abr. 2013”. *La Ley Unión Europea*, (4), p. 48.

D. EL PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS NO PARTICIPANTES

28. En la impugnación de la Decisión 2011/167/UE se ha cuestionado la finalidad con la que fue autorizado el mecanismo de cooperación reforzada. Si se parte de la base de que el propósito del establecimiento de una cooperación reforzada tiene que ser *impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración*, España e Italia alegaban quedar arrinconados en las negociaciones sobre la patente unitaria y que por tanto, decían, la Decisión tenía como fin último la *“exclusión de España e Italia de las negociaciones sobre el régimen lingüístico de la patente unitaria”*. Al respecto de la exclusión a la que alegaban tanto España como Italia el Tribunal de Justicia de la Unión ha sido muy claro al exponer que las cooperaciones reforzadas están pensadas para que sean una *“vía alternativa y subsidiaria a la de la propia Unión”* y que la razón de ser de las cooperaciones reforzadas está justamente en evitar bloqueos innecesarios, de lo contrario éstas *“quedarían vacías de contenido y sin sentido alguno en los Tratados”*³⁴⁸. Por tanto la no participación de algunos Estados miembros en la cooperación reforzada debido a un desacuerdo manifiesto e insuperable al respecto es, precisamente, la razón de ser de aquélla³⁴⁹.

Resulta importante añadir que no hay que olvidar que los puntos sobre los que se ha pronunciado el TJUE versan sobre la *“impugnación a la Decisión de una autorización”*, es decir, que lo que se ha impugnado es la Decisión del Consejo que autorizaba la cooperación reforzada en materia de patentes. Por eso, distinta será la valoración que haga el TJUE sobre los recursos planteados por España contra los Reglamentos que versan sobre la creación de una patente unitaria en los que reclama la nulidad del

³⁴⁸ ALCOCEBA GALLEGO, M. A. (2013). “El limitado control del Tribunal de Justicia sobre el Consejo al autorizar una cooperación reforzada:(sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2013, ASS. C-274/11 Y C-295/11, España e Italia c. Consejo)”. *Revista General de Derecho Europeo*, (31), p. 13.

³⁴⁹ Distinto sería si el desacuerdo radica en el establecimiento de condiciones suplementarias y transitorias para los Estados que no participan más allá de las necesarias y exigidas a los Estados miembros que participan desde un principio. Eso no sería conforme a Derecho.

Reglamento (UE) 1257/2012 así como la nulidad del Reglamento (UE) 1260/2012, porque entonces el TJUE deberá entrar a evaluar los efectos de los Reglamentos impugnados sobre la base de un contenido específico y no sólo la oportunidad y necesidad de la medida³⁵⁰. Al respecto sólo cabe esperar, el tiempo dirá³⁵¹.

3. El derecho de retirada: el reverso de la cooperación reforzada

29. La discusión acerca de las dificultades con las que debe lidiar la Unión para afrontar tanto su presente como su futuro no es nueva. La vasta heterogeneidad que conforma la Unión es la base del debate abierto sobre los criterios de diferenciación dentro del proceso de integración.

Sobre la base de que todos los Estados miembros forman parte de la Unión movidos por unos mismos objetivos e impulsados por unos rectos intereses pero siendo conscientes de la enorme disparidad de sensibilidades y percepciones acerca de cómo avanzar en el proceso de integración europea, se perfiló, como método de integración diferenciada, el mecanismo de cooperación reforzada. Un método, que como ya se ha visto, pretende ser la respuesta a la difícil tarea de conciliar tan diversas pretensiones y voluntades. En este sentido, el binomio “voluntad-capacidad” se presenta como la clave para que los Estados miembros puedan seguir avanzando en el proceso de integración.

30. Con la mira puesta en que exista una relación serena entre los Estados miembros que optan por establecer entre ellos una cooperación

³⁵⁰ Reglamento (UE) 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17.12.2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente (DOUE L 361/1 de 31.12.2012); Reglamento (UE) 1260/2012 del Consejo, de 17.12.2012 por la que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (DOUE L 361/89 de 31.12.2012); Asunto C-146/13 de 22 de marzo de 2013; Asunto C-147/13 de 22 de marzo de 2013.

³⁵¹ ALCOCEBA GALLEGO, M. A. (2013). “El limitado control del Tribunal de Justicia sobre el Consejo al autorizar una cooperación reforzada: (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2013, ASS. C-274/11 Y C-295/11, España e Italia c. Consejo)”. *Revista General de Derecho Europeo*, (31), p.1.

reforzada y los Estados miembros no participantes resulta del todo necesario fundamentar de qué manera de va a formalizar la “relación de buena vecindad” entre ellos.

31. Por un lado, los Estados interesados en la cooperación reforzada deberán cumplir con dos principios básicos:

a) El principio de no injerencia de los Estados participantes

A este respecto, los Estados que participan en una cooperación reforzada no impedirán “*la realización de los objetivos de la Unión*”. De esta manera, la no injerencia se proyecta de los Estados que participan en la cooperación reforzada sobre los Estados que se quedan al margen y se materializa en la obligación que existe para los Estados participantes de “*procurar fomentar la participación del mayor número de Estados miembros*”³⁵².

b) La condición de respeto mutuo

Otra máxima que se debe fomentar para lograr las buenas relaciones que deben existir entre los Estados miembros que participan en una cooperación reforzada y los que no, es la condición de respeto mutuo. Ésta tiene carácter bidireccional: por un lado, las cooperaciones reforzadas respetarán las “*competencias, los derechos y las obligaciones de los Estados miembros que no participen en ellas*” y, por otro lado, los Estados miembros no participantes no impedirán que las apliquen los Estados que participen en ella³⁵³.

32. Además, los Estados no interesados en la cooperación reforzada, para no mermar las relaciones con los demás Estados miembros que sí forman parte de una cooperación reforzada, podrán ejercer los siguientes derechos:

³⁵² URREA CORRES, M. (2002). *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Madrid, p. 328.

³⁵³ PONS RAFOLS, F. X. (2008). “Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión”. *El Tratado de Lisboa: La salida de la Crisis Constitucional: Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional-AEPDIRI-celebradas en Madrid el 17 y 18 de Diciembre de 2007*, p. 647.

a) El derecho a no participar

No existe obligación alguna a participar en una cooperación reforzada. Depende única y exclusivamente de la voluntad de cada país soberano, que ponderando pros y contras decidirá si participa en la cooperación reforzada o si prefiere quedarse al margen.

b) El derecho de retirada

La cuestión que nos aborda llegados a este punto es: ¿cómo se puede seguir avanzando en el proceso de integración cuando existen países que no son capaces de asumir más responsabilidades?, ¿qué pasa con aquellos Estados miembros que por unos u otros motivos, no quieren o no se ven capacitados para asumir nuevos compromisos? Se acaba de ver que para dar cauce a perspectivas diferentes la solución para la integración se encuentra en el mecanismo de cooperación reforzada. Sin embargo, poco o nada se ha hablado del instrumento previsto para aquellos Estados que no sólo quieren mantenerse al margen de una cooperación reforzada, sino que consideran oportuno desvincularse de manera definitiva de la Unión. Se trata del poco conocido derecho de retirada, previsto en el art. 50 TUE³⁵⁴.

33. Con la entrada del nuevo derecho previsto por el Tratado de Lisboa se llena una laguna que existía desde el principio de la construcción europea³⁵⁵. De este modo, se puede decir que se cierra el círculo que perfecciona el mecanismo de construcción europea: en la cual un Estado puede adquirir la condición de miembro de la Unión (cumpliendo unos requisitos)³⁵⁶; en el que además existe la posibilidad de sancionar a un miembro por la violación grave y continua de los valores contenidos en el Tratado³⁵⁷; una Unión en la que existe la posibilidad de suspensión del

³⁵⁴ HÄBERLE, P. (2008). "El Tratado de reforma de Lisboa de 2007". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (9), p. 15.

³⁵⁵ GONZÁLEZ BONDIA, A. (2010). "Miembros, ampliación y retirada". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS., *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona, p. 27.

³⁵⁶ Art. 49 TUE (DOUE C 326/7 de 26.10.2012).

³⁵⁷ Art. 83 TUE (DOUE C 326/7 de 26.10.2012).

ejercicio de determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados junto con la novedad prevista en el Tratado de Lisboa de una regulación pensada para la eventual retirada de aquellos Estados que no quieran seguir formando parte de la Unión³⁵⁸. De esta manera se completa el proceso de construcción europea: al que se accede y del que se sale voluntariamente y al que se pertenece por compartir y respetar unos valores comunes, que la propia Unión se encarga de garantizar una vez dentro a través del mecanismo de control y sanción³⁵⁹.

34. El derecho de retirada no engloba el mero hecho de dejar de participar en una política concreta sino que se concibe como la *“fórmula prevista por el Tratado de Lisboa que permite a los Estados que no deseen continuar con el proceso de integración desligarse del mismo, preservando en todo caso, el nivel de integración alcanzado”*³⁶⁰.

35. Es más, se trata de un derecho que se perfila como garante del proceso de integración. Viene a ser como la otra cara de la misma moneda a la que pertenece la cooperación reforzada. Con el derecho de retirada se pretende dejar abierta la posibilidad de continuar profundizando en el proceso de integración, dando la oportunidad a los que no quieran o no puedan seguir, de que no lo hagan y se retiren.

La configuración que se tiene del derecho de retirada supone, por tanto, una doble garantía: en primer lugar, todos los Estados miembros ven reconocido su derecho a no quedar implicado si el grado de integración que se le propone no coincide con su voluntad o su capacidad. Y en segundo lugar, se les reconoce también el derecho que tienen de valorar y aceptar o no si siguen adquiriendo compromisos, porque no hay que

³⁵⁸ Art. 7 en relación con el art. 2 TUE (DOUE C 326/7 de 26.10.2012); Art. 50 TUE (DOUE C 326/7 de 26.10.2012).

³⁵⁹ GONZÁLEZ BONDIA, A. (2010). “Miembros, ampliación y retirada”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS., *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona, p.28.

³⁶⁰ URREA CORRES, M. (2008). “Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 39, p. 169.

olvidar que pese a la cesión de soberanía a favor de la Unión, los Estados mantienen el derecho de libre determinación³⁶¹.

36. Ambos instrumentos, cooperaciones reforzadas y el derecho de retirada, están concebidos como métodos de diferenciación pensados para combinar las tendencias más integradoras (las cooperaciones reforzadas) con las menos integradoras (el derecho de retirada) sin perder de vista que en todo caso lo más importante pasa por preservar el acervo comunitario³⁶².

37. En todo caso, y aunque el derecho de retirada está previsto en los Tratados, no se pueden evaluar sus efectos en relación con la cooperación reforzada (como anverso y reverso de una misma moneda) porque a día de hoy no existe Estado miembro que haya ejercido dicho derecho. Queda en manos de la voluntad soberana de los mismos que con el tiempo se pueda llegar a valorar.

4. Impacto del Reglamento *Roma III* sobre la circulación de las personas

38. Teniendo en cuenta que entre los objetivos de la Unión se encuentran la instauración de un espacio de justicia, libertad y seguridad ejerciendo de pleno derecho y en todo el territorio de la Unión la libre circulación de las personas resulta inevitable plantear qué impacto puede tener sobre la libertad de circulación de las personas la introducción de

³⁶¹ En este sentido, no hay que olvidar que aunque la Unión ejerce sus funciones en virtud del principio de atribución de competencias, ello no quiere decir que sea la Unión la que tenga la última palabra en cuanto a la participación de un Estado en la Unión: los Estados ceden el ejercicio de sus competencias soberanas, pero no su titularidad. De ahí que la "retirada" no se solicita, sino que se notifica. Es un auténtico derecho unilateral. *Vid* ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., & CASADO RAIGÓN, R. (2012). *Curso de derecho de la Unión Europea*. Madrid, Tecnos, p. 83; MANGAS MARTÍN, A. (2005). "La Constitución europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 57, p. 573.

³⁶² URREA CORRES, M. (2008). "Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa". *Cuadernos Europeos de Deusto*, 39, p. 190.

este mecanismo novedoso en la materia que nos atañe de las separaciones judiciales y divorcios internacionales³⁶³.

39. El interrogante que surge al respecto de las cooperaciones reforzadas en relación con la libertad de circulación de las personas es: ¿en qué medida pueden suponer las cooperaciones reforzadas en el marco de la ciudadanía de la Unión una discriminación entre los nacionales de los Estados miembros? Con la adopción de una cooperación reforzada en la determinación de ley aplicable en materia de separaciones judiciales y divorcios de matrimonios internacionales, ¿está en juego la libertad de las personas de circular libremente por la Unión? Pues bien, la balanza de los resultados de su uso se puede inclinar o bien hacia la total desnaturalización de la libertad de circulación de las personas tal y como la conocemos a día de hoy en el contexto de la Unión Europea, o bien hacia la supervivencia de dicha libertad, aunque con perfiles diferentes en virtud de a qué Estado Miembro se encargue la custodia de esa libertad de circulación de personas en la Unión Europea³⁶⁴.

40. La valoración no es fácil, máxime por el poco rodaje que del Reglamento se tiene a día de hoy. Sin embargo, y a sabiendas de que se ha gestado con la intención no sólo de mejorar la vida de los ciudadanos europeos sino que entre los objetivos del propio Reglamento *Roma III* se intuía la voluntad de fomentar positivamente la libre circulación de los ciudadanos de los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada, la pregunta es: ¿y qué pasa con la libre circulación de las personas cuyos Estados no son participantes en la cooperación reforzada? ¿Es la cooperación reforzada una buena opción de integración?, ¿o más bien dicha fragmentación jurídica puede suponer un serio atentado contra la libertad de circulación de las personas?

³⁶³ POCAR, F. (2011). "Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(2), p. 301.

³⁶⁴ BURÓN CUADRADO, J. (1999). "La cooperación reforzada en el tratado de Ámsterdam: ¿una libertad de circulación de personas rebajada o la única garantía de supervivencia de la misma en el escenario de la futura unión europea ampliada?". *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, 1(53), p. 209.

41. Con este Reglamento, es la primera vez en la historia de la Unión que se utiliza el procedimiento de "cooperación reforzada", que permite a 16 de los 28 Estados miembros avanzar en una legislación en la que no existe unanimidad en el Consejo, mientras los 12 Estados miembros restantes se mantienen al margen.

42. Hay que tener presente que el debate político sobre las dificultades que entraña la integración unitaria como método válido para avanzar en una Unión Europea, no es nuevo aunque se agudiza en una Europa de 28 Estados diferentes entre sí y enfrentados a una situación excepcional. En la Europa de los 28 no siempre es fácil ponerse de acuerdo, y la materia de separación judicial y divorcio, como ya se ha visto, se presenta como una de ellas.

43. Para valorar el impacto que puede llegar a tener el Reglamento *Roma III* sobre la libertad de circulación de las personas se propone el siguiente ejemplo: un ciudadano italiano contrae nupcias con una ciudadana francesa y el matrimonio se afianza en Bruselas donde tienen su residencia habitual. Dado el caso de que la pareja, matrimonio internacional, decida relajar o acabar definitivamente con su vínculo conyugal, ¿qué legislación sería la aplicable a su divorcio? ¿la francesa, la italiana o la belga?. Las 28 legislaciones europeas se presentarían en este caso como un monumental "dolor de cabeza jurídico". Para solucionarlo, los Tratados de la UE prevén un procedimiento: la cooperación reforzada³⁶⁵. Y para facilitar el trance que supone a los ciudadanos europeos separarse o divorciarse, 16 Estados miembros de la Unión se han puesto de acuerdo para de ese modo facilitar el divorcio o la separación a parejas de distinta nacionalidad.

44. Pero ¿por qué acudir a la cooperación reforzada en caso de divorcio? ¿Era necesario? Francq explica que "Suecia no preveía permitir a sus tribunales aplicar la legislación de otro Estado en materia de divorcio, por lo que le resultaba imposible participar en el Reglamento y puesto que se trata de una materia que exige unanimidad no pudo adoptarse un

³⁶⁵ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 326/7 de 26.10.2012).

reglamento para los 28 estados miembros de la UE por el procedimiento habitual”³⁶⁶.

45. Que unos pocos países hagan algo que no pueden hacer los 28 juntos, no es nuevo. En este sentido, ya se han visto ejemplos al respecto. En concreto la creación del espacio Schengen es uno de ellos: se creó en un principio por un pequeño grupo de Estados miembros para abolir todos los controles en las fronteras internas. Poco a poco se han ido uniendo a él otros Estados y ahora cubre casi la totalidad del territorio de la UE. ¿Tendrá el Reglamento *Roma III* el mismo efecto dominó que el Acuerdo Schengen? Por el momento, hay que decir, que catorce fueron los Estados miembros que inicialmente establecieron entre ellos una cooperación reforzada en el ámbito de la determinación de ley aplicable al divorcio y separación judicial, y que con el tiempo, dos Estados miembros más se han sumado a la iniciativa, llegando a 16 los Estados miembros que a día de hoy participan en el Reglamento *Roma III*. Sin embargo 12 son los Estados que quedan todavía por incorporarse. ¿Llegará el día en que veamos la unanimidad de los 28? Parece difícil. Las legislaciones internas de los Estados miembros no participantes distan de las regulaciones que al respecto tenían los Estados miembros (antes de establecer entre ellos una cooperación reforzada) que hoy en día participan en la cooperación reforzada³⁶⁷.

46. Sabido es que la cooperación reforzada no puede utilizarse sin límites, porque el procedimiento contiene unas pocas salvaguardias entre las que se encuentra su uso sólo como último recurso respetando siempre

³⁶⁶ Entrevista de Francq (miembro del “Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques” y profesora de “Droit international et européen” (PJIE) en la Université Catholique de Louvaine (UCL)) concedida el 28 de junio de 2011 en EuroParlTV (canal del Parlamento Europeo). Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015): <http://europarltv.europa.eu/es/player.aspx?pid=b3552264-e0db-499c-95dc-9f1100a41c9c>.

³⁶⁷ *Vid.* Anexo I de la presente tesis sobre la regulación de las distintas legislaciones de los 28 Estados miembros.

y en todo momento la legislación de la UE³⁶⁸. Pero desde la adopción del Reglamento *Roma III* en 2010, como ya se ha visto en puntos precedentes, ya son unas cuantas las cooperaciones reforzadas que se han adoptado: dos reglamentos en el ámbito de patente unitaria, una directiva en el ámbito de la fiscalidad y se está gestando la idea de adoptar una cooperación reforzada en materia de trasplante de órganos. ¿Estamos ante el comienzo del fin de una época unitaria? ¿Se convierten las cooperaciones reforzadas en la única manera de seguir avanzando?

47. Lo que parece claro es que la cooperación reforzada no es el instrumento válido previsto en los Tratados para que sea utilizado por algunos Estados miembros para crear una especie de “zona de privilegio entre unos pocos”, porque de lo contrario lejos de servir para reforzar el proceso de integración supondría un mecanismo pensado para deshacerse del lastre que suponen los Estados miembros que a día de hoy atraviesan por diversas dificultades.

48. Para reforzar la seguridad jurídica que desde inicio se pretende, la apertura a la que están sometidas las cooperaciones reforzadas no debe quedarse en el mero hecho de quedarse abiertas a la participación de los demás Estados, como si de una actitud pasiva se estuviera hablando, sino que se requiere una disposición diligente, dinámica y práctica para llegar a conseguir el consenso de todos los Estados miembros y así poder ser más eficaz en las políticas de integración de la Unión.

¿Es por tanto la cooperación reforzada la mejor solución? Está claro que no aportan una solución eficaz en tanto que la fragmentación jurídica que supone una cooperación reforzada en el marco del conjunto de la Unión, puede suponer una desmedida violación de la libertad de circulación de las personas. Por tanto no se considera que sea la respuesta más acertada, pero no se puede obviar que aunque resulta una solución que plantea riesgos es la que más se ajusta y la que más se acomoda a la urgencia de la situación. En este sentido, las cooperaciones reforzadas están llamadas a jugar un papel relevante y no aceptarlo sería un error.

³⁶⁸ Art. 20 del Tratado de la Unión Europea en relación a los artículos 326-334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Pero no hay que perder de vista que aunque su planteamiento es acertado puede llegar a suponer una *“señal errónea de que la vía a seguir en el futuro pasa por la fragmentación en grupos de estados más homogéneos entre sí en vez de por el esfuerzo conjunto, por la imposición de los puntos de vista de los unos sobre los otros en vez de por la búsqueda del denominador común, y no constituirán en todo caso una solución de recambio a una reflexión seria y de conjunto sobre cómo renovar los objetivos de la Unión y cuáles son los medios institucionales apropiados para alcanzarlos”*³⁶⁹.

³⁶⁹ AREILZA CARVAJAL, J. M., & DASTIS QUECEDO, A. (1998). “Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Ámsterdam: ¿misión cumplida?”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (29), p. 105

**CAPITULO IV.- ANÁLISIS DEL
R.1259/2010**

I. ÁMBITO DE LA LEY REGULADORA DE LA CRISIS MATRIMONIAL

1. El objeto material del Reglamento *Roma III* se ocupa de cuestiones jurídico materiales (la existencia o no de separación o divorcio), hay que advertir que, por su especial relación procesal, también se incluyen unos pocos aspectos³⁷⁰. En esta línea, “la ley que determinen las normas sobre conflictos de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial”³⁷¹.

En este sentido, se extenderá la ley que resulte aplicable al divorcio (*lex divortii*) o a la separación (*lex separationis*) a la legitimación para instar o no la demanda de disolución, es decir, a la admisión del divorcio o la separación³⁷²; al objeto de la prueba en el proceso de separación o divorcio³⁷³; a la posible reconciliación de los cónyuges (en el caso de

³⁷⁰ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). “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*, 15(39), p. 565.

³⁷¹ Considerando (10.II) del R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

³⁷² HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 47.

³⁷³ Aunque el ejercicio de la prueba es una actividad inequívocamente procesal, existen contadas ocasiones en las que su estrecha vinculación con el fondo del asunto permite que aquello que debe ser objeto de prueba quede sujeto a la *lex causae*. De esta manera la ley designada conforme a las normas de conflicto establecidas en el R. 1259/2010 será la que determine qué es lo que debe probarse en cada caso, en relación a la suspensión de las obligaciones del matrimonio (en caso de separación) o a la extinción del vínculo (en caso de divorcio), siempre, claro está en función de los hechos que se consideren relevantes; *Vid.* ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 123.

separación judicial)³⁷⁴; y a las medidas cautelares, previas, provisionales y urgentes³⁷⁵.

2. Por el contrario, las demás cuestiones que de la separación judicial o del divorcio se desprendan (ya sean consecuencias o efectos) y que no formen parte de las establecidas expresamente en el art. 1.2 del R. 1259/2010, quedarán excluidas de su ámbito de aplicación³⁷⁶.

³⁷⁴ Aunque la reconciliación no esté prevista en todos los ordenamientos de los Estados miembros, es una figura que aparece estrechamente vinculada al tema que nos atañe. Lo interesante, con el objetivo de ahondar en el alcance que puede llegar a tener la ley que rige el divorcio, es el efecto que puede producir sobre el desarrollo de un proceso de divorcio o de separación, una reconciliación perfeccionada ante la autoridad competente.

En este sentido, afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González (y lo reafirma Herranz Ballesteros) que la ley que rige la crisis matrimonial es la encargada a su vez de resolver los efectos de la reconciliación de los cónyuges en el proceso de separación o divorcio, los efectos sobre aquella separación judicial ya obtenida así como de resolver los efectos sobre el divorcio ya decretado. *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.)Vol. II. Granada, p. 250; HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). "Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 47.

³⁷⁵ El Reglamento Roma III no contiene ninguna referencia explícita ni a las medidas provisionales ni a las cautelares ni a las urgentes ni a las medidas previas. En este sentido, no aparecen ni incluidas en el punto 1 del art. 1 (que establece el ámbito de aplicación del Reglamento) ni aparece en el listado de materias excluidas del ámbito de aplicación del reglamento del punto 2 del mismo artículo. Sin embargo, se considera que por la estrecha relación *lex causae aplicable al fondo del asunto*, resulta acertado determinar la necesidad de aplicar el Reglamento Roma III; *Vid* CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "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*, 15(39), p. 565.

³⁷⁶ HAMMJE, P. (2011). "Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO *ROMA III*

1. Ante una demanda referente a una crisis matrimonial (ya sea una separación o un divorcio) de carácter internacional, el órgano jurisdiccional que resulte competente con base en el Reglamento *Bruselas II bis* será el encargado de establecer qué ley o leyes serán las que regulen los diversos aspectos sobre los que debe decidir y el Reglamento *Roma III* será aplicable únicamente a uno de ellos³⁷⁷.

En este sentido, el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable tanto a la separación judicial como al divorcio, tiene un ámbito de aplicación muy acotado: únicamente la ley aplicable.

2. Cuestiones como a qué materias se aplica el texto, cuáles quedan excluidas, desde cuándo, a quiénes y por quiénes se aplica o cómo incide el mecanismo de cooperación reforzada en el ámbito de aplicación del Reglamento, en tanto que no forma parte del acervo comunitario son los interrogantes a los que se pretende dar respuesta en este apartado³⁷⁸. En definitiva, conocer cuál es el alcance que se propone en el Reglamento 1259/2010.

applicable au divorce et à la séparation de corps". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 300.

³⁷⁷ SILLERO CROVETTO, B. (2014). "Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III". Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, p. 471.

³⁷⁸ ABARCA JUNCO, P. (2013). "Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III". En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 45.

1. Ámbito de aplicación material

3. El artículo 1 del Reglamento *Roma III* establece que “*El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial*”.

Se trata de una disposición corta aunque para entender la magnitud de dicho precepto debe partirse de varias premisas.

A. CONCEPTO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

4. El Reglamento *Roma III*, determina la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial empleando el término “divorcio” y “separación judicial” para referirse a la institución jurídica que produce la “*disolución o la relajación del vínculo matrimonial*”³⁷⁹. Con ello se quiere decir que el Reglamento *Roma III* determina qué ley será la que se aplique a todas aquellas instituciones o mecanismos jurídicos que supriman o mitiguen las obligaciones derivadas de matrimonio, independientemente de su *normen iuris*³⁸⁰.

5. Resulta de especial interés considerar que aunque es desde hace relativamente bien poco, hoy por hoy, todos los países miembros de la Unión regulan el divorcio como la forma de disolver un matrimonio (al margen de las diferencias significativas que existen en relación a las causas que provocan el divorcio)³⁸¹. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la

³⁷⁹ Considerando (10. II) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

³⁸⁰ DEVERS, A., & FARGE, M. (2012). “Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”. *Semaine Juridique*, (26), p. 1278; CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 202.

³⁸¹ En mayo de 2011 Malta fue el último Estado miembro de la Unión Europea en reconocer el divorcio como forma de disolución del vínculo matrimonial.

Existe diferencia en exigir o no la concurrencia de una causa de divorcio (En Suecia, Finlandia y España no se exige); en unos Estados se exige un periodo de separación previa (Austria, Dinamarca y la República Checa) mientras que en otros no (Bélgica, Francia, Finlandia, Grecia, Holanda, Portugal, Suecia o España); incluso existe un “periodo de reconsideración” como pasa por ejemplo en Finlandia que prevé un margen de tiempo de

separación judicial (como modo de relajar el vínculo matrimonial sin llegar a romperlo). Se trata de una figura que bien puede aparecer regulada como tal en numerosos países de la Unión³⁸²; como existir únicamente como separación de hecho³⁸³; o bien no reconocerse ni la una ni la otra³⁸⁴; considerando que el vínculo matrimonial únicamente puede disolverse *inter vivos* por medio del divorcio sin posibilidad de punto medio (ya sea de hecho o de derecho)³⁸⁵.

6. Está claro que es una consideración con carácter positivo, “se aplicará en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes al divorcio y a la separación” que se completa teniendo en cuenta la precisión de que “sólo debe aplicarse a la disolución o a la relajación del vínculo matrimonial”³⁸⁶. De la combinación de ambas consideraciones se deduce que, aunque se disponga que el Reglamento sea de aplicación a la disolución del vínculo matrimonial, ello no incluye la disolución por causa de muerte. Así pues, el Reglamento se ocupa de la disolución *inter vivos* del vínculo matrimonial³⁸⁷.

B. NOCIÓN DE MATRIMONIO

7. A fin de entender el R. 1259/2010 en profundidad, conviene detenerse en que cuando el Reglamento *Roma III* establece que determina la ley aplicable a la disolución o relajación del vínculo matrimonial, ¿a qué se refiere?, ¿se incluye todo tipo de matrimonio?, ¿es suficiente con que sea válido en origen o es preciso que también lo sea en el Estado

seis meses desde la fecha de la solicitud de divorcio para que los esposos, mientras siguen viviendo juntos, deciden si se divorcian o no.

³⁸² Bélgica, España, Italia, Francia, Lituania, Malta, Portugal o el Reino Unido.

³⁸³ Bulgaria, Alemania o Estonia.

³⁸⁴ Países escandinavos como Suecia o Finlandia.

³⁸⁵ *Vid.* Anexo I de la presente tesis que referencia la regulación de las crisis matrimoniales en Europa.

³⁸⁶ Considerando (10) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

³⁸⁷ *A sensu contrario* CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 195.

competente? La discusión no resulta banal, puesto que de ser así, ¿podría un Estado que resulta ser competente pero que no reconoce en su derecho material un matrimonio (por ejemplo polígamo o del mismo sexo) tener la obligación de “divorciar” a una pareja que se considera casada? En este sentido, en palabras de Calvo Caravaca la noción que se tiene de matrimonio en el Reglamento incluye “*toda relación jurídica formal y estable entre particulares, creada bajo un procedimiento legal específico*”

³⁸⁸

8. En esta línea, resulta irrelevante que la relación no sea considerada como “matrimonio” por el Derecho sustantivo del Estado miembro participante ante cuyas autoridades se solicita el divorcio. En estos casos el Reglamento no obliga a los Estados miembros participantes a conceder el divorcio o separación judicial sino que les otorga la posibilidad de “no pronunciar” el divorcio o la separación legal. De esta manera aparece en el artículo 13 del mismo que establece que “*nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento*”³⁸⁹. En lo que se refiere a las “*legislaciones que no contemplen el divorcio*” debe decirse que, en el momento de la redacción del precepto, Malta no contemplaba la figura jurídica del divorcio. Sin embargo, como ya se ha adelantado, todos los países participantes del Reglamento *Roma III* ya contemplan dicha opción³⁹⁰.

³⁸⁸ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 203.

³⁸⁹ Art. 13 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

³⁹⁰ La falta de un concepto unificado de matrimonio en el ámbito de los distintos derechos europeos es una cuestión que se desarrollará en un punto a parte (“*especial consideración a la noción de matrimonio como cuestión prejudicial*”) porque la problemática que de ello se deriva merece una explicación más extensa.

C. ELEMENTO DE INTERNACIONALIDAD.

9. Se establece en el mismo artículo 1 del Reglamento *Roma III* que resultará aplicable “*en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes*”, es decir, que presenten implicaciones transnacionales requeridas por el art. 81.3 del TFUE³⁹¹.

10. Los hechos muestran que el incremento de la movilidad de los ciudadanos de la Unión Europea añadido al debilitamiento progresivo de las relaciones familiares ha multiplicado, en los últimos años, los casos de disolución o relajación del vínculo con un elemento de internacionalidad³⁹². A este respecto cabe añadir que cuando la Comisión se refiere a los *matrimonios internacionales* lo entiende como aquellos matrimonios en los que los cónyuges, o bien son de nacionalidades diferentes, o bien viven en Estados miembros diferentes, o bien viven en un Estado miembro cuya nacionalidad no poseen³⁹³.

11. Si el articulado del Reglamento establece que será de aplicación, como ya se ha visto, “*a las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial*”, la duda que se plantea es: ¿el Reglamento 1259/2010 se aplica a los matrimonios internacionales cuyos

³⁹¹ Art. 81.3 TFUE “3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión”.

³⁹² Véase datos extraídos de la Comisión en la 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 judicial. COM (2010) 150/final. Bruselas 24.3.2010.

³⁹³ Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio. COM (2005) 82 final. Bruselas, 14.3.2005.

cónyuges quieren separarse o divorciarse? ¿O más bien se aplica a los divorcios o separaciones matrimoniales de carácter internacional?³⁹⁴ La opción correcta es ésta última. Es decir, el Reglamento se aplica a los supuestos de divorcio o separación judicial que presenten elementos extranjeros objetivos tales como la residencia habitual o la nacionalidad que se localiza en un país distinto al Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto³⁹⁵. En este sentido, la mera celebración del matrimonio en el extranjero no sería condición suficiente para dotar de carácter internacional a la situación de hecho con el fin de poder aplicar el Reglamento 1259/2010³⁹⁶.

12. Ha quedado claro que para que el Reglamento Roma III sea de aplicación debe darse en la separación o el divorcio un elemento de internacionalidad. Sin embargo, ante la exigencia de un factor de extranjería para que finalmente el Reglamento sea aplicable, surgen dos interrogantes: en primer lugar, determinar el momento en que debe darse ese elemento de internacionalidad. Y, en segundo lugar, si dicho factor de extranjería tiene que ser necesariamente objetivo o si bien puede ser creado por las partes³⁹⁷. Para dar respuesta a ambas preguntas hay que traer a colación otra cuestión, partiendo de la premisa de que el Reglamento además de establecer la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio (de acuerdo al art. 8 R. 1259/2010) permite a los cónyuges elegir la ley aplicable al divorcio o a la separación judicial siempre y cuando sea

³⁹⁴ BARUFFI, M. C. (2011). "La legge applicabile ai divorzi europei". *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), p. 395.

³⁹⁵ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 204.

³⁹⁶ BARUFFI, M. C. (2011). "La legge applicabile ai divorzi europei". *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), p. 397.

³⁹⁷ ABARCA JUNCO, P. (2013). "Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III". En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 55.

una de las que aparecen en su art. 5³⁹⁸. ¿Pero a dónde se quiere llegar con esta reflexión? Vayamos por partes.

13. En relación a la primera cuestión, es decir, al momento procesal en el que debe acreditarse el elemento de internacionalidad hay que preguntarse ¿sería aplicable el Reglamento Roma III si por el mero paso del tiempo el elemento de internacionalidad desaparece de la ecuación antes de la interposición de la demanda? Es decir, ¿qué pasa cuando difiere en el tiempo el factor de extranjería que sí existía en un principio (por ejemplo al pactar los cónyuges la ley aplicable a su separación o divorcio) pero que deja de existir cuando los cónyuges hacen efectiva la presentación de la demanda de separación judicial o divorcio? Para entender la cuestión que se suscita Calvo Caravaca propone el siguiente ejemplo: unos cónyuges pueden haber contraído matrimonio en el extranjero, pero pueden haber residido de manera habitual en otro país o bien pueden haber tenido nacionalidades diferentes durante el tiempo en el que estuvieran casados. Sin embargo, en el momento en el que se inicia el procedimiento de divorcio o separación judicial ambos cónyuges residen habitualmente en el mismo país y ostentan la misma nacionalidad, en tal caso, el Reglamento *Roma III* no resultaría aplicable porque el supuesto de hecho no afecta a un proceso matrimonial de ámbito internacional. En definitiva, la manera en que está regulado este aspecto hace posible una “*disociación en el tiempo*” entre el momento en el que se establece el elemento internacional y la situación en litigio. Y aunque no hay nada en el articulado del Reglamento que puntualice el momento en el que debe comprobarse el factor de extranjería, sin embargo, resulta de sentido común que aunque el pacto de elección de ley aplicable a la separación o al divorcio se hubiese pactado válidamente de acuerdo a lo establecido en el Reglamento no tendría

³⁹⁸ Esta apreciación a la autonomía de la voluntad de las partes se adelanta en este punto como una mera pincelada para poder entender la problemática que existe en torno al elemento de extranjería que se exige para que el Reglamento Roma III sea aplicable. Sin embargo, es un tema que por su novedad y por su especial tratamiento será valorado en puntos posteriores de esta misma tesis.

mucho sentido declarar una separación o un divorcio internacional cuando todos los elementos concurren dentro de un solo Estado³⁹⁹.

14. En relación a la segunda de las cuestiones, sobre si la internacionalidad que se exige debe ser objetiva o bien puede crearse de manera subjetiva, en este sentido se puede decir que el carácter de internacionalidad no puede darse por voluntad de un derecho extranjero de los cónyuges⁴⁰⁰. Esto no es posible con el Reglamento Roma III ya que éste no admite la elección ilimitada de la ley aplicable sino que circunscribe dicha elección a unas leyes determinadas en su art. 5.

Dicho de otro modo, el legislador podría haber otorgado la posibilidad a los cónyuges como ha hecho en relación con los contratos internacionales de aplicar leyes extranjeras a casos internos⁴⁰¹. Con esto se quiere decir que, en los casos íntegramente nacionales, la elección por los cónyuges de una ley extranjera para regular su divorcio o separación judicial no hace aplicable el Reglamento Roma III con lo que en los casos en los que los cónyuges tienen su residencia habitual en un país concreto y ostentan la nacionalidad de dicho país, no pueden elegir, en ese momento,

³⁹⁹ ABARCA JUNCO, P. (2013). "Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III". En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 56.

⁴⁰⁰ A diferencia de lo que se establece en el Reglamento Roma I (DOUE L177/6, 4.7.2008) y en el Reglamento Roma II (DOUE L 199/40. 31.7.2007) en los que se aplica incluso a situaciones en las que la mera voluntad de las partes puede conferir carácter internacional; VIARENGO, I. (2011). "Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 606.

⁴⁰¹ Art. 3.3 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177/6 de 4.7.2008.

ninguna otra ley aplicable (art. 5.1 R. 1259/2010 *a sensu contrario*)⁴⁰². En definitiva, para internacionalizar una crisis matrimonial que sea puramente interna el Reglamento *Roma III* no le concede ninguna relevancia a la mera voluntad de las partes.

15. En conclusión, en relación a la cuestión del carácter internacional del proceso matrimonial, el R. 1259/2010 sólo es aplicable a los procesos de divorcio o separación judicial en los que se aprecia, en el momento de ejercitarse la acción judicial, uno o varios elementos extranjeros. Es decir, tiene que revestir carácter internacional en el momento en que se plantea ante los tribunales.

D. CARÁCTER CIVIL DEL MATRIMONIO.

18. Por último y en quinto lugar, el Reglamento *Roma III* se aplica a los divorcios y separaciones matrimoniales de carácter civil. No se aplica por tanto a procesos de tipo religioso. En este sentido, aclara Carrascosa que no se aplican a los procesos religiosos que, aunque se desarrollen en el territorio de los Estados miembros participantes, son decididos por órganos no estatales de carácter religioso no integrados en el organigrama estatal de autoridades con poder jurisdiccional (art. 3.2 y considerando (13) R. 1259/2010⁴⁰³).

E. MATERIAS EXCLUIDAS.

19. El ámbito de aplicación material, se podría decir que se completa en el Reglamento 1259/2010, incluyendo explícitamente en su punto nº 2 del mismo art. 1 aquellas situaciones que quedan excluidas del Reglamento⁴⁰⁴:

⁴⁰² LOPES PEGNA, O. (2010). "La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: Profili problematici". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), p. 128.

⁴⁰³ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 203.

⁴⁰⁴ GRUBER, P. (2012). "Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 383; CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se

“El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial: 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”⁴⁰⁵.

20. Aunque a simple vista parece que el Reglamento expone *numerus clausus* las materias que quedan excluidas del mismo Reglamento, en realidad, el legislador no pretendía ser exhaustivo, aunque sí que es cierto que con algunas materias finalmente no incluidas (a las que nos remitimos más adelante) se tuvo disparidad de opiniones⁴⁰⁶. Por el contrario, todas aquellas materias a las que la sombra del Reglamento no alcanza se regirán

establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15(39), p. 566.

⁴⁰⁵ Art. 1.2 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁴⁰⁶ ABARCA JUNCO, P. (2013). “Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III”. En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 53 y 54.; ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all’europa. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 253; HERRANZ BALLESTEROS, M. (2011). “Reflexiones en torno al reglamento (UE) nº 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”. *El Desarrollo del Tratado de Lisboa: Un Balance de la Presidencia Española: Décimas Jornadas Extraordinarias. Escuela Diplomática- Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Madrid, p. 199; VIARENGO, I. (2011). “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 608; LOPES PEGNA, O. (2010). “La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: Profili problematici”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), p. 130.

por las normas de conflicto propias de cada Estado miembro participante en el Reglamento⁴⁰⁷.

(a) Nulidad: falta de coordinación entre Bruselas II bis y Roma III

21. Al hablar en términos generales, tanto la separación judicial como el divorcio así como la nulidad, son figuras que se entienden incluidas dentro del marco de las conocidas crisis matrimoniales. Ello, en parte, porque en materia de competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas II bis incluye las tres figuras dentro de su ámbito de aplicación⁴⁰⁸. Sin embargo, no es así en el marco de la determinación de la ley aplicable, ya que el R. 1259/2010 no es aplicable en supuestos de nulidad⁴⁰⁹.

22. La exclusión de la nulidad del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III* ha resultado ser un tema discutido⁴¹⁰. Parte de la

⁴⁰⁷ Considerando (10) párrafo 3º R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010): “Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”.

⁴⁰⁸ Art. 1º. 1.a) del Reglamento (CE) 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) 1347/2000 (DOUE L 338, de 23.12.2003) “ 1º.1 El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial (...)”.

⁴⁰⁹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Navarra, Aranzadi, p. 68; DEVERS, A., & FARGE, M. (2012). “Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”. *Semaine Juridique*, (26), p. 1278; HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 46.

⁴¹⁰ BARUFFI, M. C. (2011). “Il regolamento sulla legge applicabile ai “divorzi europei””. *Il diritto dell'Unione europea*, 4, p. 875; SILLERO CROVETTO, B. (2014).

doctrina se mostraba a favor de la inclusión de la nulidad dentro del Reglamento 1259/2010 mientras que la doctrina mayoritaria motivaba que su falta de inclusión tenía una buena razón de ser.

23. Los favorables a la exclusión de la nulidad dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 arguyeron tres motivos de peso⁴¹¹. En primer lugar, estimaban que ésta nada tenía que ver con las crisis matrimoniales. Es decir, entendían que así como el divorcio y la separación judicial eran situaciones existentes como consecuencia de un matrimonio previo, la base jurídica de la nulidad se cimentaba en la falta de existencia real del vínculo matrimonial y que, por tanto, no debía introducirse en el ámbito de aplicación del Reglamento como si de una crisis matrimonial se tratara. Es decir que la nulidad venía a ser el reverso de la falta de validez del vínculo matrimonial, lo cual encierra el hecho previo de que nunca existió tal matrimonio, de ahí que se regulara de forma diferente al Reglamento *Bruselas II bis*, y que no pudiera ser incluido en el Reglamento⁴¹². Ya en los trabajos preparatorios del Reglamento *Roma III* los Estados miembros participantes se opusieron a la adopción de normas de conflicto uniformes en materia de nulidad, alegando que ésta se rige, por regla general, en caso de nulidad por defecto de forma, por la ley del

“Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III”. Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, p. 473.

⁴¹¹ GUZMÁN ZAPATER, M. (2012). “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: A propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”. En ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. & PENADES FONS, M.A. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia. p. 522; HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 300.

⁴¹² VIARENGO, I. (2011). “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 607.

Estado de celebración del matrimonio y, en el caso de defecto de fondo, por la ley de la nacionalidad del cónyuge afectado⁴¹³.

Siguiendo esta línea, en el Consejo de Ministros y Asuntos de Interior de la UE se manifestó la necesidad de deliberar sobre este tema con una mayor determinación aunque posteriormente no tuvo reflejo en las enmiendas siguientes⁴¹⁴.

La coherencia de la que se habla desde sus orígenes entre el Reglamento Bruselas II bis y su homólogo en la ley aplicable, no siempre se ha conseguido. Y teniendo en cuenta que entre los objetivos del Reglamento se encuentra la voluntad de la Unión de conseguir un marco jurídico claro y completo en lo que a regulación de crisis matrimoniales se refiere, la pregunta es: ¿serán capaces los tribunales de afrontar las complejidades que se desprenden a la hora de determinar tanto el instrumento jurídico como la ley aplicable a un proceso de divorcio o

⁴¹³ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Documento COM – Comisión de las Comunidades Europeas- (2006), 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 10.

⁴¹⁴ La necesidad de deliberación se manifestó en el Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. Sesión nº 2794 del Consejo. 8364/07 (Presse 77). Justicia y Asuntos de Interior. Luxemburgo, 19 y 20 de abril de 2007.

Sin embargo, no se introdujo ninguna referencia en las enmiendas siguientes: *Vid.* Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 21 octubre de 2008, sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial. (COM (2006) 0399- C6- 0305/2006-2006/0135 (CNS). DOUE núm. C 15E, de 21 de enero de 2010; Contestaciones del Ministerio de Justicia Español al Libro Verde presentado por la Comisión sobre la ley aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, respuesta a la pregunta nº 1. Fuente: <http://ec.europa.eu/justice>; 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 judicial, COM (2010) 105 final Bruselas, 24.3.2010, 2010/0067 (CNS).

separación judicial⁴¹⁵? ¿O más bien la aplicación del Reglamento *Roma III* creará a los operadores jurídicos más problemas de los que resuelve⁴¹⁶?

En segundo lugar, se argumentó, a mi juicio acertadamente, que además de partir de bases diferentes (en cuanto a la existencia o no del matrimonio) el Reglamento estaba pensado para introducir cierto margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el momento de elección de la ley aplicable⁴¹⁷. Ello suponía que si se incluía la nulidad en el ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III* existía la posibilidad de reconocer una eventual arbitrariedad en cuanto a la validez del matrimonio, de ahí que consideraran que, por coherencia, la ley que debía regular la nulidad debía ser la misma que la que regula la validez del matrimonio. En esta misma línea, al no existir una regulación en el ámbito de la Unión en relación a la validez y celebración del matrimonio no hubiese resultado ajustado la regulación de la ley aplicable a la nulidad matrimonial⁴¹⁸. Dicho de otro modo, la exclusión de la nulidad matrimonial en el R. 1259/2010 resulta del todo un acierto del legislador, en tanto que el acceso a la separación o al divorcio es una cuestión directamente vinculada con la libertad personal para decidir en un momento determinado sobre la relajación o la extinción total del vínculo matrimonial, mientras que en los casos de nulidad, no ha lugar para ello por la propia naturaleza jurídica de

⁴¹⁵ ARENAS GARCÍA, R. (2009). "Algunas propuestas de regularización de las crisis matrimoniales internacionales". *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones: (Dimensiones Interna e Internacional)*, p. 54.

⁴¹⁶ ABARCA JUNCO, P. (2013). "Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III". En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 47.

⁴¹⁷ DEVERS, A., & FARGE, M. (2012). "Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce". *Semaine Juridique*, (26), p. 1278.

⁴¹⁸ ARENAS GARCIA, R. (2011). "El Reglamento Roma III: la nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio", disponible en blog <http://blogs.uab.cat>

la figura ya que en ella fallan los presupuestos esenciales del matrimonio (que como se sabe tiene efectos *ex nunc* y no *ex tunc*)⁴¹⁹.

Y en tercer y último lugar, se razonó que varios Estados miembros no regulan la nulidad en sus legislaciones nacionales, con lo cual sería añadir un problema a una situación de por sí difícil⁴²⁰.

24. Sin embargo, los argumentos no convencieron a todos. Parte de la doctrina consideró que habría sido oportuno incluir la nulidad en el ámbito de aplicación del R. 1259/2010 ya que, según ellos, la asimetría existente en el tratamiento de la materia no estaba justificada⁴²¹. En contra de la argumentación de los primeros, teniendo en cuenta que una de las razones que motivaron la elaboración del Reglamento fue la voluntad de querer erradicar el *forum shopping* y la carrera a los tribunales unos pocos cuestionaron que la falta de una unificación de normas de conflicto en materia de nulidad propiciaría inseguridad jurídica (máxime si además se trata de una materia que sí se encuentra regulada en el marco de competencia judicial internacional)⁴²².

En segundo lugar, el hecho de que se argumentara que el Reglamento *Roma III* se había gestado en torno a la autonomía de una voluntad limitada y que por eso la nulidad no tenía cabida dentro del

⁴¹⁹ GUZMÁN ZAPATER, M. (2012). "Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: A propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III". En ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. & PENADES FONS, M.A. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia, p. 535.

⁴²⁰ HAMMJE, P. (2011). "Le nouveau règlement (UE) n° 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". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 299.

⁴²¹ SILLERO CROVETTO, B. (2014). "Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III". Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, p. 472.

⁴²² SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Navarra, Aranzadi, p. 93.

ámbito de aplicación, no resultaba motivo suficiente. La solución podría haber estado en elaborar normas diferentes para esa materia en concreto⁴²³.

La tercera y última de las contra argumentaciones frente a la existencia de numerosa y variada legislación en torno a la nulidad que engloba Estados miembros que no la recogen en sus legislaciones, así como diferencias en las causas que la motivan, no parece una razón de peso. De ser así, tampoco habría sido posible determinar la ley aplicable a la separación judicial porque, como ya se ha visto, no todos los países miembros de la Unión lo regulan⁴²⁴. Es más, los Estados miembros participantes del Reglamento *Roma III* establecen la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio sin delimitar qué se entiende por matrimonio a sabiendas de la falta de unidad de concepción que de matrimonio se tiene en la Unión, es decir, sin considerar como impedimento las diversas nociones que se tiene de matrimonio. Con lo cual, argumentar que las diferencias de regulación en el territorio de la Unión son motivo de omisión de solución parece, a mi juicio, una fundamentación un tanto débil.

(b) Únicamente sobre “matrimonios”.

25. En segundo lugar, también debe tenerse en cuenta que *Roma III* determina la ley aplicable a la disolución o relajación del vínculo matrimonial, lo cual implica la necesidad de que ambas personas estén unidas por un vínculo matrimonial para considerar o no si el Reglamento puede ser aplicable. Por tanto, situaciones de hecho que simulen ser semejantes o que surten efectos similares a los matrimonios no forman parte del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III*. Es decir, no se incluyen ni las parejas de hecho o las uniones civiles (como los PACs

⁴²³ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2012). “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: Aplicación del Reglamento Roma III en España”. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (7193), p. 5.

⁴²⁴ *Vid.* Anexo I de la presente tesis.

franceses o los “civil partnerships” ingleses), ni las separaciones de hecho de matrimonios válidos⁴²⁵. Ello se deduce del Considerando 10 del Reglamento *Roma III* que estipula que “el Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial”⁴²⁶. En este sentido, sabiendo que el Reglamento regula “disolución o relajación del vínculo matrimonial”, es decir, el divorcio y la separación judicial, resulta lógico deducir que las uniones no matrimoniales queden excluidas del ámbito de aplicación, así como las separaciones de hecho de matrimonios válidos, ya que sólo figuran incluidas las “separaciones judiciales”⁴²⁷.

⁴²⁵ Por unión registrada se entiende “la convivencia de dos personas como pareja y el registro de esa situación ante autoridad pública de su estado de residencia. Se trata de una institución recogida hasta la fecha en la legislación de quince Estados miembros (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, España, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Austria, Países bajos, Chequia, Reino Unido, Eslovenia y Suecia)”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales (COM (2011) 125 final, Bruselas, 16.3.2011) p. 5.

En Francia, un “pacto civil de solidaridad” (PAC) es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad de sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida en común, según el art. 515-1 del *Code civil* francés. Éste pacto de solidaridad se extingue por mútuo acuerdo, por matrimonio de uno de los *compañeros* o por fallecimiento de uno de los *compañeros*, según art. 515-17 del *Code civil* francés.

En el Reino Unido las “Civil partnerships” son sociedades civiles que conceden a parejas del mismo sexo derechos y responsabilidades equiparables al matrimonio civil (derechos de propiedad, Seguridad Social, pensiones...etc), de acuerdo a lo establecido en el *Civil Partnership Act 2004* (Ley de Asociación Civil de 2004).

⁴²⁶ FRANZINA, P. (2011). “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 102.

⁴²⁷ VIARENGO, I. (2011). “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), pp. 608-609; BARUFFI, M. C. (2011). “Il regolamento sulla legge applicabile ai “divorzi europei””. *Il diritto dell'Unione europea*, 4, p. 876.

(c) Otras cuestiones prejudiciales que quedan al margen.

26. En tercer lugar, en relación a las cuestiones prejudiciales, como son la capacidad de las personas o la existencia y validez del matrimonio, el R. 1259/2010 no entra a valorar ni lo uno ni lo otro: no resultaría nada sencillo establecer un mecanismo de control en esos niveles teniendo en cuenta que la problemática en este punto planea en torno a la comprobación que debería hacerse en relación al consentimiento matrimonial (cuyos derechos y obligaciones sobre los que recae el consentimiento difieren en los distintos ordenamientos)⁴²⁸. Por tanto, es cada Estado miembro participante, con arreglo a sus normas de conflicto nacionales el que decidirá si la unión que pretende disolverse o relajarse constituye o no, en primer lugar, matrimonio y, en segundo lugar, si en consecuencia resulta válido o no. Éste punto se presenta algo controvertido, ya que resulta problemático determinar a qué matrimonios debe aplicarse el Reglamento⁴²⁹. Esto se debe a que la regulación del *status jurídico* de las personas en relación al vínculo matrimonial se regula de manera diferente en los distintos Estados miembros participantes del Reglamento y ello conlleva ciertos inconvenientes sobre todo en relación a la posibilidad de aplicar o no el Reglamento *Roma III* a personas del mismo sexo unidas civilmente por vínculo matrimonial.

27. Sin embargo, y aunque ha quedado claro que ni la capacidad jurídica ni la validez del matrimonio son objeto de regulación en el R. 1259/2010, sí son cuestiones que se ven afectadas por el mismo. De esta forma, el art. 10 del R. 1259/2010 establece que se aplicará la ley del foro si la ley que resulte aplicable no contemple el divorcio. Mientras que *a sensu contrario* determina el art. 13 del R. 1259/2010 que el Tribunal que conoce del asunto puede no pronunciar un divorcio de un matrimonio no

⁴²⁸ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2009). “Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?” En S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones:(dimensiones interna e internacional)*. Santiago de Compostela, p. 245.

⁴²⁹ LOPES PEGNA, O. (2010). “La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: Profili problematici”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), p. 129.

reconocido como válido. Con ello se quiere poner de manifiesto que la ambigüedad del art. 13 hace posible aplicar tanto las normas materiales (art. 10 R. 1259/2010) como las normas de conflicto (art. 13 R. 1259/2010)⁴³⁰.

(d) Efectos jurídicos del proceso.

28. Y en cuarto lugar, en relación a los efectos jurídicos que comporta un proceso de separación judicial o divorcio, el Reglamento 1259/2010 indica que no es aplicable a los “*efectos contra el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias*”, más explícitamente aparece en el art. 1.2, que de la misma manera no se aplicará a “*(...)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*”⁴³¹. El Reglamento al referirse a “*los efectos del divorcio o separación judicial*” y no sólo a los efectos de la “*resolución*” de divorcio o separación judicial implica que se excluyen todos los efectos que comporta el proceso de divorcio o separación judicial tanto antes como después de hacerse citado la sentencia de divorcio o separación judicial⁴³².

⁴³⁰ ABARCA JUNCO, P. (2013). “Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III”. En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 54.

⁴³¹ A Fernández Rozas le parece acertado que la responsabilidad parental no se rija por la misma ley rectora de la separación judicial o el divorcio, en particular a la guarda y custodia de los hijos ya que “*el interés por aplicar una sola ley a la crisis matrimonial y a la modificación de las relaciones sobre los hijos que produce no puede realizarse a partir de una ley que esté diseñada para el interés de los cónyuges o elegida por ellos mismos*”. Vid FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2014). *Derecho internacional privado* (7ª ed.). Madrid, p. 435.

Con respecto a las medidas accesorias *vid.* Considerando (10) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁴³² CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 208.

En definitiva, los efectos de una separación o divorcio quedan excluidos de la ley rectora de la crisis que resulte del Reglamento *Roma III*⁴³³.

29. En el caso concreto de España, estos efectos que el divorcio o la separación judicial producen sobre “otras instituciones” se regulan por la ley que rige dichas instituciones⁴³⁴. Efectos como la responsabilidad parental de los hijos comunes⁴³⁵; los alimentos y pensiones debidos a los hijos como consecuencia del divorcio⁴³⁶; los alimentos derivados del divorcio o la separación y la pensión compensatoria por desequilibrio económico⁴³⁷; la cuestión de los nombres y apellidos de las personas tras el divorcio⁴³⁸; los derechos sucesorios⁴³⁹; el procedimiento de separación

⁴³³ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 292.

⁴³⁴ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 64.

⁴³⁵ Las medidas de asignación de custodia y derecho de visita de los hijos menores son “medidas de protección del menor” (TEDH (Sección 2ª), sentencia de 30 septiembre 2008. TEDH 2008 \ 67). Por tanto, quedan sujetas a la ley que regula la protección del menor designada por el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las Autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores BOE-A-1987-19367.

⁴³⁶ Éstas en España son cuestiones que se rigen por la ley que regula la prestación de alimentos a tenor del Protocolo de la Haya de 23 de noviembre 2007 (ley aplicable a las obligaciones alimenticias) AP Guipúzcoa, sec. 2ª, S 2-7-2002, rec. 2199/1999.

⁴³⁷ Se rigen por la ley determinada en virtud del Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007 (ley aplicable a las obligaciones alimenticias).

⁴³⁸ Esta cuestión se rige por la ley designada por las normas contenidas en el Convenio número 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos, de Munich de 5 de septiembre de 1980 (BOE-A-1989-29749. En esta materia resulta destacable la Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2003 de Garcia Avello contra État belge (Asunto C-148/02) así como la Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2008 – Grunkin Paul (STJUE 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*).

judicial o divorcio⁴⁴⁰; las medidas provisionales y cautelares derivadas de la interposición de la demanda⁴⁴¹; o bien la asignación del uso de la vivienda

⁴³⁹ A nivel europeo se ha establecido hace poco un Reglamento relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo que será aplicable en su totalidad en agosto de 2015 (*Fine* el art. 84 que “Será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012”, Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201/134 de 27.7.2012) El objeto del mencionado Reglamento es permitir a los ciudadanos europeos residentes en la UE organizar por anticipado su sucesión y proteger con eficacia los derechos de los herederos y de las demás personas vinculadas al difunto, así como de los acreedores de la herencia. Como regla general, será la ley aplicable a la totalidad de la sucesión la del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento. (Art. 21.2 R. 650/2012 (DOUE L 201/134 de 27.7.2012) “*En el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado*”). Este Reglamento no será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales (COM (2011) 125 final, Bruselas, 16.3.2011), p. 4). Este cambio supone un giro radical de nuestra legislación, que establecía en su art. 9.8 Cc como ley aplicable la de la nacionalidad del causante. (Para unas primeras reflexiones entorno al tema *Vid.* URÍA-RODRÍGUEZ, I. (2014). “Ley aplicable a un pacto sucesorio de institución recíproca con elemento extranjero: Régimen del artículo 9.8 CC y régimen del Reglamento europeo de sucesiones”. *Revista de Derecho Civil*, 1(1), pp. 131-134; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. (2014). “El Reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: Breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española”. *Revista Jurídica De Asturias*, (37), pp. 97-127; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). “El certificado sucesorio europeo en el Reglamento (UE) 650/2012”. *Revista de Derecho Civil*, 1(2), pp. 73-112.

⁴⁴⁰ El procedimiento para obtener el divorcio, la separación judicial o la nulidad, al ser un aspecto procesal, se sujeta a la ley procesal del Estado miembro cuyos tribunales sean competentes para pronunciar el divorcio o separación judicial, en concreto, en

familiar y del ajuar doméstico así como los derechos derivados de la interposición de la demanda⁴⁴².

A modo de conclusión, son tantas las materias que quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III* que parece difícil poder afirmar que el R. 1259/2010 contribuye a atenuar la complejidad que comporta la determinación de la ley aplicable. En esta línea, los tribunales deberán tener un manejo extraordinario de las distintas normas de conflicto tanto interno como convencional e institucional, en primer lugar, para poder pronunciarse sobre todas las cuestiones que se planteen de manera prejudicial que afectan a un mismo procedimiento y, en segundo lugar, para dictar la sentencia que corresponda⁴⁴³.

F. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS MATRIMONIOS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

30. Las cuestiones prejudiciales, tal como se ha visto, quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III*⁴⁴⁴. Sin

España, se regula por el art. 3 de la Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000 (BOE núm. 7 de 08/01/2000).

⁴⁴¹ Las medidas provisionales o cautelares se encuadran dentro del ámbito procesal del derecho con lo que serán reguladas por lo que establezca al respecto la ley procesal del Estado miembro cuyos tribunales sean competentes para pronunciar la separación judicial o el divorcio. La Ley de Enjuiciamiento Civil será el instrumento jurídico que regule dichos aspectos en España (AP Barcelona (Sección 18^a), núm. auto. 137/2006 de 1 June. AC 2006 \ 2247.

⁴⁴² Para la asignación del uso de la vivienda, *Vease* (AP Zaragoza (Sección 2^a), sentencia núm. 375/2010 de 15 junio. JUR 2010 \ 388585; AP Girona (Sección 2^a), sentencia núm. 56/2000 de 4 febrero. AC 2000 \ 163; AP Valladolid (Sección 1^a), sentencia núm. 107/2000 de 28 febrero. AC 2000 \ 649 ; AP Barcelona (Sección 12^a), sentencia del 9 de Junio de 1999. AC 1999 \ 1195.

Para los derechos derivados de la interposición de la demanda, *Vease* AP Barcelona (12^a Sección), núm. auto. 193/2010 de 7 Septiembre. JUR 2010 \ 387347.

⁴⁴³ SILLERO CROVETTO, B. (2014). "Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III". Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, p. 473.

⁴⁴⁴ Art. 1.2 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

embargo, resulta del todo indispensable conocer cómo se define matrimonio desde el momento en el que es innegable el hecho de que sólo puede disolverse un matrimonio si dicho matrimonio existe como tal.

31. Éste problema se suscita en supuestos de matrimonios poligámicos, matrimonios del mismo sexo, matrimonios temporales e incluso en casos de uniones civiles o parejas de hecho ya estén registradas o no (por la analogía que presentan ambas figuras con respecto a la relación de afectividad de sus integrantes). Desde el plano del Derecho internacional privado puede suscitar problemas de orden público internacional, y es que resulta innegable, además de evidente, que la falta de una concepción unificada de la forma en que se regula el matrimonio a lo largo del territorio de la Unión conlleva consecuencias negativas⁴⁴⁵.

32. En el Reglamento *Roma III* nada se dice al respecto del concepto de matrimonio, sin embargo, el hecho de que el legislador no se haya planteado regular expresamente esta cuestión no significa que el problema no exista⁴⁴⁶. Es más, la parte de la doctrina partidaria de que se englobe dentro del concepto de matrimonio aquellas figuras que se suponen con efectos parejos o semejantes (como uniones de hecho o matrimonios del mismo sexo) estima que el legislador ha puesto de manifiesto su “*poca sensibilidad con el pluralismo actual*” además de haber desperdiciado una ocasión para regular las rupturas de parejas distintas a la meramente matrimonial⁴⁴⁷. Sin embargo, a mi juicio, una interpretación extensiva para

⁴⁴⁵ ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). “Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: Lo que el ojo del legislador español no vió”. *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones: Dimensiones Interna e Internacional*. Santiago de Compostela, p. 11.

⁴⁴⁶ DEVERS, A., & FARGE, M. (2012). “Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”. *Semaine Juridique*, (26), p. 1279.

⁴⁴⁷ ANCEL, B., & MUIR WATT, H. (2001). “La désunion européenne: Le règlement dit Bruxelles II”. *Revue Critique Droit International Privé*, (3), p. 403; SOTO MOYA, M. (2013). “La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo. Paper presented at the *El Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de*

unificar criterio en relación al concepto del matrimonio en el ámbito de la Unión sería un intento de enmascarar la voluntad de unificar derecho material en lugar de normas de conflicto. Es más, a este respecto, el Consejo de la Unión aclaró que la definición de matrimonio así como sus condiciones de validez son cuestiones de derecho sustantivo y que, por tanto, pertenecen al derecho nacional. Por tanto, es el tribunal de un Estado miembro con competencia en materia de separación o divorcio el que puede determinar o declarar la existencia y validez de un matrimonio aplicando su propia ley material⁴⁴⁸.

33. Para conocer cuál es el concepto de matrimonio del que el legislador habla en el R. 1259/2010, se desprende del propio Reglamento que *“el ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) nº 2201/2003”*⁴⁴⁹. Es decir, en pocas palabras, el Reglamento *Roma III* se remita al Reglamento *Bruselas II bis* para concretar, en este sentido, la noción de matrimonio. Sin embargo, el R. 2201/2003 tampoco define qué se entiende por matrimonio⁴⁵⁰.

34. Se parte de la base de que tanto la existencia como la validez del matrimonio son cuestiones en las que los Estados miembros mantienen posiciones discrepantes, es decir, la forma en que se configura la figura del matrimonio a lo largo del territorio de la Unión no es en absoluto uniforme. Por un lado, países como Holanda, Bélgica, Portugal, Suecia, España, Dinamarca y desde hace poco también Francia y el Reino Unido y

Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), 20-22 de Octubre, Córdoba, p. 599.

⁴⁴⁸ Sesión de Justicia y Asuntos de Interior, 19-20 abril de 2008 (Documento del Consejo n. 8364/07).

⁴⁴⁹ Considerando (10.I) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁴⁵⁰ ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all’europea. il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 255.

Luxemburgo, admiten el matrimonio de personas del mismo sexo⁴⁵¹. Mientras que, por otro lado, otro grupo de Estados miembros no consideran que la unión de dichas personas constituya un verdadero matrimonio, aunque sí le conceden un *status jurídico* similar (con *nomen iuris* diferente dependiendo del Estado miembro: la República Checa, Irlanda, Hungría, Austria, Eslovenia, y Finlandia lo reconocen como “*unión civil*”, mientras que Alemania como “*parejas inscritas*”) y, por lo tanto, se les niega la posibilidad de disolver o relajar el vínculo porque se parte de que no existe vínculo matrimonial que disolver o relajar⁴⁵². En este sentido, al no existir dicho matrimonio como tal, no puede disolverse. Y finalmente, el resto de Estados miembros (Bulgaria, Croacia, Estonia, Grecia, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumania y Eslovaquia), no conceden ningún reconocimiento jurídico a las parejas homosexuales, ni como matrimonio ni como unión civil⁴⁵³.

35. Para dar solución al problema de la noción de matrimonio ante este vasto panorama jurisdiccional se enfrentan dos tesis al respecto⁴⁵⁴. En primer lugar, parte de la doctrina, basándose en fallos de jueces europeos, estiman que el concepto de matrimonio no debe ser entendido de acuerdo a las normas de los Derechos de los Estados miembros sino que debe extraerse su concepto de una forma autónoma y propia al R. 2201/2003,

⁴⁵¹ Francia aprobó el Proyecto de ley de los matrimonios homosexuales en noviembre de 2012 y superado el trámite en el Parlamento francés (febrero de 2013), se ha aprobado en abril de 2013; El Reino Unido, por su parte, aprobó los matrimonios homosexuales en marzo de 2014; Mientras que La Cámara de Diputados de Luxemburgo aprobó el pasado junio de 2014 la ley que permite a los homosexuales casarse y adoptar hijos. Con esta norma, que es aplicable desde el 1 de enero de 2015 Luxemburgo se ha convertido, por el momento, en el último país europeo que legaliza el matrimonio homosexual.

⁴⁵² MOSCONI, F. & CAMPIGLIO, C. (2012). “I matrimoni tra persone dello stesso sesso: Livello "federale" e livello statale in Europa e negli stati uniti”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2, p. 307.

⁴⁵³ *Vid.* Anexo I de la presente tesis.

⁴⁵⁴ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 177.

por lo tanto el R. 2201/2003 (y en consecuencia el R. 1259/2010) deben ser aplicables a las separación judicial y al divorcio, incluso para matrimonios del mismo sexo, si jurídicamente se trata de matrimonios válidos como pasa en Holanda, Bélgica, Portugal, Suecia, España, Dinamarca, Francia y Reino Unido⁴⁵⁵. Su argumentación se basa en que de no no aplicar a los matrimonios del mismo sexo el R. 2201/2003 (y en consecuencia el R. 1259/2010) acrecentaría el *Forum Shopping* así como las situaciones claudicantes y perjudicaría el *favor divortii*.

En segundo lugar, ante la evidencia de que el R. 2201/2003 no define cómo debe entenderse matrimonio, éste deberá ser valorado por los tribunales de los Estados miembros que estén conociendo del litigio en cuestión. Dicho de otro modo, los tribunales de cada Estado miembro, aplicando sus propias normas sustantivas, decidirán si la unión de dos personas que pretenden relajar o disolver su unión, es realmente un matrimonio o no. Tal como es de ver en el R. 1259/2010 *“las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio (...) deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”*⁴⁵⁶. Con ello resulta indudable que el legislador europeo se inclina por determinar que la noción de matrimonio depende de la legislación de cada Estado miembro, y, por tanto, la calificación de matrimonio entre personas del mismo sexo a efectos del R. 2201/2003 (y a su vez también a efectos del R. 1259/2010) será en función de lo que se establezca en la normativa interna de cada Estado miembro.

36. Por tanto, la cuestión de decidir si la unión que se pretende disolver o relajar es o no verdaderamente matrimonio compete a cada Estado miembro participante con arreglo a sus normas de conflicto nacionales. Es decir, será cada Estado miembro, si sus órganos

⁴⁵⁵ GAUDEMET-TALLON, H. (2002). “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’union européenne”. *Estudos Em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhães Collaço.*, I, p.160.

⁴⁵⁶ Considerando (10.III) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

jurisdiccionales resultan ser competentes, el que de una manera libre resuelva qué concepto de matrimonio sostiene⁴⁵⁷.

Esta disparidad que existe conlleva consecuencias problemáticas: En primer lugar, porque se podría plantear la posibilidad de que un matrimonio homosexual válidamente constituido en origen no pueda divorciarse ante el tribunal de algún Estado miembro participante en *Roma III*, porque el Estado miembro competente para conocer el litigio, según los foros establecidos en el Reglamento 2201/2003, y participante a su vez del R. 1259/2010 considere, según sus propias normas internas, que dicha unión no es matrimonio. Carrascosa González lo ejemplifica de la siguiente manera: un varón español se casa en España con un varón holandés. Ambos se trasladan a vivir a Italia donde fijan su residencia habitual. El juez italiano, único competente para pronunciar el divorcio, se niega, con arreglo al art. 13 R. 1259/2010, a divorciarlos, por estimar que la unión no puede ser calificada de matrimonio. Estaríamos ante un posible pacto de ley válidamente constituido (de acuerdo al art. 5 R. 1259/2010) que sin embargo, no puede hacerse efectivo aunque el tribunal competente (Italia en este supuesto) resulte ser el órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante, porque, según sus normas internas, no lo consideraría matrimonio como tal⁴⁵⁸.

O bien, en segundo lugar, se podría plantear la posibilidad de que un matrimonio homosexual válidamente constituido no pudiese divorciarse ante algún tribunal de un Estado miembro (no participante en el Reglamento). Por ejemplo, en el caso un matrimonio entre personas del

⁴⁵⁷ SOTO MOYA, M. (2013). "La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo. Paper presented at the *El Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI)*, 20-22 de Octubre, Córdoba. p. 597.

⁴⁵⁸ El legislador, al no ser ajeno a dicha problemática, ha iniciado una reforma del Reglamento 2201/2003 con el objetivo de abrir un *foro de necesidad* que permita en estos casos un divorcio ante tribunales del Estado miembro del lugar de celebración del matrimonio; CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 207.

mismo sexo válidamente celebrado en Portugal que se trasladan por motivos de trabajo a Varsovia verá que, aunque hubiesen escogido la ley portuguesa para su separación o divorcio no puede ejercitar la acción de divorcio en Polonia por dos razones: una, porque Polonia no es Estado participante en el R. 1259/2010 y otra, porque allí las uniones de personas del mismo sexo no se consideran matrimonio.

37. El Reglamento *Roma III* aunque es aplicable a los Estados miembros participantes, reconoce diferencias entre las distintas legislaciones nacionales⁴⁵⁹. En tanto que con arreglo al art. 13 y al Considerando (26) del Reglamento *Roma III*, no obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes a pronunciar una sentencia de divorcio si sus legislaciones no contemplan el divorcio o si no consideran válido el matrimonio en cuestión⁴⁶⁰.

38. Ha quedado claro que la problemática suscitada por las regulaciones diferentes existentes entre los distintos Estados miembros en

⁴⁵⁹ VIARENGO, I. (2011). "Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 609.

⁴⁶⁰ Art. 13 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) "*Nada de los dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplan el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento*" con arreglo a su vez del Considerando (26.I y II) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

relación a las uniones de parejas del mismo sexo es una realidad⁴⁶¹. Pese a ello, sería injusto decir la Unión Europea se muestre indiferente⁴⁶².

39. En el caso del R. 1259/2010 es evidente que la falta de un concepto unificado de matrimonio dificulta su efectiva aplicación. Habría sido más fácil si se hubiese especificado qué se entiende por matrimonio dentro del mismo Reglamento: si se incluyen los del mismo sexo, si tienen la misma eficacia los religiosos, las condiciones para dar el oportuno consentimiento, etc. Es más, partiendo de la base de que el R. 1259/2010 deberá ser coherente con el Reglamento 2201/2003, y a sabiendas de que

⁴⁶¹ MOSCONI, F. & CAMPIGLIO, C. (2012). "I matrimoni tra persone dello stesso sesso: Livello "federale" e livello statale in Europa e negli stati uniti". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2, pp. 299-316; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). "Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: Lo que el ojo del legislador español no vió". *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones: Dimensiones Interna e Internacional*, Santiago de Compostela. pp. 9-38; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Madrid, Marcial Pons.

⁴⁶² La regulación de las parejas del mismo sexo se engloba en la UE en el marco de la lucha contra la discriminación. En esta línea, en junio de 2000, el Consejo adoptó una Directiva importante relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Diario Oficial n° L 180 de 19/07/2000). El mismo año, el Consejo adoptó asimismo una Directiva sobre la igualdad de trato en materia de empleo y de ocupación (DO L 303 de 2.12.2000), y en 2004 una Directiva relativa a la igualdad entre hombres y mujeres fuera del mercado laboral (DO L 373 de 21.12.2004). Junto a la propuesta de una nueva Directiva relativa a la igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, adoptada en 2008, componen el marco jurídico de la Unión Europea para la lucha contra la discriminación (Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.(COM(2008) 426 final). Véase también la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea (Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOCE 28 febrero 1994); así como la Resolución-Circular de 29 julio 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE núm. 188 de 8 agosto 2005); Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. Sesión 3081 del Consejo. 86922/ Rev 2 es (Presse 93). Justicia y Asuntos de Interior. Luxemburgo, 11 y 12 de abril de 2011.

la finalidad de ambos es evitar la disparidad de normas de competencia judicial internacional unificando normas de conflicto (*Bruselas II bis*) y crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes (*Roma III*) para facilitar la libre circulación de las personas, resulta una dificultad añadida que un mismo supuesto de hecho, es decir, una misma unión pueda ser calificada de distinta manera en la fase de competencia judicial internacional y en la fase de determinación de ley aplicable. De esta manera, se rompe así la uniformidad pretendida⁴⁶³.

40. Está claro que el hecho de que el legislador no quiera entrar a legislar sobre determinadas materias no significa que no exista una problemática en torno a ellas. Pero a mi entender la *no inclusión* de dichas materias en el Reglamento resulta del todo coherente y eficaz. De lo contrario, la dificultad de conciliación habría sido descomunal y desproporcionada, además que supondría entrar a regular derecho material y eso es terreno pantanoso, porque no hay que olvidar que los Estados son soberanos y que una cosa es unificar normas de conflicto y otra distinta es buscar unificar derecho material.

2. Ámbito de aplicación territorial

41. Para delimitar el alcance espacial del R. 1259/2010 habrá que tener en consideración que la aprobación del mismo se realizó por medio del mecanismo de cooperación reforzada⁴⁶⁴. Es decir, que la cooperación reforzada, como ya se ha visto en puntos anteriores, es el factor que incide en su aplicación por ser un mecanismo que tiene repercusiones en la aplicación territorial del texto⁴⁶⁵.

⁴⁶³ SOTO MOYA, M. (2012). "Libre circulación por el territorio de la unión europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 16(43), p. 813.

⁴⁶⁴ DEVERS, A., & FARGE, M. (2012). "Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce". *Semaine Juridique*, (26), p. 1280.

⁴⁶⁵ GRUBER, P. (2012). "Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 384; HAMMJE, P. (2011).

42. A partir de ahí con el fin de delimitar con claridad el ámbito de aplicación territorial, conviene distinguir entre los Estados miembros participantes del Reglamento, los Estados miembros y los terceros Estados⁴⁶⁶.

43. Los países participantes de la cooperación reforzada son originariamente, tal como aparece en la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2010 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de ley aplicable al divorcio y a la separación legal: el Reino de Bélgica, el Reino de España, la República de Bulgaria, la República Federal Alemana, la República Italiana, la República de Letonia, la República Francesa, la República de Hungría, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, el Gran Ducado de Luxemburgo, Rumanía y Malta⁴⁶⁷. Con posterioridad se han adherido Lituania y Grecia y por tanto también forman parte del ámbito de aplicación territorial⁴⁶⁸. En esta línea, el Reglamento *Roma III* únicamente será aplicable y vinculante en los

“Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 308. HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “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*, (22), p. 48.

⁴⁶⁶ Considerando (11) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) “Con el fin de delimitar con claridad el ámbito de aplicación territorial del presente Reglamento, conviene determinar los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada”.

⁴⁶⁷ Decisión 2010/405/UE 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.

⁴⁶⁸ Decisión de la Comisión de 21 de noviembre de 2012 por la que se confirma la participación de Lituania en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 323/18 de 22.11.2012); Decisión de la Comisión de 27 de enero de 2014 por la que se confirma la participación de Grecia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 24/41 de 28.1.2014).

Estados miembros participantes en él, de ahí que el legislador europeo clarificara su concepto de la siguiente manera:

*“Estado miembro participante es el Estado miembro que participa en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en virtud de la Decisión 2010/405/ UE o en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el artículo 331, apartado 1, párrafos segundo o tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*⁴⁶⁹.

Por tanto, se considera Estado miembro participante tanto a los que han participado desde un principio en el mecanismo de cooperación reforzada como aquellos que han quedado incorporados con posterioridad⁴⁷⁰.

44. Los demás Estados miembros pueden adherirse en un futuro y mientras tanto aplicaran su propio sistema nacional de derecho internacional privado⁴⁷¹. En este sentido, en la sesión del Consejo en Bruselas los días 24 y 25 de julio de 2008, quedó patente la voluntad de querer participar en un futuro, en la iniciativa de cooperación reforzada de países como Eslovaquia⁴⁷².

45. Sin embargo, tal y como fueron las negociaciones durante la propuesta de Reglamento *Roma III* parece difícil que determinados países

⁴⁶⁹ Art. 3.1 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁴⁷⁰ GRUBER, P. (2012). “Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung”. *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 384; HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 48.

⁴⁷¹ Considerando (8) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) “La Comisión y los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada procurarán fomentar la participación del mayor número posibles de Estados miembros”.

⁴⁷² Comunicado de prensa del Consejo de la Unión Europea. Sesión 2887 del Consejo. 11653/08 (Presse 205). Justicia y Asuntos de Interior. Bruselas, 24 y 25 de julio de 2008. En dicho comunicado también aparecía la voluntad de Lituania de adherirse, y así ha sido.

como los escandinavos así como los del *Common-law*, que tradicionalmente aplican al divorcio únicamente la *lex materialis fori*, participen o se incorporen al Reglamento *Roma III*⁴⁷³.

En este grupo se encuentran Suecia, Finlandia, Reino Unido, Irlanda, Chipre y Países Bajos. Dinamarca, aunque no forma parte de la actuación comunitaria al respecto, firmó un Acuerdo en materia de matrimonio, que hace extensible su pertenencia al grupo de Estados que determinan la ley aplicable a la *lex materialis fori*⁴⁷⁴. Las normas de conflicto de dichos Estados miembros nunca obligan a sus tribunales a aplicar leyes extranjeras en materia de divorcio y ello, tal como afirma Carrascosa González, comporta un efecto negativo que salta a la vista: “*Perdurará la diversidad de leyes aplicables si cada Estado miembro aplica su propia ley sustantiva a los casos de divorcio o separación judicial y, en consecuencia, también seguirán presentes los obstáculos a la libre circulación de personas en la UE*”⁴⁷⁵.

Polonia, Estonia y República Checa hoy por hoy no pertenecen al Reglamento *Roma III* y con arreglo a lo dispuesto en sus propias normas relativas al Derecho Internacional Privado, sus tribunales determinan la ley

⁴⁷³ Se remite al lector al punto de la presente tesis sobre “el difícil proceso de elaboración”.

⁴⁷⁴ Acuerdo de 26 de enero de 2006: Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, firmado en Estocolmo el 6 de febrero de 1931, modificado el 1 de diciembre de 2008 (*Bekendtgørelse om ikrafttræden af overenskomst af 26. januar 2006 om ændring af konventionen mellem Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige indeholdende internationalprivatretnlige bestemmelser om ægteskab, adoption og værgemål undertegnet i Stockholm den 6. februar 1931) kraft den 1. december 2008*); BARUFFI, M. C. (2011). “Il regolamento sulla legge applicabile ai “divorzi europei””. *Il diritto dell’Unione europea*, 4, p. 880.

⁴⁷⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 56.

aplicable al divorcio buscando la conexión que resulte más vinculada al caso, ya sea la nacionalidad o la residencia habitual común⁴⁷⁶.

46. No obstante, se plantea un problema: a sabiendas de que el Reglamento *Roma III* sólo es aplicable por las autoridades de los Estados miembros participantes se deja una ventana abierta al *forum shopping*⁴⁷⁷. Es decir, que aunque el R. 1259/2010 unifique normas de conflicto ha quedado claro que sólo compromete a los Estados miembros participantes en el Reglamento. Ello quiere decir que pueden persistir los inconvenientes tanto de *forum shopping* como de la carrera a los tribunales en relación con los demás Estados en tanto que depende de dónde se interponga la respectiva demanda (de separación judicial o divorcio) ante los tribunales de un Estado miembro participante o ante las autoridades de un Estado miembro no participante podría no hacerse efectivo un acuerdo de elección de ley válido.

A modo de ejemplo, supongamos que un matrimonio establece una elección de ley válida, conforme a lo establecido en el R. 1259/2010. Sin embargo, esa elección puede no hacerse efectiva si, conforme a la elección de tribunal competente en virtud de los foros de competencia establecidos en el Reglamento 2201/2003, resulta ser competente el tribunal de un Estado miembro no participante en el R. 1259/2010 y cuya legislación no da margen a la autonomía de la voluntad para la regulación de la ley aplicable a la separación o al divorcio. Por lo tanto, aunque el pacto de elección de ley sea válido éste no podrá llegar a ser operativo⁴⁷⁸. En este sentido, queda claro que la elección del tribunal como paso previo

⁴⁷⁶ Vid. Fuente (última fecha de consulta: 17.7.2015): https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es.do

⁴⁷⁷ GRUBER, P. (2012). "Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 382.

⁴⁷⁸ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). "Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 48.

a la determinación de la ley aplicable es determinante y que con el R. 1259/2010 tanto el *forum shopping* así como la carrera a los tribunales continúan siendo factibles.

47. Pese a ello, no se puede afirmar que el hecho de que el R. 1259/2010 se haya aprobado por el mecanismo de cooperación reforzada suponga un “fracaso parcial de la UE”⁴⁷⁹. Y ello porque supone un paso importante en la construcción del DIPr en el sector del derecho aplicable aunque sí que es cierto que la libertad de circulación de las personas sigue topándose con obstáculos en los Estados miembros no participantes en el Reglamento. Son desventajas que hay que sopesar.

A.CUESTIÓN ESPECIAL EN CASO DE DERECHO INTERREGIONAL

48. El legislador europeo ha tenido en cuenta a la hora de elaborar el texto reglamentario la posibilidad de que algún Estado miembro, como es nuestro caso, se encuentre con la tesitura de que en su propio territorio existan diversos derechos civiles aplicables que puedan suponerles problemas de conflictos de leyes internos en relación a situaciones privadas internacionales⁴⁸⁰.

Para ello ofrece la posibilidad de inaplicar el R.1259/2010 a los conflictos internos de leyes y de este modo establece en su art. 16 que “*los Estados miembros participantes en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento no estarán obligados a aplicarlo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre sus sistemas jurídicos o conjunto de normas*”. Lo cual no quiere decir que los Estados miembros participantes no puedan extender la regulación del R. 1259/2010, ya que el art. 16 R. 1259/2010 sí que lo permite.

⁴⁷⁹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 195.

⁴⁸⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2006). “Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y derecho interregional. (O ¿para quién legisla el legislador autonómico de derecho civil?)”. *Dereito*, 15 (1), p. 263.

En este sentido, en nuestro caso, seguiría siendo aplicable el art. 107.2 Cc. Es decir, en supuestos de Derecho interregional relativos a la separación judicial o divorcio⁴⁸¹

B. APLICACIÓN UNIVERSAL

49. El Reglamento *Roma III* (del mismo modo que sus homólogos el Reglamento *Roma I* y el Reglamento *Roma II*) tiene carácter *erga omnes*, es decir, de aplicación universal⁴⁸². Se expresa en su artículo 4 de la siguiente manera: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante”.

50. El impacto que tiene que el R. 1259/2010 sea de carácter universal es por decirlo de algún modo, que extiende su regulación lo cual conlleva que puede llegar más allá de los límites de los Estados miembros participantes⁴⁸³. En otras palabras, que el Reglamento *Roma III* se presente con carácter *erga omnes* implica dos cosas: en primer lugar, que el R.1259/2010 puede ser aplicable a toda persona, sin que ninguno de los cónyuges protagonistas de la crisis matrimonial tenga que ser

⁴⁸¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 211.

⁴⁸² Art. 2 del Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) DOUE L 177/10 de 4.7.2008; Art. 3 del Reglamento (CE) Nº 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 L 199/44 de 31.7.2007; FRANZINA, P. (2011). “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 100; CALVO BABÍO, F. (2011). “Novedades en el Derecho internacional privado de familia”. *Juris: Actualidad y práctica del derecho*, (163), p. 42.

⁴⁸³ ABARCA JUNCO, P. (2013). “Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III”. En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*,. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 48.

necesariamente nacional de un Estado miembro participante⁴⁸⁴. Y en segundo lugar, implica que resulta irrelevante que la ley designada por el Reglamento *Roma III* para regir el divorcio o la separación legal sea la ley de un Estado miembro no participante o incluso la ley de un Estado no miembro de la UE⁴⁸⁵.

51. Sin embargo hay que aclarar que el hecho de que el R. 1259/2010 sea *erga omnes* no se debe confundir con que éste deba ser aplicado también por autoridades de Estados miembros no participantes en el Reglamento *Roma III*⁴⁸⁶. Dicho de otro modo, el criterio universal o *erga omnes* permite que resulte aplicable cualquier ordenamiento jurídico que puede ser el de un Estado participante del R. 1259/2010, el de un Estado Miembro de la Unión pero no participante del R.1259/2010 e incluso el de un Estado tercero (no sólo no participante en el Reglamento sino incluso no miembro de la UE)⁴⁸⁷. Por tanto, el Reglamento *Roma III* por su carácter universal, es aplicable por parte de las autoridades de los Estados miembros participantes independientemente de cuál sea la nacionalidad o la residencia habitual de los cónyuges⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Esta primera cuestión tradicionalmente se ha considerado como una condición de aplicabilidad del Reglamento y no como una consecuencia del carácter *erga omnes*.

⁴⁸⁵ Considerando (12) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010): “*el presente Reglamento debe tener carácter universal, de modo que, con arreglo a sus normas uniformes de conflicto de leyes, se pueda designar como aplicable la ley de un Estado miembro participante, la de un Estado miembro no participante o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea*”.

⁴⁸⁶ Considerando (8 *in fine*) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010): “*El presente Reglamento debe ser vinculante en su totalidad y directamente aplicable solo en los Estados miembros participantes de conformidad con los Tratados*”.

⁴⁸⁷ BARUFFI, M. C. (2011). “Il regolamento sulla legge applicabile ai “divorzi europei””. *Il diritto dell'Unione europea*, 4, p. 880.

⁴⁸⁸ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “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*, (24), p. 15.

52. Ante el carácter universal del Reglamento *Roma III* se podría argumentar que éste entra en conflicto con el art. 32 CE 1978 que garantiza el derecho a toda persona, ya sea española o extranjera, a divorciarse ante tribunales españoles y con arreglo a la ley española. Sin embargo, a este respecto, hay que tener en cuenta que el art. 13 de la misma CE 1978 contempla ese derecho a los extranjeros “*con arreglo a los términos que establezcan los Tratados y la Ley*”. Por tanto, y teniendo en cuenta que el Reglamento *Roma III* se incluye dentro del término “*ley*”, si el Reglamento 1259/2010 indicase que el divorcio o separación judicial debe ser regida por una ley extranjera no podría alegarse el art. 32 de la CE 1978 porque éste debe interpretarse de acuerdo al art. 13 de la misma CE y por tanto, la ley extranjera determinada por el Reglamento *Roma III* es la que debería aplicarse a la situación internacional determinada⁴⁸⁹.

(a) La Red Judicial Europea: un instrumento de apoyo con deficiencias significativas.

53. El Consejo a sabiendas de que pueden existir supuestos en los que la ley aplicable resulte ser la de un Estado miembro no participante por medio de la Decisión 2001/470/CE (modificada por la Decisión 568/2009/CE), creó una estructura de cooperación en red: la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, como punto de apoyo para los Estados miembros⁴⁹⁰.

Este instrumento nació con el propósito de “*prestar asistencia a los órganos jurisdiccionales informándoles sobre el contenido de la ley extranjera*” así como para “*dar acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial a los*

⁴⁸⁹CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 209.

⁴⁹⁰ Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (DOCE L 174/25 de 27.6.2001); Decisión nº 568/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 que modifica la Decisión 2001/470/CE del Consejo por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (DOUE L 568/35 de 30.6.2009).

*cónyuges que quieran designar por voluntad propia la ley aplicable a su separación judicial o divorcio”*⁴⁹¹. De esta manera se pretenden dos objetivos: en primer lugar, perfeccionar la cooperación judicial entre Estados miembros. Y en segundo lugar mejorar, el acceso efectivo a la justicia de las personas confrontadas a los litigios con una incidencia transfronteriza, gracias a la información comunicada y actualizada por los puntos de contacto designados por los Estados miembros, los cuales se comprometen a mantener contacto entre ellos y a celebrar reuniones periódicas⁴⁹². Es por ello que dichos compromisos resultan indispensables para el buen funcionamiento de la Red que mantendrá actualizado un sistema de información destinado tanto al público en general como a los especialistas⁴⁹³.

54. Conviene detenerse en el impacto o las consecuencias que pueda tener el hecho de que el R. 1259/2010 haya sido aprobado por medio de cooperación reforzada en tanto que los Estados miembros integrantes del Reglamento *Roma III* no son los mismos en número con respecto a la Red Judicial Europea. Al respecto, hay que decir que Dinamarca, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, no participa en la adopción de la Decisión 2001/470/CE como tampoco en la Decisión 568/2009/CE, y que en cambio el Reino Unido e Irlanda, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, sí que participan tanto en la Decisión 2001/470/CE como en la Decisión 568/2009/CE en tanto que han comunicado su deseo expreso de participar en la adopción y aplicación de dicha Decisión⁴⁹⁴. Con ello se quiere poner de

⁴⁹¹ Considerando (14) y (17) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁴⁹² ESCALADA LÓPEZ, M. L. (2014). “Los instrumentos de cooperación judicial europea: Hacia una futura fiscalía europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 18(47), p. 103.

⁴⁹³ Considerando (9), (13) y (14) DOCE L 174/25 de 27.6.2001.

⁴⁹⁴ Con respecto a la Dinamarca *vid.* Considerando (19) DOUE L 568/35 de 30.6.2001.; Considerando (21) DOUE L 568/35 de 30.6.2009.

relieve que la no inclusión de Dinamarca así como la participación del Reino Unido e Irlanda en la Red Judicial Europea no genera ningún conflicto con respecto a la vinculación de la Red con el R. 1259/2010, puesto que todos los Estados miembros participantes del Reglamento *Roma III* forman parte de la Red Judicial Europea.

El R. 1259/2010 considera conveniente que con anterioridad a que los cónyuges designen la ley aplicable, deben poder tener acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial⁴⁹⁵. De ahí que se busque soporte en la Red Judicial Europea. Sin embargo, y aunque en la teoría resulta una ayuda bien pensada en un mundo tan global como el nuestro, en la práctica es un punto de apoyo que no resulta válido al cien por cien⁴⁹⁶.

Si uno de los objetivos de la Red Judicial Europea es presentar una legislación completa y actualizada de los Estados miembros de la Unión en distintas materias, en lo referente a la ley aplicable a la separación judicial o al divorcio a día de hoy, la última actualización aparece fechada en un intervalo de entre el año 2013y el año 2014⁴⁹⁷. En una mirada preliminar parece que la Red Judicial Europea sí cumple con la exigencia de *actualidad* de la que presume. Sin embargo, hay que decir, que la actualización cojea en dos frentes: en primer lugar, en su *efectiva actualización*, en tanto que

Con respecto a Reino Unido e Irlanda *vid.* Considerando (18) DOUE L 568/35 de 30.6.2001; Considerando (20) DOUE L 568/35 de 30.6.2009.

⁴⁹⁵ Considerando (17) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁴⁹⁶ Por lo menos en lo que a la determinación de ley aplicable en crisis matrimoniales se refiere. El estudio que la Red Judicial Europea tiene de otras materias no es objeto de esta tesis, por lo que se desconoce si su alcance presenta o no imperfecciones de aplicación.

⁴⁹⁷ Véase un ejemplo en el siguiente enlace web: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es.do

La legislación española, en concreto, aparece actualizada con fecha de agosto de 2014. *Vid* https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-es.do?member=1.

la actualización inmediatamente anterior contaba del año 2007⁴⁹⁸. Ello supone que desde la Red Judicial Europea se ha tardado entre seis y siete años en actualizar la legislación en esta materia. Parece difícil afirmar que la efectiva adaptación de la legislación vigente en cada uno de los Estados miembros sea una de las virtudes de la Red Judicial Europea. No obstante, se podría decir que como a día de hoy sí aparece actualizado en el intervalo de 2013 y 2014 bien podría tratarse de un defecto ya subsanado.

Sin embargo, aparece, en segundo lugar, otra deficiencia y no precisamente de escasa entidad: se han detectado *errores en derecho material* en la legislación de Portugal, Lituania y Grecia⁴⁹⁹. En estos tres Estados miembros aparecen como leyes aplicables a las separaciones y divorcios sus regulaciones inmediatamente anteriores. El error no es insignificante: todos ellos son Estados miembros participantes del R.

⁴⁹⁸ Véase un ejemplo en el siguiente enlace web: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_ec_es.htm

⁴⁹⁹ Concretamente, y siempre hablando de la legislación aplicable a situaciones de crisis matrimoniales (separaciones judiciales y divorcios).

Portugal fue uno de los Estados miembros impulsores del R. 1259/2010. La Decisión del Consejo por la que se autoriza la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial es del 12 de julio de 2010 (DOUE 2010/405 UE), mientras que en la Red Judicial Europea aparece como actualizada el 17.07.2014 en la que aparece la legislación anterior al R. 1259/2010. Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015): https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-pt-es.do?clang=pt.

La Decisión de la Comisión por la que se confirma la participación de Lituania en el R. 1259/2010 (DOUE 2012/714/UE) es del 21.11.2012, mientras que en el Portal Europeo de e-justicia (Red Judicial Europea en materia civil y mercantil) no sólo aparece como aplicable a las separaciones y divorcios la legislación inmediatamente anterior sino que además pone que la información está actualizada el 25.02.2014. Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015): https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-es.do?member=1.

La Decisión de la Comisión por la que se confirma la participación de Grecia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial data del 27 de enero de 2014 (DOUE 2014/39/UE) y en el Portal Europeo de e-justicia aparece erróneamente actualizado con fecha 9 de abril de 2014. Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015): https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-el-es.do?clang=el.

1259/2010 y aunque aparece como actualizado en 2014, el contenido de la legislación no concuerda con la que en realidad está vigente.

3. Ámbito de aplicación temporal

55. El Reglamento *Roma III* es plenamente aplicable desde el 21 de junio de 2012, aunque entró en vigor “*el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea*”, es decir, el 30 de diciembre de 2010⁵⁰⁰.

56. Se trata de un Reglamento irretroactivo, por tanto no deberá aplicarse a procesos iniciados antes del 21 de junio de 2012, salvo para lo relativo a la información que las autoridades de los Estados participantes tenían que facilitar a la Comisión a más tardar el 21 de septiembre de 2011, según lo dispuesto en el art. 17 R. 1259/2010 que incluye los requisitos formales que deben cumplir los convenios de elección de ley aplicable así como la posibilidad de designar la ley aplicable de acuerdo a lo establecido en el art. 5 R. 1259/2010⁵⁰¹.

Como se ha adelantado, el Reglamento *Roma III* permite a los cónyuges la elección de la ley aplicable a su divorcio o separación judicial, resulta lógico destacar que los acuerdos de elección de ley aplicable celebrados de acuerdo con la legislación del Estado miembro participante del órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto la demanda antes de 21 de junio de 2012, seguirán sujetos a la ley aplicable a tales acuerdos con arreglo a las normas de conflicto de dicho Estado miembro

⁵⁰⁰ Art. 21 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵⁰¹ Vid. ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all’europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 253; GRUBER, P. (2012). “Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung”. *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 384; DEVERS, A., & FARGE, M. (2012). “Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”. *Semaine Juridique*, (26), p. 1280; CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). “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*, 15(39), p. 566.

participante que estaban en vigor antes del 21 de junio de 2012⁵⁰². No obstante, en el art. 18.1 R párrafo 2º del R. 1259/2010 se contempla un régimen de aplicabilidad transitoria en relación a los acuerdos de elección de ley aplicable realizados por los cónyuges antes del 21 de junio de 2012⁵⁰³. En este sentido, se desprende de la norma que resulta aplicable el Reglamento *Roma III* (siempre que se cumplan los requisitos y garantías del Reglamento) si los determinados acuerdos han tenido lugar después de la fecha de su entrada en vigor⁵⁰⁴. Es decir, el R. 1259/2010 prevé la aplicación retroactiva de sus normas sólo a los acuerdos de elección de ley anteriores al 21 de junio de 2012, pero sólo si la demanda presentada fuese posterior a la mencionada fecha⁵⁰⁵.

57. A sabiendas de que el R. 1259/2010 por haber sido aprobado por el mecanismo cooperación reforzada está abierto a la participación posterior de todos aquellos Estados miembros que aún no participen, la aplicación temporal de todos aquellos Estados miembros que en un futuro puedan llegar a ser Estados miembros participantes del Reglamento *Roma III*, el R. 1259/2010 es aplicable desde la fecha indicada en la Decisión

⁵⁰² Art. 18.2 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵⁰³ Para el caso de Lituania, se estará a lo dispuesto en las disposiciones transitorias del art.3 de la Decisión de la Comisión 2012/714/UE (DOUE L 323/18 de 22.11.2012) “*se dará también efecto, en lo que respecta a Lituania, a todo convenio relativo a la elección de la ley aplicable celebrado antes del 22 de mayo de 2014, siempre que cumpla lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Reglamento (UE) nº 1259/2010.*”; En el caso de Grecia, se estará a lo establecido en el art. 3 de la Decisión de la Comisión 2014/39/UE (DOUE L 23/41 de 28.1.2014) “*se dará también efecto, en lo que respecta a Grecia, a todo convenio relativo a la elección de la ley aplicable celebrado antes del 29 de julio de 2015, siempre que cumpla lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Reglamento (UE) nº 1259/2010.*”.

⁵⁰⁴ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: El nuevo reglamento (UE) Nº 1259/2010”. *Revista General de Derecho Europeo*, (24), p. 16.

⁵⁰⁵ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 46.

correspondiente que les autorice a participar en la cooperación reforzada (conforme al art. 331.1 TFUE, tal como indica el art. 21 R. 1259/2010)⁵⁰⁶.

4. Ámbito de aplicación personal

58. Resulta difícil concretar el ámbito de aplicación personal, porque, como ya se ha visto, el R. 1259/2010 no es sólo aplicable a cónyuges que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro participante o a esposos que tengan su residencia habitual en un Estado miembro participante⁵⁰⁷. En este sentido, y como ya se ha visto en puntos precedentes, se puede decir que resulta irrelevante la nacionalidad, la residencia habitual o cualquier particularidad de los cónyuges en su ámbito personal o profesional⁵⁰⁸.

59. El Reglamento es aplicable a toda situación internacional que implique un conflicto de leyes al divorcio y a la separación judicial pero sólo se aplica por las autoridades competentes de los Estados miembros participantes del propio Reglamento *Roma III*⁵⁰⁹. Lo cual quiere decir que el R.1256/2010 puede aplicarse incluso a sujetos cuya residencia habitual se establezca en Estados miembros no participantes del Reglamento *Roma III* o incluso en Estados no miembros de la UE y a sujetos cuya nacionalidad que ostentan sea la de un Estado miembro no participante en el Reglamento *Roma III* o la de un Estado miembro.

En definitiva, se podría decir que el ámbito personal del R. 1259/2010 se concreta en la circunstancia de internacionalidad o extranjería que debe

⁵⁰⁶ GRUBER, P. (2012). "Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 384; FRANZINA, P. (2011). "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 93.

⁵⁰⁷ LOPES PEGNA, O. (2010). "La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: Profili problematici". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), p. 133.

⁵⁰⁸ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 209.

⁵⁰⁹ BARUFFI, M. C. (2011). "La legge applicabile ai divorzi europei". *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), p. 395.

existir en la separación o divorcio⁵¹⁰. Dicho de otro modo, las cuestiones entorno a las que quedará fijado el carácter internacional vendrá determinado por el momento en que dicha internacionalidad debe producirse y por la vinculación con el territorio de la Unión⁵¹¹.

60. En la primera de las cuestiones (internacionalidad de la situación en litigio), el R. 1259/2010 sólo se extiende en el caso de que el factor de extranjería se de en el momento de decidir sobre el divorcio. Por tanto, el R. *Roma III* podría llegar a ser aplicable en supuestos en los que se hubiese escogido una ley aplicable al divorcio (de acuerdo al art. 5 R. 1259/2010) siendo los cónyuges nacionales del mismo Estado e incluso residentes en él. A modo de ejemplo, para que sea más fácil su entendimiento, un matrimonio entre varón y mujer ambos de nacionalidad inglesa celebrado en Londres. Podrían haber escogido para su hipotética separación o divorcio la ley inglesa (de acuerdo a lo establecido en el art. 5 R. 1259/2010). Esa elección será válida siempre y cuando los esposos hubiesen trasladado su residencia habitual, por ejemplo, a Madrid y presenten su demanda de separación judicial o divorcio ante tribunales españoles. En este caso, estaríamos ante un supuesto en el que el carácter internacional se da en el momento de la presentación de la demanda, siendo válido el pacto de elección de ley (aún sin haber concurrido en el momento de la elección el momento de internacionalidad), en tanto que de acuerdo a lo establecido en el art. 5 R. 1259/2010 dicha elección es válida porque ésta “*puede realizarse en cualquier momento*”, inclusive si los dos esposos tenían la nacionalidad en Inglaterra y residían de manera

⁵¹⁰ ABARCA JUNCO, P. (2013). “Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III”. En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 55.

⁵¹¹ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 51.

habitual allí. Cosa distinta sería se pretendiera la internacionalización de la situación en litigio por la sola elección de una ley extranjera, esta situación no quedaría incluida en el ámbito de aplicación del R. 1259/2010⁵¹².

61. En la segunda de las cuestiones relativo a la vinculación con el territorio de la Unión el R. 1259/2010 es única y exclusivamente aplicable por las autoridades de los Estados miembros participantes en el Reglamento *Roma III*⁵¹³.

⁵¹² Se remite al lector al punto de *ratione materiae* del R. 1259/2010 en el que se exponen las condiciones de las situaciones que quedan incluidas en el ámbito de aplicación.

⁵¹³ HAMMJE, P. (2011). "Le nouveau règlement (UE) n° 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". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 307.

III. INTERPRETACIÓN DEL R.1259/2010

1. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes que según el art. 3.2 R. 1259/2010 son “*todas las autoridades de los Estados miembros participantes con competencia en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento*” deberán cumplir y respetar los derechos fundamentales y los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵¹⁴. Concretamente en el artículo 21 de la Carta, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual⁵¹⁵.

1. Definiciones

2. A modo de ayuda para que no existan discrepancias en el momento de entender determinados conceptos del Reglamento *Roma III*, el legislador europeo dispuso dos definiciones como auxilio de interpretación a todos los Estados miembros participantes.

3. En primer lugar, el concepto de *Estado miembro participante*, que incluye por un lado, los dieciséis Estados miembros que actualmente participan de la cooperación reforzada en el ámbito de ley aplicable al divorcio y separación judicial y por otro lado, incluye a todos aquellos Estados que en un futuro y en virtud de una Decisión del Consejo vayan a participar de dicha cooperación reforzada⁵¹⁶. El legislador consideró

⁵¹⁴ DOCE, C 364/1, de 18.12.2000.

⁵¹⁵ Considerando (30) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵¹⁶ Art. 3.1 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) “*Estado miembro participante es el Estado que participa en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en virtud de la Decisión 2010/405/UE o en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el artículo 331.1 párrafo segundo y tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”.

relevante especificar qué se entendía por “Estado miembro participante” porque según su art. 21, el Reglamento *Roma III* “es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro participante del mismo”. De ahí la importancia de delimitar quién queda obligado según el Reglamento *Roma III*.

4. Y en segundo lugar, el concepto de *órgano jurisdiccional* que define como “todas las autoridades de los Estados miembros participantes con competencia en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”⁵¹⁷.

5. El art. 3 R. 1259/2010 es el único artículo que el Reglamento *Roma III* dedica a la interpretación de manera tan directa, definiendo de forma expresa. Sin embargo, en el preámbulo al Reglamento existen numerosos momentos en los que el legislador explica cómo debe entenderse el articulado del Reglamento y su contexto⁵¹⁸.

6. Por tanto, ante problemas de interpretación, para que la pauta interpretativa se muestre de una manera armónica y no contradictoria, habrá que tener en cuenta no sólo las definiciones que ofrece el propio legislador en el R. 1259/2010 sino que además habrá que remitirse a lo que se establezca en el Reglamento *Bruselas II bis*⁵¹⁹. De acuerdo al principio de coherencia de las normas de DIPr de la UE, los ámbitos de aplicación, conceptos, instituciones, mecanismos jurídicos y modos de aplicación del Reglamento 1259/2010 deben ser coherentes con los utilizados en los

⁵¹⁷ Art. 3.2 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵¹⁸ Por ejemplo, en relación al ámbito de aplicación material (que se establece en su art. 1) el legislador europeo expresa que “el ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con el Reglamento (CE) nº 2201/2003”. Así como que, de manera general, establece que “el presente Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo”. Considerando (10) R 1259/2010 (DOUE L 343/10 de 29.12.2010).

⁵¹⁹ Tal como es de ver en el Considerando (10) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) que establece que “el ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) nº 2201/2003 (...)”.

demás instrumentos legales del Derecho de la UE, y en particular, con los utilizados en el R. 2201/2003. En este sentido, se busca crear “*una base jurídica ordenada, sistemática, coherente e interrelacionada integrada por todos los instrumentos legales de DIPr elaborados por la UE, potenciando de esta manera la seguridad jurídica, la claridad normativa y la sencillez de aplicación de las normas de DIPr de la UE*”⁵²⁰.

Por analogía la lógica estima que los criterios de interpretación utilizados por el TJUE en otros reglamentos podrían ser trasladables a su vez en el R. 1259/2010⁵²¹. Sin embargo, teniendo en cuenta la falta de articulación en el ámbito de aplicación entre el R. *Bruselas II bis* con el R. *Roma III* resulta difícil encontrar una interpretación armónica de ambos instrumentos internacionales. De todos modos, en caso de problemas de interpretación siempre se podrá acudir a lo dispuesto por el TJUE como institución judicial de la Unión en cargado de velar por la aplicación e interpretación uniforme del derecho de la Unión⁵²².

⁵²⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 199.

⁵²¹ Para consultar criterios de interpretación que ofrece el TJUE en el Reglamento *Roma I*, Vid. CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Granada: Comares, pp. 588-589.

⁵²² ESPALIÚ BERDUD, C. (2010). “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, p. 105.

IV. DETERMINACIÓN DE LEY APLICABLE

1. En el Reglamento *Roma III* se ha querido dar a la autonomía de la voluntad un papel reforzado⁵²³. Esta autonomía, consecuencia del derecho fundamental a la libertad y unida de manera inexorable a determinados aspectos que imperan en el mundo global en el que vivimos, como la búsqueda de la igualdad jurídica entre cónyuges, el *favor divortii* o el libre desarrollo de la personalidad, alcanza diversos aspectos de las relaciones familiares, entre los que se encuentra el fin o la relajación de las relaciones maritales⁵²⁴. De esta manera en el R. 1259/2010 se ofrece, en primer lugar, la posibilidad de que sean los propios implicados en el litigio de la crisis matrimonial, es decir, los cónyuges, los encargados de escoger la ley aplicable a la separación judicial o al divorcio de entre un limitado abanico de leyes determinadas por unos concretos puntos de conexión⁵²⁵. De este modo, aprobado el pacto conyugal, y de acuerdo al artículo 5 del R.1259/2010, los cónyuges podrán consensuar libre e indistintamente si en su divorcio o separación judicial se aplica la legislación de su residencia habitual o de su última residencia habitual, la ley de la nacionalidad de alguno de los dos cónyuges o bien la ley del foro.

2. Sin embargo, y aunque la autonomía de la voluntad se presenta como una novedad en este aspecto, el legislador ha establecido una conexión objetiva ante la posibilidad de que los cónyuges no lleguen a ponerse de acuerdo en cuanto a la posible legislación que vaya a regular su

⁵²³ AÑOVEROS TERRADAS, B. (2013). “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia”. En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 120.

⁵²⁴ ROCA TRIAS, E. (2014). *Libertad y familia* (1ª ed.). Valencia, Tirant lo Blanch, p. 79.

⁵²⁵ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 312.

separación judicial o divorcio. Así que, ante la eventualidad de que un matrimonio no llegue a un pacto de elección de ley, el legislador europeo también prevé como segunda opción a la autonomía de la voluntad de las partes, distintas posibilidades de ley aplicable a la crisis matrimonial. El artículo 8 del Reglamento *Roma III* determina la ley aplicable a falta de elección por las partes⁵²⁶. En este caso, la ley que resulte aplicable conforme a los puntos mencionados regirá la separación judicial o divorcio, sin que ello afecte al ámbito patrimonial o de guardas y custodias de los hijos que pudiera tener el matrimonio⁵²⁷.

1. Determinación subjetiva de la ley aplicable: el papel de la autonomía de la voluntad

3. El R. 1259/2010 unifica, entre los Estados miembros participantes, las normas de conflicto en materia de separación judicial y divorcio y devuelve el protagonismo a los cónyuges por medio de la inclusión de la autonomía de la voluntad ampliando el margen de libertad personal de los cónyuges para que éstos puedan establecer la ley aplicable al procedimiento de disolución o relajación del vínculo matrimonial⁵²⁸. De esta manera el primer criterio que se establece en el Reglamento *Roma III* para determinar la ley aplicable a la separación judicial o el divorcio está fundamentado en la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, en que las partes implicadas puedan escoger la ley aplicable a la relajación o disolución de su vínculo matrimonial. Dicha posibilidad de elegir la ley aplicable a la separación judicial o divorcio (*electio iuris*) es sin duda el

⁵²⁶ VIARENGO, I. (2011). "Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 619; BARUFFI, M. C. (2011). "La legge applicabile ai divorzi europei". *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), p. 404.

⁵²⁷ *Vid.* Materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III*.

⁵²⁸ DIAGO DIAGO, M. P. (2014). "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual". *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 62.

aspecto más novedoso que presenta el Reglamento 1259/2010⁵²⁹). Este mayor protagonismo que se les concede a los cónyuges se presenta como la forma en la que el legislador europeo pretende aliviar el proceso de crisis matrimoniales⁵³⁰. Se muestra de esta manera una autonomía de la voluntad no como un poder absoluto de los cónyuges sino delimitado y controlado por el propio legislador en aras de la búsqueda del obligatorio y necesario equilibrio que debe existir entre libertad individual e intervención del interés público⁵³¹.

La introducción de la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones familiares supone una “verdadera revolución en el DIPr”⁵³². Ello contribuye a cumplir con la libre circulación de ciudadanos de la UE además de resultar muy útil en casos de divorcio de mutuo acuerdo⁵³³.

⁵²⁹ FRANZINA, P. (2011). “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 114.

⁵³⁰ FRANZINA, P. (2011). “L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”. *Rivista di diritto internazionale*, (2), p. 488.

⁵³¹ VIARENGO, I. (2012). “The role of party autonomy in cross-border divorces”. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 30(4), p. 555.

⁵³² QUEIROLO, I., & CARPANETO, L. (2012). “Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento “Roma III””. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 48(1), p. 59.

⁵³³ Considerando (15) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) “aumentar la movilidad de los ciudadanos requiere (...) más flexibilidad (...) y mayor seguridad jurídica. Para contribuir a este objetivo, el presente Reglamento debe reforzar la autonomía de las partes (...) dejándoles cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o separación”.

Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Documento COM – Comisión de las Comunidades Europeas- (2006), 399 final, Bruselas, 17 julio 2006. p. 4.; Libro Verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio. Sec (2005) 331. COM (2005) 82 final, Bruselas, 14.3.2005. p. 7.

A. RÉGIMEN JURÍDICO

4. El R. 1259/2010 propone una serie de opciones entre las que los cónyuges podrán elegir la ley aplicable a su separación judicial o divorcio. Éstas se establecen en el art. 5.1 del Reglamento *Roma III* de la siguiente manera:

“1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

a) La ley del estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio

b) La ley del estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio

c) La ley del estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio

d) La ley del foro”

5. Del articulado del texto se deduce que, aunque el papel de la autonomía de la voluntad se presenta como protagonista principal, la facultad de elección no es absoluta ni indeterminada. Ésta se limita a las leyes de Estados que presenten un ligamen estrecho con los cónyuges. Dicho de otro modo, éstos podrán elegir la ley aplicable a su posible disolución o relajación del vínculo matrimonial siempre y cuando sea una de las leyes designadas por el art. 5 del R. 1259/2010⁵³⁴.

Las diferentes alternativas que ofrece el legislador europeo responden a la idea de localizar la ley aplicable más próxima a los cónyuges (principio de proximidad). Se busca salvaguardar y promover los intereses de los sujetos implicados. El objetivo primordial es el beneficio que pueda proporcionar a los cónyuges la elección de ley aplicable, no a los Estados ni

⁵³⁴ LOPES PEGNA, O. (2010). “La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: Profili problematici”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), p. 134.

a sus órganos jurisdiccionales⁵³⁵. La posibilidad de elección de ley aplicable, es una previsión que realiza el legislador europeo que sirve para introducir un cierto grado de flexibilidad en la normativa⁵³⁶. Se diferencia de las regulaciones internas de la mayoría de los Estados miembros de la UE ya que les ofrece a los cónyuges la posibilidad de escoger, aunque sea de forma restringida, la ley aplicable que regulará la posible relajación o extinción de su vínculo matrimonial⁵³⁷.

El legislador ha querido limitar la posibilidad de elección de ley aplicable a leyes que presentaran una conexión razonable con una situación matrimonial y evitar de este modo la elección de “leyes exóticas” poco o nada vinculadas a los cónyuges⁵³⁸. Dicha apreciación a “leyes

⁵³⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 69.

⁵³⁶ 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 judicial, COM (2010) 105 final Bruselas, 24.3.2010, 2010/0067 (CNS), p. 7, art. 3.

⁵³⁷ Vid. Fuente (última fecha de consulta: 17.7.2015): https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es.do

⁵³⁸ COM (2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 4: “La Propuesta introduce unas normas de conflicto de leyes armonizadas en materia de divorcio y separación judicial para permitir que los cónyuges puedan predecir fácilmente qué ley que se aplicará a su proceso matrimonial. La norma propuesta se basa en primer lugar en la elección de los cónyuges. Esta elección está circunscrita a las leyes con las que el matrimonio presenta una estrecha vinculación para evitar la aplicación de leyes “exóticas” poco o nada vinculadas a los cónyuges. A falta de elección, la ley aplicable se determina sobre la base de una escala de factores de vinculación que garantice que el proceso matrimonial se regirá por un ordenamiento jurídico con el que el matrimonio tenga una estrecha vinculación. Aumentará así considerablemente la seguridad jurídica y la predictibilidad para los cónyuges afectados, así como para los profesionales de la justicia”; Vid. COM (2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 10: “La elección está limitada a las leyes con las que los cónyuges tienen una estrecha vinculación en virtud de su última residencia habitual común si uno de ellos aún conserva esa residencia, la nacionalidad de uno de los cónyuges, la ley del Estado de su residencia habitual previa o la ley del foro”.

exóticas” que hizo el legislador en las propuestas del Reglamento *Roma III* se fundamentaba sobre la idea de que debe “*protegerse a los cónyuges de los peligros y deficiencias de su elección imprudente*”⁵³⁹. Sin embargo, dicha valoración no tuvo mucho fundamento, en primer lugar, porque raro sería encontrarse con una situación de crisis matrimonial en la que los cónyuges se sometieran a leyes desconocidas, puesto que previsiblemente saldrían perjudicados. Y en segundo lugar, porque siempre se puede evitar la aplicación de leyes exóticas si ello perjudica el orden público internacional del país cuyos tribunales conocen del asunto⁵⁴⁰.

6. Si a los cónyuges se les brinda la oportunidad de escoger la ley que vaya a ser de aplicación a su propia separación judicial o divorcio de entre cuatro leyes concretas, resulta previsible que su elección se oriente o se decante por aquella legislación que les vaya a proporcionar no sólo un divorcio o separación más rápido sino el menos costoso y traumático⁵⁴¹. De este modo, y tal como se subraya en el Considerando (15) R. 1259/2010, el Reglamento *Roma III* refuerza la autonomía de la voluntad de las partes y les deja “*cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o*

Igualmente, COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, pp. 7-8: “*Dejar a las partes una opción ilimitada podría dar cabida a la aplicación de una legislación "exótica" con la que las partes tengan escasa o nula vinculación. Por tanto, parecería preferible restringir la elección a determinadas legislaciones con las que los cónyuges estén estrechamente vinculados (por ejemplo, la nacionalidad de uno o ambos cónyuges, la última residencia habitual común o la "lex fori")*. Una posibilidad sería restringir la elección a la legislación del Estado del foro (“*lex fori*”), para asegurar que no se obligue a los órganos jurisdiccionales a aplicar una legislación extranjera”.

⁵³⁹ DIAGO DIAGO, M. P. (2014). “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 73.

⁵⁴⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p.56.

⁵⁴¹ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 311.

separación”. Por tanto, se trata de que los cónyuges puedan escoger la ley estatal que más les favorezca porque la autonomía de la voluntad garantiza que “*la situación privada internacional quedará regulada por la ley cuya aplicación al supuesto generará los costes conflictuales menores globales para los sujetos implicados*”⁵⁴². Sin embargo, parte de la doctrina, lamenta que entre las posibilidades que otorga el Reglamento no se encuentre la opción de escoger la ley de celebración del matrimonio, ya que habría supuesto un alivio para los matrimonios del mismo sexo⁵⁴³.

7. Debe apreciarse que, pese a que las opciones dadas por el legislador aparecen listadas, éstas no vienen numeradas, lo cual no es una banalidad: significa que los cónyuges podrán elegir libremente cualquiera de las leyes que el legislador le propone. Es decir, los puntos de conexión del art. 5 R. 1259/2010 son alternativos, no están jerarquizados. Por lo tanto, los cónyuges no necesariamente deberán escoger la ley que determine su separación o divorcio en el orden en el que aparecen en el art. 5 R. 1259/2010. En este sentido, la autonomía conflictual que se les confiere a los cónyuges se configura alrededor de cuatro posibles conexiones de las que ninguna de ellas goza de una situación de privilegio frente al resto, con lo que todas ellas se encuentran en condiciones de igualdad.

B. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA ELECCIÓN

8. El legislador europeo, como medida de cautela, ha previsto en el Reglamento *Roma III* que el acuerdo de elección de ley aplicable a la separación judicial y divorcio deba reunir una serie de requisitos tanto de fondo como de forma. Dichos requisitos responden al propósito de tener la

⁵⁴² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *Conflicto de leyes y teoría económica*. Madrid, p. 178.

⁵⁴³ SOTO MOYA, M. (2013). “La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo. Paper presented at the *El Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI)*, 20-22 de Octubre, Córdoba. p. 604; DIAGO DIAGO, M. P. (2014). “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 69.

seguridad de que las partes son conscientes de las consecuencias de su elección. De esta manera el legislador europeo busca proteger a la parte más débil⁵⁴⁴.

9. Para que la elección de ley aplicable a la separación y divorcio realizada por los cónyuges resulte válida, no sólo debe ajustarse a los requisitos materiales recogidos en los art. 5 y 6 R. 1259/2010 sino que además debe realizarse bajo una forma determinada según lo dispuesto en el art. 7 R. 1259/2010. Por tanto, de no concurrir los mencionados requisitos, el acuerdo de los cónyuges será nulo de pleno derecho y no surtirá efectos jurídicos⁵⁴⁵.

(a) De fondo

(1) Elección realizada únicamente por los cónyuges en litigio

10. La ley debe ser elegida por los cónyuges independientemente de la nacionalidad que ostenten o el país en el que residan. De esta manera, la determinación de ley aplicable debe ser propuesta por los cónyuges y sólo por los cónyuges. Se desprende del art. 5 R. 1259/2010 que “*los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (...)*” así como de numerosos considerandos que se refieren a los “*cónyuges*” como principales protagonistas del pacto de elección de ley⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ BARUFFI, M. C. (2011). “La legge applicabile ai divorzi europei”. *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), p. 403; VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “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*, (24), p.20.

⁵⁴⁵ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada p. 232.

⁵⁴⁶ Considerandos (14), (16), (17), (18) y (19) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010). ALVAREZ de TOLEDO considera que aunque en ocasiones en el articulado del Reglamento no se habla de “*cónyuges*” sino de “*partes*” se trata de una variación léxica que no tiene relevancia jurídica puesto que simplemente se acepta “*cónyuges*” como dimensión sustantiva y “*partes*” como dimensión procesal de una misma subjetividad.

11. La elección de ley no podrá darse por terceras personas, como podría ser el caso de los progenitores o familiares. Sin embargo, nada se contempla entorno a situaciones en las que una de las partes resulte ser incapaz (ya sea de manera total o de forma parcial). ¿Se podría entonces admitir la posibilidad de que uno o ambos cónyuges, si fuese el caso, pudiesen facultar a una tercera persona para que determinara la ley aplicable? Es decir, ¿podría el representante legal del incapaz o el tutor intervenir para escoger la ley aplicable a la crisis matrimonial de su representado o tutelado? En la actualidad (en España) se comparte el criterio de que las acciones de judiciales de separación o de divorcio pueden ser ejercitadas por el tutor o por el representante legal en nombre del cónyuge incapaz⁵⁴⁷. Sin embargo, la cuestión en la que nos detenemos ahora no es en la parte procesal de la crisis matrimonial, sino en la posibilidad de elección de ley por un tercero que pueda suponer que el pacto resulta estar constituido de manera válida. En este línea, en el articulado del Reglamento *Roma III* no se excluye de forma explícita la posibilidad de mandato, es decir, nada se dice con respecto a que los cónyuges puedan otorgar un poder a un tercero para la elección de ley aplicable (abogado, representante legal...etc.). No obstante, sí que es cierto que en los diversos considerandos del R.1259/2010 así como en los requisitos formales se alude únicamente a los cónyuges como beneficiarios de una información exhaustiva sobre las posibles consecuencias que

ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 376.

⁵⁴⁷ STS, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2011 nº 625/2011, rec. 1491/2008 (que resuelve el recurso interpuesto contra SAP Álava de 5 de junio de 2008.) Acuerda la Audiencia estimar el recurso interpuesto por los tutores contra la sentencia que rechazó la posibilidad del divorcio, instada en nombre del incapaz. Señala la Sala que hay resoluciones totalmente contrapuestas respecto a si la acción de separación matrimonial puede o no ejercitarse por el tutor en nombre de la persona declarada incapaz por sentencia judicial. Considera que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurren los requisitos exigidos por el legislador, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad, no sería lógico que el esposo pueda obtener el divorcio en cualquier momento concurriendo las causas objetivas establecidas en el Código Civil, y en cambio, no puedan solicitarlo la esposa a través de sus tutores.

puedan derivarse de la elección de una ley o de otra⁵⁴⁸. Se podría concluir, por tanto, que existe una exigencia implícita de que la elección de ley no puede ser delegada en terceras personas. Sin embargo surge una duda en el caso de que uno de los cónyuges válidamente casado deviniera incapaz y en consecuencia no tuviera esa capacidad necesaria para establecer un pacto de ley: ¿hasta dónde alcanza la legitimación del tutor o del representante legal? Y es que una cosa es estar legitimado para ejercitar la acción de separación o divorcio y otra que esa legitimación del tutor o del representante legal se extienda a la validez del pacto de ley que expresamente estipula que debe ser realizado únicamente por los cónyuges. En este caso el problema radica en que, la realización de un *pactum de lege utenda* válido es una cuestión que afecta a la capacidad del cónyuge (y que por tanto como tal capacidad se trata de un tema expresamente excluido del ámbito de aplicación del R. 1259/2010⁵⁴⁹).

12. Un primer problema que se presenta ante esta situación es que la posibilidad de que el tutor de un incapacitado casado pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene muy pocos precedentes en los ordenamientos jurídicos europeos. A ello hay que añadir que, aunque en todos ellos existe un sistema de protección de discapacitados e incapaces, la forma en que se regulan las instituciones de protección (como la tutela) se configuran de la manera más variada. Y, un segundo problema aparece en tanto que el divorcio y la separación judicial no tiene una regulación uniforme en los diferentes ordenamientos⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ En concreto el Considerando (19) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) establece que *“Por lo que respecta a la validez formal, es conveniente introducir salvaguardias para garantizar que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias de su elección. Como mínimo, el convenio respecto a la elección de la ley aplicable debe formularse por escrito y estar fechado y firmado por ambas partes”*. Así como en el art. 7 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) que establece que *“el acuerdo debe estar firmado por ambos cónyuges”*.

⁵⁴⁹ *Vid.* Apartado de “materias excluidas del ámbito de aplicación” de la presente tesis.

⁵⁵⁰ En Francia no se admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (Code Civil français, art.249.4); en cambio, sí admite la

13. Surge la necesidad de dar respuesta a si se considera que el pacto de elección de ley es un acto personalísimo que no permite que sea prestado por otra persona y que por tanto no puede ser suplantada la voluntad del incapaz⁵⁵¹. O si bien negar la legitimación del tutor o del representante legal en el pacto de elección de ley puede suponer una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses⁵⁵². Se trata de un asunto del que debería pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea además de que convendría que estuviere

acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (Code Civil français, art.249). El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia, previo el informe del médico. Asimismo, se establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta la demanda, está sometido a tutela (Code Civil français art.249.1).

En Alemania, se establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de Derecho civil debe actuar como parte, de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tutelas (Familienverfahrgesetz §§ 8.1, 9 y 125).

En Italia no se prevé esta posibilidad.

En España la Ley de divorcio de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción al decir que por los incapacitados podría pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia (art.40). Aunque no había ninguna especificación para el divorcio, se exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos si existían menores, ausentes o incapaces (art.48).

⁵⁵¹ Como sería el caso, en España, del consentimiento que otorgan los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio.

⁵⁵² En el caso de España máxime si se tiene en cuenta el art. 49 de la CE en cuanto al tratamiento de los incapaces que establece que *“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*; y el art. 32.1 de la CE en cuanto a la igualdad de los esposos en el matrimonio el cual establece que *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*.

en el orden del día de la primera revisión del Reglamento previsto, para antes del 31 de diciembre de 2015⁵⁵³.

(2) *Elección final de una sola ley material*

14. La elección deberá ser a una sola ley material⁵⁵⁴. Con esta apreciación se quiere aclarar que no se permite la elección de diversas leyes⁵⁵⁵. Resulta lógico que la determinación de ley aplicable a la separación judicial o divorcio sea a una sola ley en concreto. La elección de diversidad de leyes, carecería de sentido si lo que se busca es “*garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad*”⁵⁵⁶. Dicho de otro modo, resulta inviable la posibilidad de que en un mismo pacto de elección de ley se establezca más de una ley aplicable a una separación o divorcio determinado, ya que de resultar así se lesionaría gravemente el principio de seguridad jurídica⁵⁵⁷. Resultaría inválida, por ejemplo, una cláusula en la que se estableciera la posibilidad de que los cónyuges pudiesen sustentar su demanda de

⁵⁵³ Art. 20 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) establece como cláusula de revisión que “1. A más tardar el 31 de diciembre de 2015, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del presente Reglamento. En caso necesario el informe irá acompañado de propuestas de adaptación del presente Reglamento (...)”.

⁵⁵⁴ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p.57.

⁵⁵⁵ Así se desprende del art. 5 R. 1259/2010 “(...) los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable (...) siempre que sea una de las siguientes leyes (...)” así como del Considerando (14 *in primis*) “para que los cónyuges puedan designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos (...)”.

⁵⁵⁶ Considerando (9) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵⁵⁷ BIAGIONI, G. (2011). “Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. - Capo II. - Norme uniformi sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. - art. 5. - Scelta della legge applicabile alle parti”. *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 34(6), p. 1478.

separación o divorcio en cualquier causa prevista tanto por la ley italiana como por la ley polaca. Asimismo no sería válido un acuerdo en el que se pactara la posibilidad de aplicación conjunta de leyes: una en lo referente al tiempo que debe pasar desde el matrimonio hasta que se puede solicitar el divorcio (por ejemplo los tres meses previstos por la ley española) junto con la aplicación de otra ley en cuanto a la posibilidad de admisión a trámite sólo en caso de divorcio de mútuo acuerdo.

15. Sin embargo, también es cierto que el R. 1259/2010 nada dice entorno a la eventualidad de que los cónyuges puedan acordar designar de una manera sucesiva o escalonada diversas posibilidades de leyes aplicables a su separación o divorcio en caso de que la primera opción resulte inaplicable. Es decir, se nos presenta una primera duda entorno a esta condición de “una única ley material”, esto es, ¿se podría pactar una sucesión en cadena de diversas leyes en el caso de que la primera opción no pudiera aplicarse, por ejemplo, por ser incompatible con la ley del foro o por resultar que la ley escogida no reconoce el divorcio? Es una condición *sine qua non* que esa articulación de diferentes opciones de ley aplicable a una separación o divorcio deberá hacerse de tal modo que conduzca a la aplicación final de una única ley estatal. Es decir, las diversas opciones propuestas deberán haber sido establecidas por los cónyuges de tal manera que no haya lugar a dudas de cuál es la ley que de manera definitiva debe ser la aplicable al caso concreto, y es que la exigencia de la elección radica en que ésta recaiga finalmente y sin titubeos sobre una sola y única ley estatal⁵⁵⁸. Por tanto, se puede afirmar que sí podría darse por válido un acuerdo en el que los cónyuges encadenan las distintas opciones de ley aplicable a su separación o divorcio, por ejemplo estableciendo en su acuerdo de ley diversas opciones encadenadas por medio de la expresión “o en su defecto” reflejando así de manera muy clara y sin que exista posibilidad de lagunas qué ley es la que se considera como primera opción y qué posición ocupan el resto de opciones previstas. En el caso en el que el juez, por falta de claridad en el pacto de elección de ley, se vea en

⁵⁵⁸ Tal como se establece en el art. 5 *in primis* R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010): “1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes (...)”.

la tesitura de tener que escoger cuál de las distintas leyes debe ser la que finalmente se aplique, deberá aplicarse sin vacilar el art. 8 del R. 1259/2010, descartándose de esta manera la posibilidad de elección de ley ofrecida a los cónyuges del art. 5 R. 1259/2010⁵⁵⁹. Por tanto, se podría concluir que no se permite la elección cumulativa de leyes porque atendería contra la seguridad jurídica que persigue el R. 1259/2010, pero sí se admite la elección escalonada de ley siempre y cuando en el momento en el que deba hacerse efectiva dicha elección no quepa lugar a dudas de cuál debe aplicarse.

16. Visto que cabría la posibilidad de que se pudiera establecer un *pactum de lege utenda* con diversas opciones de ley siempre y cuando finalmente fuese una sola de ellas la aplicable al caso concreto, surge una segunda duda o cuestión a resolver: Al igual que se puede realizar una designación jerarquizada o escalonada ¿se puede hacer una designación condicionada? Es decir, ¿se podría dar por válido el pacto de elección de ley que designe leyes aplicables distintas en función, por ejemplo, de qué cónyuge es el que solicita la separación o el divorcio? Dicho de otro modo, ¿se podría acordar una cláusula en la que se acuerde que en el caso de que sea el marido el que solicite la separación o el divorcio fuese la ley italiana la aplicable a la crisis matrimonial mientras que en el caso de que fuese la esposa la que instara la demanda de separación o divorcio fuera la ley irlandesa la aplicable al caso? ¿Atentaría esta situación contra alguno de los objetivos previstos por el Reglamento *Roma III* de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad? En este caso habría que decir que aunque por regla general, dotar de más de una posibilidad de ley aplicable a un caso concreto añade incertidumbre al resultado y, por ende, lo torna menos previsible, también es cierto que en este caso concreto, se supone que las opciones barajadas cumplen con los requisitos de validez del pacto y que las soluciones que se presentan previsibles finalmente aunque sean dos (siguiendo con el ejemplo, o la italiana o la irlandesa) a la hora de tener que aplicar sólo será válida una de ellas. Con lo cual, la incertidumbre que planea antes de la interposición de la demanda de separación o divorcio se

⁵⁵⁹ ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 395.

concreta convirtiéndose de esta forma el resultado en previsible en el momento de interponer la demanda. Por tanto, en este sentido, no cabe decir que atenta contra el objetivo de previsibilidad que persigue el R. 1259/2010 porque en el momento de tener que aplicar, sólo una ley resulta válida. Sin embargo, se trata de una situación en la que se podría deducir un posible encubrimiento del tan temido *forum shopping* ya que al determinarse la ley a aplicar a la separación o divorcio de manera condicionada podría propiciar la carrera a los tribunales de ambos cónyuges⁵⁶⁰. Ahora bien, esta objeción que se puede tener a primer golpe de vista, al tratarse de una opción fundamentada en el principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges (a sabiendas de que en principio ha cumplido con un requisitos determinados para que sea válido) se supone, por tanto, que es un riesgo voluntariamente asumido por los consortes y que resulte ser aplicable una ley (la italiana) u otra (la irlandesa) en modo alguno dejará de ser previsible el resultado para los cónyuges, porque estará basado en su propia elección.

17. Una tercera cuestión que surge alrededor de la condición de elección de una sola ley material gira entorno al momento de vigencia de las leyes escogidas. Es decir, ¿sería válido el pacto de ley entre cónyuges que establecen que resultará de aplicación la ley vigente en el momento de la elección de ley independientemente de que su efectiva aplicación se realice en un futuro? Por ejemplo, ¿se podría pactar que fuese la ley alemana vigente en 2012 – momento en el que se realiza válidamente el *pactum de lege utenda*- la aplicable a una separación o divorcio aunque el inicio de la acción judicial de separación o divorcio comenzara en 2015? Frente a esta cuestión, está claro que aunque en un momento determinado los cónyuges hayan pactado válidamente una ley aplicable a su separación o divorcio, la distancia temporal que separa el *pactum de lege utenda* con el momento de la relajación o de la ruptura del vínculo matrimonial no debe implicar que dicha elección deba presentarse como un obstáculo. Es decir, el hecho de que los cónyuges puedan preferir como aplicables normas jurídicas de un Estado, no quiere decir que puedan elegir las normas jurídicas de un Estado que estén vigentes en un momento

⁵⁶⁰ Considerando (9) R. 1259.2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

concreto, es decir, no pueden “congelar” el contenido de la ley estatal elegida en un momento concreto, sino que deciden decantarse por la ley de un Estado que se aplicará en el proceso judicial de separación o divorcio⁵⁶¹. Con esto se quiere decir que lo importante no radica en el momento en el que se realiza dicha elección de ley, es decir, no se escoge la ley de un Estado vigente en un momento concreto sino que la elección se realiza a un ordenamiento jurídico completo. Resulta por tanto indiferente que la ley escogida haya sufrido modificaciones desde el momento en el que los cónyuges optaron por ella. Llegado el momento de tener que aplicar la ley seleccionada por los cónyuges, resultará de aplicación la que en ese momento se mantenga vigente. Lo contrario sería admitir la autonomía de la voluntad material en ese momento y convertir esta materia en disponible

18. Una última apreciación a la elección de una sola ley material versa sobre a la posibilidad de que el ordenamiento escogido pueda contener a su vez normas de conflicto. Al respecto el R. 1259/2010 establece que la elección de ley aplicable se realizará por los cónyuges en favor de una única ley material sin tener en cuenta las posibles normas de conflicto que pueda contener dicho ordenamiento jurídico. De este modo se evita el problema del reenvío, tal como aparece en el art. 11 del R. 1259/2010⁵⁶². En este sentido, no es posible el reenvío que invoque la ley de otro ordenamiento⁵⁶³. Se entiende, por tanto, que la elección de ley es a una ley determinada independientemente de que en ella se incluyan a su vez normas de conflicto que remitan la situación a otro ordenamiento jurídico.

⁵⁶¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 223.

⁵⁶² CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 296.

⁵⁶³ ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all’europa. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 258.

(3) *Momento de la elección*

19. La elección de la ley aplicable puede hacerse en cualquier momento siempre y cuando se concrete antes de la interposición de la demanda de separación judicial o divorcio⁵⁶⁴. Por el contrario, no sería válido un pacto de elección de ley adoptado aontes de haberse celebrado el matrimonio, ya que el R. 1259/2010 establece claramente que la elección de ley debe ser realizada únicamente por los cónyuges. De esta forma se excluye la posibilidad de *pactum de lege utenda* entre futuros esposos. Por tanto, en cuanto al momento de elección de ley, el art. 5 R. 1259/2010 se muestra flexible, puesto que permite la modificación antes de la celebración del matrimonio (como sería en el caso de incluir los pactos reguladores del régimen económico matrimonial) o después del matrimonio, durante la vida matrimonial (para adaptar la elección de ley aplicable a las circunstancias del momento si de esta manera se cree oportuno o incluso surgida la crisis matrimonial⁵⁶⁵).

En definitiva, la elección de ley aplicable a la separación o divorcio es mutable siempre y cuando el cambio de ley se produzca antes de la presentación de la demanda⁵⁶⁶. Una vez iniciada la demanda, ya no cabe posibilidad de elección en ese sentido, excepto, si de esta manera lo permite la ley del foro⁵⁶⁷. En definitiva, la elección de la ley aplicable en

⁵⁶⁴ Considerando (20) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) “*Es conveniente que el convenio de designación de la ley aplicable pueda celebrarse y modificarse a más tardar en la fecha en la que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional, o incluso durante el procedimiento si así lo prevé la ley del foro. En tal caso, debe bastar con que dicha designación sea registrada por el órgano jurisdiccional de conformidad con la ley del foro*”.

⁵⁶⁵ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). “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*, 15(39), p. 572.

⁵⁶⁶ BARUFFI, M. C. (2011). “La legge applicabile ai divorzi europei”. *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), p. 403.

⁵⁶⁷ Art. 5.3 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) “*si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano*

todo caso debe realizarse *ex ante* y no *ex post* de la interposición de la demanda de separación judicial o divorcio salvo que sí lo permita la *lex fori*. A este respecto, la cuestión que surge es: ¿Existe algún ordenamiento de Estado miembro participante en el R. 1259/2010 que permita la modificación de ley incluso iniciada la demanda? De ser así ¿tiene sentido que, en el marco de un Reglamento aprobado por el mecanismo de cooperación reforzada se acepten diferencias en relación a los requisitos de validez del *pactum de lege utenda*? Pues bien, pocos son los Estados que hayan especificado hasta qué momento procesal se permite la modificación de elección de ley una vez iniciado el procedimiento judicial de separación o divorcio, entre ellos se encuentran Bélgica, Alemania, Hungría, Austria y Rumanía⁵⁶⁸. Sin embargo, aunque únicamente cinco de

jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro".

⁵⁶⁸ En Bélgica, en cuanto a los requisitos para la designación de ley aplicable, el Código belga de Derecho Internacional Privado (Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur belge du 27 juillet 2004) establece en su art. 55, 2º apartado, párrafo 3º que "*ce choix doit être exprimé lors de la première comparution*" esto es que "*la elección deberá hacerse en la primera comparecencia*". Fuente (Fecha última de consulta 28.6.2015): Atlas Judicial Europeo en materia civil de la Comisión Europea; Comunicación de Bélgica a la Comisión Europea. Fuente: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_communicationshtml_be_es.htm.

En Alemania, la legislación alemana [artículo 46(d) (2) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [BGB] establece que los cónyuges podrán elegir la ley aplicable con arreglo al artículo 5, apartado 3, del Reglamento (EU) nº 1259/2010, "*zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug vornehmen*" es decir, "*hasta el momento en que concluya la vista en primera instancia*". Fuente (Fecha última de consulta 28.6.2015): Atlas Judicial Europeo en materia civil de la Comisión Europea, Comunicación de Alemania a la Comisión Europea. Fuente: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_communicationshtml_de_es.htm.

En Hungría se establece que "*A házastársak legkésőbb a bíróság által az elsőfokú tárgyaláson kitűzött határidőig jelölhetik ki az alkalmazandó jogot*" esto es, "*los cónyuges podrán determinar la ley aplicable en el plazo fijado por el órgano jurisdiccional a más tardar, en la primera vista*". Fuente (Fecha última de consulta 28.6.2015): Atlas Judicial Europeo en materia civil de la Comisión Europea, Comunicación de Hungría a la Comisión

los dieciséis Estados miembros participantes (por el momento) han incluido una particularidad en cuanto a las exigencias para la validez formal del pacto de elección de ley⁵⁶⁹. Se trata de una cuestión de carácter procesal

Europea:http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_communicationshtml_hu_es.htm.

En Austria, la legislación austríaca en su § 11(3) IPRG (Absatz 3 IPR-Gesetz) establece que *“können die Parteien das anzuwendende Recht gemäß Artikel 5(3) der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 auch noch vor Gericht wählen”*, es decir que *“los cónyuges podrán elegir la ley aplicable con arreglo al art. 5, apartado 3, del Reglamento (UE) nº 1259/2010, incluso en el transcurso del procedimiento judicial, pero la elección deberá hacerse de manera explícita y no tácita”*. Fuente (Fecha última de consulta 28.6.2015): Atlas Judicial Europeo en materia civil de la Comisión Europea, Comunicación de Austria a la Comisión Europea:
http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_communicationshtml_at_de.htm?countrySession=15&.

En Rumanía, bajo la ley rumana *“soții pot desemna legea aplicabilă divorțului și după ce instanța a fost sesizată, dar nu mai târziu de data primei ședințe de judecată la care soții au fost citați legal”* es decir que *“los cónyuges podrán determinar la ley aplicable al divorcio después de interponer la demanda ante el órgano jurisdiccional, pero sólo hasta la fecha de celebración de la primera vista a la que hayan sido citados”*. Fuente (Fecha última de consulta 28.6.2015): Atlas Judicial Europeo en materia civil de la Comisión Europea, Comunicación de Rumania a la Comisión Europea:
http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_communicationshtml_ro_ro.htm?countrySession=27&.

⁵⁶⁹ Para los catorce primeros Estados miembros participantes en el R. *Roma III* (Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Eslovenia) dispuso el art. 17 del R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) que *“1. a más tardar el 21 de septiembre de 2011 los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión (...) sus disposiciones nacionales relativas a: a) los requisitos formales que sean de aplicación a los convenios sobre elección de la ley aplicable en virtud del art. 7, apartados 2, 3, y 4 y b) la posibilidad de designar la ley aplicable de conformidad con el art. 5, apartado 3.”*; De la misma manera fijó el art. 2 de la Decisión de la Comisión (2012/714/UE) el plazo otorgado a Lituania (Décimoquinto Estado miembro participante en el R. 1259/2010) para antes del 22 de agosto de 2013, para facilitar información tanto para los requisitos formales como para la posibilidad de designar ley aplicable; A su vez, Grecia, Decimosexto Estado miembro participante del Reglamento *Roma III* (de acuerdo a lo establecido en el art. 2 de la Decisión de la Comisión (2014/39/UE) tuvo hasta el 29 de octubre de 2014 para facilitar dicha información.

(muy ligada al procedimiento) propio de cada Estado miembro. Por ello, pese a que el objetivo primordial es la unión de criterios a nivel internacional, se ha permitido la posibilidad de incluir en los requisitos de validez un punto diferencial entre los diferentes Estados miembros participantes en el R. 1259/2010⁵⁷⁰. De lo contrario hubiese supuesto una rigidez innecesaria⁵⁷¹.

(4) *Elección de ley civil*

20. La elección debe ser a la ley de *un Estado*⁵⁷². Esto implica que no será posible elegir como reguladora de la separación o divorcio una norma de tipo religioso, como sería la *Sharia* o bien el Derecho canónico. Ésta apreciación, no está de más y resulta consecuente con el hecho de que el Reglamento *Roma III* sólo regula la determinación de ley aplicable a la separación y divorcio de procedimientos civiles⁵⁷³. De no ser así, se incurriría en una incoherencia entre el ámbito de aplicación material del R. 1259/2010 en relación a su vez con el R. 2201/2003, en el que se dispone que es aplicable a “*los procedimientos civiles relativos al divorcio, separación legal y nulidad de matrimonio*” lo cual indica que claramente están excluidos aquellos procedimientos de carácter religioso.

Ante la eventualidad de que en un futuro de adhiriesen más Estados miembros al Reglamento 1259/2010, la Comisión sería la encargada de fijar en su Decisión por la que se confirmase la participación de un nuevo Estado miembro en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, el plazo máximo en el que el nuevo Estado miembro participante debería facilitar la información relativa tanto a los requisitos formales como a la posibilidad de designar la ley aplicable de conformidad con el art. 5.3 R. 1259/2010.

⁵⁷⁰ Considerando (2) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵⁷¹ *Vid.* Anexo II de la presente tesis.

⁵⁷² CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). p. 229, Granada; HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 315.

⁵⁷³ Art. 2, art. 3.2 y Considerando (10) y (13) R. 1259/2010 (L 343/10 de 9.12.2010).

(5) *Pacto de elección válido*

21. Para que la elección de la ley de un Estado que determine la regulación a la separación o divorcio sea válida debe acreditarse que los cónyuges han manifestado su voluntad de que dicha ley sea la que efectivamente quieren que regule en un futuro la disolución o relajación de su vínculo matrimonial. En este sentido, establece el art. 6.1 R. 1259/2010 de manera farragosa que la presencia de un acuerdo de voluntades entre los cónyuges tanto para la elección de ley aplicable, así como para la cuestión de saber si el consentimiento es válido o bien presenta algún vicio que lo invalide son cuestiones que quedan reguladas por la ley presuntamente escogida por los cónyuges⁵⁷⁴.

En el caso de que un cónyuge quiera indicar que no dio su consentimiento, es decir, en el caso de que uno de los cónyuges quiera impugnar el convenio, podrá acogerse a la ley del país en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional, tal como estipula el art. 6.2 R. 1259/2010, “*si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1*”⁵⁷⁵. En este sentido, se podría decir que en este punto se introduce un margen de discrecionalidad que posibilita al juez entrar a valorar la validez del consentimiento dado para la elección de ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, lo cual conlleva una posible incertidumbre en la solución escogida de inicio. Por dicha razón esta norma deberá aplicarse de modo restrictivo, con el fin de evitar que pueda verse comprometido el principio inspirador del Reglamento *Roma III* consistente en la previsibilidad del derecho aplicable⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 229.

⁵⁷⁵ Art. 6.2 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵⁷⁶ BARUFFI, M. C. (2011). “La legge applicabile ai divorzi europei”. *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), p. 404.

(b) De forma

22. Por lo que respecta a la validez formal, el legislador introduce ciertas salvaguardias para garantizar que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias de su elección⁵⁷⁷. De este modo establece el legislador en el art. 7.1 R. 1259/2010 una disposición de requisitos mínimos, a cumplir para que el pacto sea formalmente válido, que se impondrían en todos los casos en que fuera de aplicación el Reglamento *Roma III*. Además, y como punto discordante, se prevé en el art. 7.2 R. 1259/2010 la posibilidad de aplicación de requisitos adicionales en distintos casos.

(1) Requisitos mínimos

23. La elección debe realizarse por escrito. De esta manera, la determinación de ley aplicable se materializa en lo que el legislador europeo llama un “*convenio de elección de ley aplicable*”⁵⁷⁸. El legislador europeo, consciente del mundo global en el que se vive y a tal efecto, ha estimado oportuno, en cuanto al soporte material en el que debe quedar plasmada la elección de ley aplicable, admitir la posibilidad de realizar la elección de ley aplicable al divorcio o separación no sólo por escrito en soporte papel sino “*por medios electrónicos*” siempre y cuando éstos proporcionen un registro duradero del convenio⁵⁷⁹. Ha quedado claro pues, que la exigencia de éste requisito pasa porque quede constancia del acuerdo por escrito (ya sea en papel o en formato electrónico), sin embargo nada dice con respecto a si el carácter que debe revestir el documento tiene que ser público o privado, por tanto se puede deducir que ambas opciones son aceptadas⁵⁸⁰. En este sentido, la elección de ley

⁵⁷⁷ Considerando (19) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵⁷⁸ Arts. 5.2 “(...) *el convenio por el que se designe la ley aplicable (...)*” y 6.1 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) “*la existencia y la validez de un convenio de elección de la ley aplicable y de sus cláusulas (...)*”.

⁵⁷⁹ Art. 7.1 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁵⁸⁰ A menos que, como se verá a continuación, se exijan requisitos adicionales que así lo especifiquen.

aplicable conste en documento público o en documento privado no debería restar garantía efectiva a su cumplimiento⁵⁸¹.

24. En el art. 7.1 R. 1259/2010 el legislador puntualiza que la elección de ley aplicable además de tener que quedar por escrito, debe incluirse por un lado la fecha del acuerdo y por otro lado la firma de ambos cónyuges. Resulta interesante remarcar que tanto la fecha como la firma deben aparecer en el mismo acuerdo y no en documentos anexos⁵⁸².

Si se tiene en cuenta la semejanza que realiza el legislador europeo de los medios electrónicos a la forma escrita en papel, se deduce que la exigencia de firma se traduce en la obligatoriedad de firma electrónica por ambos esposos⁵⁸³.

25. De todos modos, lo que queda claro es que para la validez de la elección, no cabe la elección tácita. Es decir, debe constar de modo claro y expreso la voluntad de ambos cónyuges de someterse a una determinada ley⁵⁸⁴. Por tanto, en ningún caso el tribunal podría declarar aplicable una ley argumentando que ésta sería la que hubieran escogido los esposos si éstos se hubiesen planteado la cuestión.

⁵⁸¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 232.

⁵⁸² QUEIROLO, I., & CARPANETO, L. (2012). "Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento "Roma III"". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 48(1), p. 77.

⁵⁸³ Para conocer una configuración válida de firma electrónica, *Vid.* Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE L 13/12 de 19.1.2000).

⁵⁸⁴ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "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*, 15(39), p. 574.

(2) *Posibles requisitos adicionales*

26. El legislador europeo ha dispuesto la posibilidad de que los Estados miembros participantes puedan establecer requisitos de forma suplementaria⁵⁸⁵. En este sentido, el Reglamento 1259/2010 prevé que para que la elección de pacto de ley sea válida y pueda oponerse frente a terceros, ésta deberá cumplir, en la fecha de celebración del convenio, con los requisitos formales del derecho del Estado miembro participante de la residencia habitual común de ambos esposos. Es decir, para que un pacto sea válido tiene que cumplir, en primer lugar con los tres requisitos mínimos: debe ser escrito (no oral), fechado en el mismo documento en que se realiza la elección de ley (no en documento supletorio) y firmado por ambos cónyuges (ya sea de forma manual o en formato electrónico). Y en segundo lugar, deberá cumplir a su vez con requisitos adicionales, que son aquellos añadidos por imperativo de la ley de la residencia habitual de los cónyuges (siempre que coincida con ser un Estado miembro participante)⁵⁸⁶. En este caso habrá que tener en cuenta que, en primer lugar, en el caso de que los cónyuges residieran en Estados miembros participantes diferentes, basta con que cumplan con las observancias de una de las leyes de un Estado miembro participante (art. 7.3 R. 1259/2010). Mientras que, en segundo lugar, en caso de que sólo uno de los cónyuges residiera habitualmente en un Estado miembro participante serán de aplicación los requisitos adicionales previstos si de ese modo lo estableciera la legislación de ese Estado miembro participante (art. 7.4 R. 1259/2010).

⁵⁸⁵ GRUBER, P. (2012). "Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 387; ZANOBETTI, A. (2012). "Divorzio all'europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale". *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 256.

⁵⁸⁶ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). "La autonomía de la voluntad en el reglamento europeo sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial". *Diario La Ley*, (8271) 3, p. 9; HAMMJE, P. (2011). "Le nouveau règlement (UE) n° 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". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 323.

27. Por tanto, para que deban tenerse en cuenta posibles requisitos adicionales se podrían dar las siguientes situaciones privadas internacionales⁵⁸⁷:

1º) Que ambos cónyuges residieran habitualmente en un mismo Estado participante en el momento de celebración del pacto. De ser así, si la legislación interna de dicho Estado establece requisitos adicionales éstos serán de obligado cumplimiento para que la elección de ley pueda darse por válida. A modo de ejemplo, si el pacto de elección consta en un “contrato de matrimonio” o en unas “capitulaciones matrimoniales”, el mencionado pacto deberá cumplir con las exigencias formales adicionales de tales contratos o capitulaciones según la ley de residencia habitual de ambos cónyuges (art. 7.2 R. 1259/2010).

2º) Que cada uno de los cónyuges resida habitualmente en Estados miembros participantes diferentes con requisitos adicionales en ambos Estados miembros participantes en el momento de celebración del pacto. De ser así, podrían sucederse dos situaciones diversas: la primera, que ambos Estados miembros participantes estipularan los mismos requisitos adicionales, con lo que simplemente habría que cumplir dichos requisitos para que el pacto de elección fuese válido; y la segunda, que los Estados miembros participantes establecieran requisitos adicionales distintos, en cuyo caso bastará, conforme al art. 7.3 *in fine* R. 1259/2010, que los cónyuges cumplan “con los requisitos adicionales de una de las dos legislaciones”.

3º) Que tan sólo uno de los cónyuges resida de manera habitual en un Estado miembro participante que establece requisitos adicionales en el momento de celebración del pacto, en cuyo caso habrá que atenerse a lo dispuesto en el mencionado Derecho interno para que el pacto se pueda considerar válido.

⁵⁸⁷ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 56.

4º) Y por último, que ninguno de los cónyuges residiera de manera habitual en algún Estado miembro participante en el momento de la celebración del pacto de ley. En este caso entonces, aunque la legislación interna de dichos Estados exija requisitos formales adicionales para la realización de este tipo de acuerdos, no se considera imprescindible su cumplimiento a efectos de determinar la validez formal del convenio de elección, tan sólo deberían tenerse en cuenta los requisitos mínimos estipulados en el art. 7.1 R. 1259/2010 de pacto realizado por escrito, fechado y firmado por los dos cónyuges⁵⁸⁸.

28. Resulta importante remarcar que la conexión de “residencia habitual” se encuentra congelada en el tiempo, lo cual no sólo no es banal sino que se considera un acierto por parte del legislador, ya que de esta forma se impide la posibilidad de eventuales conflictos móviles⁵⁸⁹. Es decir, que resulta indiferente que los cónyuges puedan trasladarse de residencia habitual siempre que sea *post pactum*. Lo importante será cumplir con los requisitos adicionales del Estado miembro participante en el que tengan los cónyuges su residencia habitual en el momento de celebración del pacto para valorar que éste sea válido.

29. Aunque por el momento, el único Estado miembro participante que prevé la posibilidad de eventuales requisitos adicionales es Alemania (que obliga a que el acuerdo de elección conste en acta notarial)⁵⁹⁰. En esta

⁵⁸⁸ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: El nuevo reglamento (UE) Nº 1259/2010”. *Revista General De Derecho Europeo*, (24), p.22.

⁵⁸⁹ ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 485.

⁵⁹⁰ GRUBER, P. (2012). “Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung”. *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 387.

En Alemania, de acuerdo con el punto (d) del artículo 46 (1) EGBGB “(1) Eine Rechtswahlvereinbarung nach Artikel 5 der Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 ist notariell zu beurkunden” es decir, que el acuerdo de elección de ley aplicable (al que se refiere el art. 5 R. 1259/2010) y en virtud de lo establecido en el artículo 7 deberá constar en acta notarial. Fuente (última fecha de consulta 28.6.2015): Atlas Judicial Europeo en materia civil de la Comisión Europea, Comunicación de Alemania a la Comisión Europea:

línea se han contemplado las diversas situaciones privadas internacionales en las que se puede encontrar el juez para dar por válido un pacto de elección de ley ante la posibilidad de que futuros Estados miembros participantes puedan establecer requisitos adicionales para la validez del pacto de ley⁵⁹¹.

C. VALORACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL ACUERDO DE ELECCIÓN

30. Resulta indispensable que los cónyuges, antes de designar la ley aplicable a su personal crisis matrimonial, tengan pleno conocimiento de la legislación que vayan a escoger pero para ello es preciso a su vez que tengan acceso a información actualizada⁵⁹². En esta línea, el conjunto de

http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_communicationshtml_de_en.htm

⁵⁹¹ Bélgica, Hungría, Austria y Rumanía han Comunicado específicamente a la Comisión que para la validez del pacto de elección de ley entre los cónyuges no incluyen requisito adicional alguno. Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015): Atlas Judicial Europeo en materia civil de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/countryselection_es.htm?countrySession=1&colorTab=14&location=di_communicationshtml_es.htm&

Vid. Anexo II de la presente tesis.

⁵⁹² En esta línea el Consejo pone a su disposición como soporte a su elección la Red Judicial Europea con la intención de garantizar una información pertinente y de calidad (Considerando (17 *in fine*) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010)). La Red tiene dos misiones específicas: facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros en materias civil y mercantil y proporcionar el acceso a la justicia facilitando información sobre los instrumentos de cooperación judicial comunitarios e internacionales. En el caso de las separaciones y divorcios la elección informada es un principio fundamental del Reglamento 1259/2010. Por eso, se establece en esta línea, una *cautela adicional* que afecta a las autoridades competentes que instiga a los jueces de los Estados miembros participantes a que deben ser conscientes que resulta del todo indispensable que cada cónyuge conozca y sepa valorar cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable (Considerando (18) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010)) “*es importante que los jueces de los Estados miembros participantes sean conscientes de la importancia de que los cónyuges hagan una elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable*”. *Vid.* IV. apartado II.2.B. (a) de la presente tesis.

requisitos exigidos para la validez tanto material como formal del *pactum de lege utenda* está encaminado a garantizar que los cónyuges sean plenamente conscientes de la elección realizada y de este modo garantizar su seguridad jurídica y su mejor acceso a la justicia⁵⁹³.

31. Sin embargo, la forma en que se configura el pacto de elección de ley resulta en algunos aspectos un tanto imprecisa y en otros aspectos controvertida. De este modo, si se analizan con detenimiento los requisitos formales y materiales de validez del pacto de ley, inevitablemente surgen una serie de cuestiones que ponen en tela de juicio la eficacia de la propuesta del legislador en este aspecto.

(a) Lagunas sobre la validez del pacto

32. En el articulado del texto se vislumbra el momento en el que debe realizarse el pacto para que este sea válido. La única condición es que la elección se realice antes de que se inste el divorcio o la separación (art. 5.2) o como tarde, en el desarrollo del curso del procedimiento siempre que dicha posibilidad así se prevea en la ley del foro (art. 5.3). Pero, ¿encaja la posibilidad de modificación de elección del acuerdo de ley con el equilibrio que tiene que tener con respecto a la flexibilidad que se pretende junto con la seguridad jurídica que se busca? ¿Tiene alguna consecuencia la posible retroactividad del pacto modificativo? A lo que habría que añadir ¿cabe la posibilidad de renuncia al pacto de ley? Y de ser así, ¿tiene alguna consecuencia la renuncia a la designación de ley hecha con anterioridad?

33. Por un lado, según lo establecido en los apartados 2 y 3 del art. 5 R. 1259/2010 el hecho de que se deba realizar *“antes de que se inste el divorcio o la separación o como tarde, en el transcurso del procedimiento si de ese modo lo establece la ley del foro”*, fija unos límites temporales que

⁵⁹³ BIAGIONI, G. (2011). “Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. - Capo II. - Norme uniformi sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. - art. 6. - Consenso e validità sostanziale”. *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 34(6), p. 1484; Considerando (19) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

se tendrán que tener en cuenta tanto para el momento de celebración del pacto de elección de ley como en el caso de los cónyuges quisieran modificar o rectificar dicho pacto, por tanto no genera problema alguno siempre y cuando tanto la elección como la modificación se realice *ex ante*. Por otro lado, en el caso de la renuncia, como el precepto del Reglamento *Roma III* no prevé dicha posibilidad se deduce que de darse ésta deberá cumplir con los mismos requisitos que el pacto de elección, para garantizar de algún modo que la ley que finalmente sea de aplicación cumpla con las mismas pretensiones⁵⁹⁴. Son cuestiones que deberían considerarse en el orden del día de la primera revisión del Reglamento previsto para antes del 31 de diciembre de 2015⁵⁹⁵.

(b) En relación a la finalidad de garantizar la elección informada

34. La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del R.1259/2010. Resulta del todo indispensable que los esposos sepan qué consecuencias jurídicas y sociales puede llegar a tener la elección de ley aplicable⁵⁹⁶. El objetivo es claro: se busca proteger al cónyuge más débil para que en el momento de la elección de ley ambos cónyuges sean plenamente conscientes de los efectos que pueda llegar a tener dicha elección. Para ello, la UE pone a disposición del ciudadano la Red Judicial Europea, pero ¿qué garantías existen para demostrar que el

⁵⁹⁴ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: El nuevo reglamento (UE) Nº 1259/2010”. *Revista General de Derecho Europeo*, (24), p. 21.

⁵⁹⁵ Art. 20 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) establece como cláusula de revisión que “1. A más tardar el 31 de diciembre de 2015, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del presente Reglamento. En caso necesario el informe irá acompañado de propuestas de adaptación del presente Reglamento (...)”.

⁵⁹⁶ SILLERO CROVETTO, B. (2014). “Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III”. Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, p. 463.

contenido de la Red está efectivamente actualizado?⁵⁹⁷. Y aún así, ¿de qué medios se dispone para comprobar que el consentimiento a la elección de una ley determinada ha sido sopesado por ambos cónyuges? Es decir, ¿qué seguridad existe para comprobar que el consentimiento de pacto de ley sea dado a conciencia? ¿Debería obligarse a modo de garantía, que el pacto constara en documento público? ¿Correspondería – en España- al Ministerio Fiscal actuar de oficio como garante de seguridad jurídica de cara a los esposos?

35. Como garantía de una elección informada, a lo mejor sería prudente que, en el caso de España, el pacto de elección de ley se incorporara al contenido mínimo del convenio regulador establecido en el art. 90 del Código Civil. Sin embargo, esta posibilidad sólo incluiría divorcios de mutuo acuerdo, de modo que quedarían sin solución los contenciosos. La solución más adecuada en España sería la de ratificar el convenio regulador de manera individual ante el juez. Otra opción de garantía de que ambas partes han sido conscientes de su elección de ley podría materializarse o bien por medio de una certificación expedida por el Secretario judicial de haber informado fehacientemente a los cónyuges (documento público) o bien por documento notarial en el que se hiciera constar la transmisión de la información necesaria por parte del fedatario (documento privado)⁵⁹⁸. El hecho de que apareciera en documento público o privado no debería restar garantía de validez, sin embargo que apareciera en documento privado es una opción que se debería sopesar porque podría encarecer el proceso.

(c) En relación a los requisitos adicionales

36. Varias son las cuestiones que surgen al respecto, ¿qué sentido tiene aceptar la posibilidad de admitir requisitos adicionales para la validez del pacto? ¿Qué objetivo persigue la eventualidad de requisitos complementarios? El hecho de que el legislador europeo haya estipulado la

⁵⁹⁷ Vid. Capítulo IV, apartado II.2.B.(a) de la presente tesis (*La Red Judicial Europea: un instrumento de apoyo con deficiencias significativas*).

⁵⁹⁸ ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 491.

posibilidad de añadir requisitos adicionales para la validez del *pactum de lege utenda* lleva a pensar que desde las instituciones europeas se ha estimado oportuno por varios motivos. Pero ¿es un acierto haber incluido dicha posibilidad o sólo dificulta la labor judicial? El objetivo de tales requerimientos añadidos a los requisitos mínimos de validez del pacto de elección de ley pasa por tener la mira puesta en que con dichas exigencias se busca facilitar la prueba de la existencia de un acuerdo ante un tribunal. Del mismo modo, se quiere revestir de ciertas cautelas la elección de ley aplicable (puesto que ya se ha visto que la elección de ley tiene consecuencias muy relevantes para los esposos y éstos deben estar debidamente informados) e incluso impedir que la elección de la ley reguladora del divorcio o separación judicial sea fruto de una imposición de un esposo sobre el otro.

37. Sin embargo, esta suma de requisitos mínimos y adicionales no ha sido del todo bien acogida por parte de la doctrina, porque entorpece la exactitud de los requisitos concretos formales exigibles⁵⁹⁹. Si los requisitos formales pueden variar según el país de residencia habitual se deja de cumplir uno de los objetivos claves del R. 1259/2010 de “*crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación*”⁶⁰⁰. Es más, si la pretensión del legislador es la de dotar de seguridad jurídica procurando la unificación de normas de conflicto dentro de un ámbito ya de por sí diverso, como es el de la Europa de los 28, no parece que tenga ningún sentido abrir la posibilidad de establecer diferencias en los requisitos de validez del pacto de ley. En este sentido, que dichos requisitos puedan cambiar según el país de residencia habitual de los cónyuges no sólo demuestra la imposibilidad de acuerdo entre los

⁵⁹⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). “Règles uniformes sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.- Article 7: Formal validity”. En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law*. (39th ed.). Paris, pp. 561-565. LexisNexis; ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all’europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 256; FRANZINA, P. (2011). “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 115;

⁶⁰⁰ Considerando (9) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

Estados miembros participantes en lo que respecta a fijar requisitos formales uniformes y únicos al acuerdo de elección de ley sino que añade una dificultad ya que afecta seriamente a la uniformidad de normas de conflicto pretendida en la regulación del R. 1259/2010⁶⁰¹.

D. VENTAJAS DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

38. No ha sido fruto de la casualidad que el legislador haya querido introducir la conexión de la autonomía de la voluntad en la determinación de ley aplicable a las crisis matrimoniales en la UE. De hecho, la expansión que el Derecho Internacional Privado ha tenido en diversos ámbitos del Derecho de familia ha sido en parte gracias al papel primordial que el legislador europeo ha conferido a la autonomía de la voluntad⁶⁰². Éste mayor protagonismo que se le ha otorgado a la ampliación de la autonomía de la voluntad se alinea junto con diversos valores imperantes en la sociedad actual como pueden ser la igualdad jurídica entre los cónyuges o el libre desarrollo de la personalidad⁶⁰³.

La autonomía de la voluntad ha sido un factor que se ha querido incorporar como aquella facultad que se le concede a una persona para escoger tanto tribunal competente como derecho aplicable a una relación personal determinada⁶⁰⁴. Y, sin lugar a dudas en el ámbito de conflicto de

⁶⁰¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 232.

⁶⁰² DIAGO DIAGO, M. P. (2014). "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual". *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 50; JAYME, E. (2009). "Party autonomy in international family and succession law: New tendencies". *Yearbook of Private International Law*, 11, p. 2; VON OVERBECK, A. (1993). "L'extensión irrésistible de l'autonomie en droit international privé". En Bruylant (Ed.), *Nouveaux itinéraires en droit: Homenaje a François rigaux*. Bruselas, p. 620.

⁶⁰³ ROCA TRIAS, E. (2014). *Libertad y familia* (1ª ed.). Valencia, Tirant lo Blanch, p. 27.

⁶⁰⁴ AÑOVEROS TERRADAS, B. (2013). "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia". En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p.121.

leyes de las crisis matrimoniales a través del R. 1259/2010, la posibilidad que se les otorga a las partes en litigio de poder determinar la ley aplicable a su conflicto particular tiene una serie de ventajas constatadas, en tanto que, los beneficios que aporta la *optio iuris* que se les concede a través del R. 1259/2010 a los cónyuges son notorios⁶⁰⁵. Éstos se describen a continuación.

(a) Proporciona a los cónyuges seguridad jurídica

39. Forma parte de la realidad el hecho de que la inseguridad jurídica está íntimamente relacionada con aquellas relaciones privadas que presentan un elemento de internacionalidad. Es por esta razón que el Derecho Internacional Privado persigue con empeño corregir esta posible inseguridad jurídica reforzando el papel de la autonomía de la voluntad como técnica conflictual en el Derecho de familia⁶⁰⁶. Si, tal como aparece en el R. 1259/2010, frente a una crisis matrimonial se parte de la base de que el Derecho regulador del divorcio queda fijado con anterioridad a que éste se dé, no se deja margen a la relatividad de soluciones, lo que implica que aumenta la certeza de derecho aplicable y la previsibilidad de las soluciones⁶⁰⁷. En este sentido, se posibilita una mayor movilidad de los cónyuges por la UE, ya que, aunque ambos cónyuges cambien de residencia habitual, no se alterará la ley aplicable al divorcio en virtud de su propio acuerdo.

⁶⁰⁵ VIARENGO, I. (2011). "Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 615; CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 53.

⁶⁰⁶ Considerando (15) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁶⁰⁷ GRUBER, P. (2012). "Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 384; ZANOBETTI, A. (2012). "Divorzio all'europea. il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale". *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 257.

En un mundo tan cambiante con una altísima movilidad internacional, la elección por los cónyuges de la ley reguladora de su separación judicial o su divorcio proporciona estabilidad y certeza, gracias a lo cual se hace posible identificar de manera sencilla, invariable y sin artificios la ley aplicable al litigio concreto, con la consecuencia jurídica inmediata de dotar, no sólo al sistema sino también a las partes en litigio implicadas, de una mayor seguridad jurídica⁶⁰⁸. Esta previsibilidad del resultado amplía las ventajas que ofrece la autonomía de la voluntad en este aspecto.

40. La ley aplicable al divorcio tiene más importancia para los casos en que la ley estatal prevea el divorcio causal frente a la ley que no⁶⁰⁹. Sin embargo, no hay que perder de vista que dicha ventaja no tiene una aplicación uniforme en la totalidad del ámbito europeo en tanto que el R. 1259/2010 sólo es aplicable por los tribunales de Estados miembros participantes en el mismo. Ello no le permite al legislador europeo tener un grado de satisfacción completa, en tanto que se se trata de una medida que, aunque bien intencionada, no despliega sus efectos en todo el territorio de la UE⁶¹⁰. En este sentido, la seguridad jurídica pretendida se ve limitada en la medida en que la relación jurídica privada internacional en cuestión pueda tener tratamientos diversos en distintos Estados miembros (sean o no participantes en el R. 1259/2010).

⁶⁰⁸ DIAGO DIAGO, M. P. (2014). "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual". *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 73.

⁶⁰⁹ Por ejemplo, Italia frente a España, donde en el primero, el divorcio es causal. Frente al segundo, donde el mero hecho del paso del tiempo permite la posibilidad de instar el divorcio.

Para consultar qué países de la UE prevén el divorcio causal frente a los que no. *Vid.* Fuente (última fecha de consulta: 13.7.2015): https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-it-it.do

⁶¹⁰ VIARENGO, I. (2012). "The role of party autonomy in cross-border divorces". *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 30(4), p. 556.

(b) Simplifica la labor judicial

41. La autonomía de la voluntad en la resolución de conflictos matrimoniales constituye una conexión jurídica sencilla, en tanto que una vez elegida por los cónyuges la ley aplicable al divorcio o a la separación judicial, el juez sólo tiene que comprobar dos cosas: en primer lugar, que la ley existe y en segundo lugar, que es válida. Una vez probados éstos términos, el juez la aplicará sin más demora, con lo que no tendrá la obligación de realizar el llamado “*test de proximidad*” cuyo objetivo es determinar el país más estrechamente relacionado o vinculado con la separación o el divorcio⁶¹¹. De este modo, resulta evidente que si son las propias partes en litigio, (es decir, los cónyuges) las que válidamente le presentan al juez qué ley es la que debe aplicarse a su particular crisis matrimonial, los jueces ya no deberán invertir parte de su tiempo en establecer qué conexión resulta ser la más razonable para determinar la ley aplicable al caso. Es decir, el “*test de proximidad*” ya lo ha realizado el legislador limitando la posibilidad de elección.

42. No obstante, aunque la autonomía de la voluntad simplifica la labor judicial en materia de determinación de ley aplicable a una separación o divorcio, también debe valorarse en este sentido que dicha simplificación no sólo no se extiende a la totalidad de los tribunales de la UE sino que no abarca la totalidad de esferas de la relación jurídica que se ven salpicadas en una crisis matrimonial, lo cual obliga al juez a continuar teniendo un total dominio de la materia en cuanto a cómo se regula cada una de la infinidad de esferas jurídicas que se pueden derivar de una separación judicial o un divorcio⁶¹²: obligaciones de los cónyuges entre ellos o en relación a sus hijos tanto personales como patrimoniales.

⁶¹¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 53.

⁶¹² En particular en España, esferas como las medidas provisionales en cuanto a las cargas del matrimonio, al régimen de administración y uso de los bienes compartidos, a todas aquellas medidas relacionadas con los hijos como su guarda y custodia o el derecho de visita, a la posible compensación económica por desequilibrio patrimonial, etc. *Vease* LAUROBA, E. (2013). “La régulation du divorce en Espagne”. En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit*

(c) Es una solución flexible

43. Aunque la libertad de elección de ley aplicable a una crisis matrimonial sea limitada, la autonomía de la voluntad es una solución que no se presenta como rígida, ya que permite a los cónyuges la elección de la ley del país cuyo contenido material les resulte más conveniente de entre una lista de leyes estatales⁶¹³. En este sentido, la autonomía de la voluntad ofrece a una misma situación jurídica de separación o de divorcio de diversas posibles soluciones en cuanto a la determinación de ley aplicable a un litigio en concreto. De ahí que se entienda que la autonomía de la voluntad aparezca en el R. 1259/2010 como expresión de flexibilidad en tanto que las partes pueden elegir como aplicable a su crisis matrimonial una de las leyes que el legislador le propone. Dicho de otro modo, el legislador no fija de una manera estricta un único punto de conexión que lleve a la aplicación de una ley determinada a todos los casos de crisis matrimoniales que se le presenten, sino que ofrece la posibilidad de múltiples puntos de conexión a escoger por los propios cónyuges respondiendo de esta manera de una forma más beneficiosa a los intereses de las propias partes implicadas. En definitiva, la autonomía de la voluntad es una solución más flexible en tanto que posibilita variedad de resultados en cuanto a la determinación de ley aplicable a la crisis matrimonial.

européen du divorce. European divorce law (39th ed.). París, LexisNexis, pp. 85-111; DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de derecho civil: Vol. IV: Tomo I: Derecho de familia*. (Undécima ed.) Tecnos, pp. 76-90; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2010). "El derecho de familia desde una perspectiva europea". *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, (54), pp. 76-92; CALVO CARAVACA, A. L., & CASTELLANOS RUIZ, E. (2004). *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (1995). "Derecho de familia: El matrimonio". En GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS. *Derecho internacional privado español: Parte especial* (6ª revisada ed.). Madrid, pp. 289-328.

⁶¹³ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "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*, 15(39), p. 570.

Al ser una solución flexible se convierte ésta en útil y pragmática⁶¹⁴. En un mundo tan cambiante y con un grado tan elevado de multiculturalidad, la utilización de este punto de conexión, permite a aquellos inmigrantes que habitan o residen en un Estado miembro hacer aplicable a la solución de su crisis matrimonial la ley del país en el que se hallen integrados según el tipo de inmigración de que se trate, sin que necesariamente tengan que aplicar su propia ley nacional si no coincide con su identificación cultural⁶¹⁵.

Y además la flexibilidad pone de manifiesto una ventaja añadida y es que coloca a los distintos ordenamientos vinculados a la situación en pie de igualdad, lo que permite afirmar que la autonomía de la voluntad puede verse como un compromiso entre las diferentes tradiciones de Derecho Internacional Privado⁶¹⁶.

(d) Reduce costes conflictuales

44. Gracias a la conexión de la autonomía de la voluntad son los propios particulares los que disponen de una posición privilegiada para poder decidir qué ordenamiento les comportará menores costes

⁶¹⁴ AÑOVEROS TERRADAS, B. (2013). “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia”. En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, p.127.

⁶¹⁵ Esto es, a una “*inmigración breve*” se le sugerirá elegir su propia ley nacional común o la ley de su país de origen. En cambio en el caso de una “*inmigración larga o duradera*”, se aconseja a los cónyuges la elección de la ley del Estado miembro en el que ambos tienen su residencia habitual. *Vease* CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (1), p. 54.

⁶¹⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). “Règles uniformes sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.- article 5: Choice of applicable law by the parties”. En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris, LexisNexis, p. 546.

conflictuales⁶¹⁷. De no ser así, las partes en litigio no sabrían con certeza qué desembolso económico les supondría la resolución de su crisis matrimonial hasta determinar qué ley sería la que regulara su separación o divorcio.

No hay que perder de vista que, en aras a proteger un posible desequilibrio entre cónyuges, se impone el consentimiento informado como principio fundamental del sistema de la UE en el que se configura la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en tanto que el legislador estima que resulta del todo primordial que cada cónyuge a la hora de escoger ley aplicable sepa con exactitud qué consecuencias jurídicas tiene su elección, incluyendo el aspecto más patrimonial de la situación de crisis⁶¹⁸. Y para garantizar ese consentimiento informado resulta fundamental que se establezcan unos parámetros a nivel europeo, ya que de no ser así ¿cómo se garantiza la efectividad de la medida? En esta línea, la *optio iuris* no tiene porqué implicar que la elección de ley aplicable al divorcio o separación responda necesariamente al *principio de proximidad* en su sentido más espacial sino que tendrá en cuenta también el coste procesal que pueda derivarse del litigio⁶¹⁹.

45. Por el contrario, la posibilidad de elección de ley aplicable como punto de conexión permite aplicar al divorcio o separación la ley que

⁶¹⁷ DIAGO DIAGO, M. P. (2014). “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 73.

⁶¹⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). “Règles uniformes sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.- article 5: Choice of applicable law by the parties”. En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris, LexisNexis, p. 547.

⁶¹⁹ VIARENGO, I. (2011). “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 615.

comporte menos costes conflictuales, esto es, los que resulten más reducidos para los cónyuges que se quieren separar o divorciar⁶²⁰.

En este sentido, la lógica dice que los cónyuges buscarán la ley de un país que ya conozcan o con arreglo a la cual, ya se encuentren habituados a ajustar sus conductas. Por tanto, el papel que desempeña la autonomía de la voluntad de las partes cobra una importancia relevante en el ámbito del Derecho Internacional en tanto que protege al cónyuge al que se le quiera situar en un contexto de desventaja.

(e) Demuestra una elevada adaptación al carácter multicultural de nuestra sociedad

46. La consagración de la autonomía de la voluntad se convierte en la solución elegida por el legislador europeo como modo de satisfacer la imperiosa necesidad de dar respuesta a los cambios sociales generados por la conformación de una sociedad multicultural en continuo e incesante cambio⁶²¹. Cada vez se presenta como menos extraño el que las situaciones privadas muestren un carácter internacional. Por eso, gracias a la autonomía de la voluntad limitada que el R. 1259/2010 le confiere a las partes en litigio en una crisis matrimonial, se pone de manifiesto por varias razones que el legislador europeo es capaz de adaptarse, aunque sea a un ritmo más lento que el que impera en la sociedad, al carácter multicultural que a ésta le caracteriza. En primer lugar, porque permite la elección de ley en función del grado de adaptación de los cónyuges a un estilo de vida condicionado por la cultura del lugar donde residen de manera habitual. Dicho de otro modo, la posibilidad de elección de ley que ofrece el Reglamento *Roma III* no se reduce a un solo punto de conexión, sino que buscando el lógico equilibrio entre la libertad personal y el interés general

⁶²⁰ GAERTNER, V. (2006). "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*, 2, pp. 114-115.

⁶²¹ DIAGO DIAGO, M. P. (2014). "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual". *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 51.

(de ahí que la autonomía de la voluntad no sea ilimitada) se faculta a las partes a poder escoger en función de la buena o mala adaptación que éstos puedan tener con respecto a un lugar determinado⁶²². En este sentido, los cónyuges optarán por la ley de la residencia habitual cuando se sientan plenamente integrados en dicho país, es decir, cuando hayan “adoptado su cultura y estilo de vida” o bien se decantarán por la ley de su nacionalidad, cuando se sientan vinculados a sus tradiciones⁶²³. Se demuestra de esta forma el alto nivel de multiculturalidad en cuanto a que las partes no tienen porqué sentirse atados a elegir la ley de su país de acogida ni tampoco obligados a escoger la ley del país del que son nacionales, ya que el legislador no les exige ni seguir imperativamente vinculados a su país de origen ni escoger de modo categórico la ley de su residencia habitual⁶²⁴.

⁶²² Por ejemplo, dos cónyuges belgas que residen por razones laborales en Suecia preferirán que su divorcio se rija por Derecho belga, pero no necesariamente porque el derecho belga sea el mejor o porque estimen que el derecho belga es el derecho con el que pueden sacar más beneficios, sino porque para ellos, conocer e informarse sobre el derecho sueco comporta un coste mayor que conocer e informarse sobre el derecho belga (aunque el derecho extranjero pudiera ser más conveniente a sus intereses).

Diago Diago defiende que la autonomía de la voluntad debería ser total en tanto que estima que no existe “parte débil que proteger en la relación” en tanto que en las relaciones maritales existe una igualdad de base entre ambos esposos garantizada por las Constituciones, la Declaración de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; DIAGO DIAGO, M. P. (2014). “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), pp. 72-73.

⁶²³ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). “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*, 15(39), p. 571.

⁶²⁴ En concreto, en España dicha medida reviste un carácter constitucional. En este sentido, el artículo 10.1 de la CE potencia el libre desarrollo de la personalidad, la libre elección de la ley para solución de conflictos matrimoniales tiene un fundamento constitucional, ya que se trata de una conexión que permite que las personas elijan aquella ley con la que se sienten más cercanas (tanto psicológica como jurídicamente hablando), la misma ley con la que deseen vivir y encauzar sus preferencias vitales y familiares. *Vease* CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley

47. En segundo lugar, se demuestra la alta capacidad de adaptación del legislador europeo en tanto que la determinación de ley con base en la autonomía de la voluntad de las partes, se trata de una solución que se adecúa, dentro de los límites del orden público, a la múltiple variedad de derechos materiales que regulan a nivel interno las crisis matrimoniales. En este sentido, el hecho de que la elección de ley se lleve a cabo por los cónyuges (como parte directamente implicada en el litigio en cuestión) hace suponer que se determinará con más acierto a los intereses de éstos, aunque resulte escogida una ley extranjera a los tribunales que conocen del asunto. Por tanto, en el caso de resultar aplicable una ley foránea y que ésta lesionara la organización jurídica básica de una sociedad, operaría como a modo de excepción, la cláusula de orden público internacional para poder defender dicha estructura afectada por un divorcio o una separación concreta. Consecuentemente, dado el caso, se rechazaría la ley elegida por los cónyuges si con ello se dañara la coherencia jurídica de la sociedad del Estado miembro cuyos tribunales conocen el asunto⁶²⁵.

48. Y en tercer lugar, la autonomía de la voluntad resulta ser una opción no sólo ventajosa sino capaz de amoldarse a los continuos cambios que la sociedad multicultural impone en tanto que permite superar la enraizada pugna entre los principios de la nacionalidad y domicilio como criterios para determinar la ley aplicable al divorcio.

No sólo aumentan el número de divorcios o separaciones a nivel mundial y europeo sino que además se acrecientan los problemas jurídicos que se le presentan al legislador cuando los matrimonios que pretenden separarse o divorciarse presentan un carácter internacional. De esta manera, el legislador se enfrenta a complicaciones añadidas en el momento en el que se encuentra con matrimonios en los que ambos cónyuges o bien son de nacionalidades de Estados diferentes o bien en los que estos residen de manera habitual en países diferentes, añadido al

aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 56.

⁶²⁵ Por su especial interés y relevancia jurídica, este asunto será tratado en el apartado posterior número IX de la presente tesis "problemas de aplicación del R. 1259/2010".

antecedente inmediato al R. 1259/2010 en el que los criterios seguidos por la doctrina internacional eran muy variados en tanto que unos defendían el criterio de la ley nacional, frente a otros que seguían el criterio de la residencia habitual o bien del domicilio o bien otros Estados que determinaban la ley aplicable a través de criterios basados en la religión que profesaba el sujeto⁶²⁶.

El “*caos jurídico*” estaba servido: no resultaba una tarea sencilla acertar con la determinación de cuál era el Estado que presentaba una vinculación más estrecha con la situación jurídica internacional. Por lo tanto, resulta más acertado el resultado que se obtiene con la aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de ley aplicable al divorcio o separación judicial. De ahí la nueva posibilidad que brinda el Reglamento *Roma III*, ya que el criterio de elección de ley aplicable permita superar el “*impasse*” de demostrar cuál es el Estado que presenta una mayor vinculación con la situación, ya que se deja que sean los propios cónyuges los que elijan de una manera pacífica la ley reguladora de su separación o divorcio⁶²⁷.

⁶²⁶ Entre los que defendían el criterio de la ley nacional se encontraba España, así como Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Grecia, Alemania o Suecia. *Vid.* Fuente (última fecha de consulta: 17.7.2015): https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es.do

Entre los países que seguían el criterio de residencia habitual se encontraban países anglosajones como Suiza, Quebec, Dinamarca, Islandia, Noruega. *Vid.* Fuente (última fecha de consulta: 17.7.2015): https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es.do

Entre los países que determinaban la ley aplicable a través de criterios basados en la religión se encontraban, por ejemplo, en algunos países musulmanes, donde el sujeto musulmán se rige por una determinada normativa legal inspirada en el Islam, y el sujeto no creyente se rige por otra normativa diferente.

⁶²⁷ De entre los Estados de la UE no participantes en el R. 1259/2010 (República Checa, Dinamarca, Estonia, Irlanda, Chipre, Países Bajos, Polonia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia, Reino Unido y Croacia) el único país que permite en cierto modo un pacto de elección de ley son los Países Bajos; En Holanda, por regla general, se aplicará a los divorcios la ley holandesa (independientemente de la nacionalidad o residencia habitual de los cónyuges). Sin embargo, tal como se establece en el libro 10 del Código Civil Holandés (*Burgerlijk Wetboek*) el único caso en que no se aplicará la ley holandesa de

2. Determinación objetiva de la ley aplicable a falta de elección

49. El propósito del R. *Roma III* es potenciar el consenso matrimonial en caso de rupturas matrimoniales, sin embargo sería de ingenuos pensar que no fuese posible que los cónyuges no llegaran a un pacto para determinar la ley aplicable en caso de crisis matrimonial. En este sentido, resulta fácil hacerse a la idea de que existan matrimonios que adopten posturas hostiles en caso de divorcios contenciosos y que ello dificulte la determinación de ley aplicable a la ruptura definitiva del vínculo (divorcio) o bien a su relajación, en el caso de la separación. De este modo, el art. 5 R. 1259/2010 establece que los cónyuges “*podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y separación judicial (...)*”, lo cual implica que los cónyuges disponen de dicha posibilidad, pero no que necesariamente tengan la obligación de llegar a un acuerdo al respecto. Es decir que, aunque la autonomía de la voluntad se articula como eje principal para determinar la ley aplicable ello no le exime al legislador europeo de configurar a su vez diversos criterios conflictuales para aquellos casos en los que los esposos no hubieran acordado la ley rectora de su posible crisis matrimonial⁶²⁸.

Por tanto, en los supuestos en los que los cónyuges no hayan ejercido su *optio iuris* o hayan llegado a un acuerdo no considerado válido por no reunir los requisitos establecidos para su validez, el R. 1259/2010, para evitar abusos de un cónyuge frente a otro, propone en su art. 8 una “*escalera de puntos de conexión*” o “*puntos de conexión en cascada*”⁶²⁹. Éstos están inspirados en el principio de proximidad del Derecho

manera automática es en el caso de que los cónyuges opten por aplicar la ley de su nacionalidad común en lugar del derecho holandés.

⁶²⁸ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Navarra, Aranzadi, p. 77.

⁶²⁹ QUEIROLO, I., & CARPANETO, L. (2012). “Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento "Roma III"”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 48(1), pp. 69-70; VIARENGO, I. (2011). “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 615.

internacional belga (art. 55 del Código belga de Derecho Internacional Privado de 16 de julio de 2004)⁶³⁰. En consecuencia, se aplicará la ley estatal que presente una mayor vinculación espacial con el caso concreto⁶³¹. Y ello ayudará a “*garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad*”⁶³².

A. RÉGIMEN JURIDICO

(a) Supuestos de aplicación

50. Según lo dispuesto en el art. 8 R. 1259/2010: “*A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:*

a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

b) en que los cónyuges hayan tenido su 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 ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;

c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”.

51. El artículo 8 R. 1259/2010 se presenta como una disposición compleja, diseñada para dar cabida a distintas necesidades. Establece un equilibrio entre la promoción de la integración social y la preservación de la

⁶³⁰ Así se indica en el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (DOC COM (2005) 82 final, Bruselas, 14.03.2005, p. 7 *in fine*).

⁶³¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 58.

⁶³² Considerando (9) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

identidad cultural⁶³³. Las distintas situaciones privadas que el R. 1259/2010 sugiere se podrían desgranar, para su mejor entendimiento, de la siguiente manera:

a) Para los cónyuges que, independientemente de cuál sea su nacionalidad, tengan su residencia habitual en el mismo Estado en el momento de la interposición de la demanda, se les aplicará la ley de su residencia habitual.

b) Para los cónyuges que no tengan la residencia habitual en los mismos Estados pero que sí la han tenido dentro del año inmediatamente anterior al instante en el que se interpone la demanda y siempre que se trate del mismo Estado en el que uno de los cónyuges sigue residiendo, independientemente de cuál sea la nacionalidad que ostenten los esposos, la ley aplicable será la del Estado de la última residencia habitual común.

c) Para aquellos cónyuges que ostenten la misma nacionalidad en la fecha de la interposición de la demanda pero que resulta imposible aplicarles la conexión de la residencia habitual, la ley aplicable será la del Estado de la común nacionalidad en el momento de la interposición de la demanda. Es decir, esta conexión será de aplicación cuando los cónyuges (independientemente de su nacionalidad) nunca tuvieron residencia habitual común o bien ha pasado más de un año desde que dejaron de tener una residencia habitual común o bien ambos cónyuges residen de manera habitual en Estados diferentes al Estado en el que tuvieron su última residencia habitual común.

d) Para aquellos esposos de distintas nacionalidades en el momento de la interposición de la demanda a los que tampoco les es posible aplicar la conexión de residencia habitual, ni la conexión de la nacionalidad (al no ser compartida por ambos cónyuges), se les aplicará el Derecho del foro, es decir, la ley del Estado cuyos órganos están conociendo del litigio.

52. La puesta en marcha de la norma de conflicto que se recoge en el artículo 8 R. 1259/2010 es de carácter jerárquico y asienta para la

⁶³³ FRANZINA, P. (2011). "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 115.

determinación de ley aplicable como referencia temporal, tanto a la separación judicial como al divorcio, el momento de la interposición de la demanda, lo cual ayuda a contribuir a no dar cabida a la posibilidad de *conflicto móvil*⁶³⁴.

La pluralidad de posibles criterios para determinar la ley aplicable en caso de divorcio o separación judicial introduce un cierto grado de flexibilidad en la normativa. Se trata de una escalera de conexiones compuesta por puntos de conexión que, dando preferencia a la ley de residencia habitual, potencian la seguridad jurídica y la previsibilidad de la ley aplicable y a su vez permiten evitar *el forum shopping* y la carrera a los tribunales⁶³⁵. De esta manera, a falta de que los particulares escojan la ley que regule la relajación o disolución de su vínculo matrimonial, el legislador propone una serie de conexiones dispuestas por diversos puntos de conexión⁶³⁶. Ello no quiere decir que el R. 1259/2010 contenga un conjunto de normas de conflicto alternativas que conduzcan a la potencial aplicación de varias leyes estatales con el objetivo de que se aplique la ley más favorable al divorcio o separación judicial, sino que el Reglamento *Roma III* contiene un sistema de conexiones colocado en forma de escalera conflictual construida sobre el principio de proximidad (visible en el art. 8 R. 1259/2010)⁶³⁷. Esto tiene la consecuencia de que, a falta de elección de

⁶³⁴ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). "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*, (22), p. 58.

⁶³⁵ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "El reglamento (UE) n. ° 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*, 15(39), p. 568.

⁶³⁶ BARUFFI, M. C. (2011). "Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"". *Il diritto dell'Unione europea*, 4, p. 882.

⁶³⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). "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*, 4(1), p. 67.

ley, a un matrimonio de nacionalidad común distinta a la residencia habitual en el momento de presentación de la demanda se le aplicará inexorablemente la ley de la residencia habitual común.

(b) Principio de proximidad

53. El criterio que sigue el legislador europeo a la hora de establecer el orden de los puntos de conexión que deben sucederse, como ya se ha adelantado, responde a la búsqueda de establecimiento de normas armonizadoras de conflicto basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos cimentados en la existencia de un “*vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate*”⁶³⁸. Es decir, se contempla una escalera de conexiones basada en el principio de proximidad rechazando como primera opción la *lex fori* (característico de países anglosajones y escandinavos en materia de Derecho de Familia) y decantándose por la opción de la mayor vinculación. Por tanto se entiende dicho principio no como una proximidad estrictamente geográfica, sino principalmente cultural. Y ello siempre con el firme propósito de no perder de vista los objetivos previstos tanto de garantía de seguridad jurídica y previsibilidad así como de impedimento de 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 dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses.

54. Se puede decir que el Reglamento *Roma III* se inclina por determinar ley aplicable por medio del “*principio de proximidad*” o el también llamado “*centro de gravedad de la relación jurídica*”⁶³⁹. Dicho de otro modo, el legislador, con base en el principio de proximidad, ha establecido una serie de criterios de vinculación, dando prioridad a la ley del Estado de residencia habitual de los esposos. Con ello se garantiza que el procedimiento de separación judicial o divorcio se rija por un

⁶³⁸ Considerando (21) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁶³⁹ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Documento COM – Comisión de las Comunidades Europeas- (2006), 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 10.

ordenamiento jurídico que presente vínculos estrechos con los esposos aumentando de esta manera tanto la seguridad jurídica como la previsibilidad para los cónyuges afectados y protegiendo a su vez al cónyuge más débil⁶⁴⁰.

(c) Reducción de costes conflictuales

55. Como ya se ha vislumbrado, el R. 1259/2010 tiene como objetivo fundamental proporcionar soluciones que permitan un resultado seguro, sencillo, estable y claro de los litigios internacionales de divorcio y separación judicial. En esta línea, la diversidad de leyes propuestas a los cónyuges tanto para la posibilidad de escoger como para la determinación de ley aplicable (en caso de falta de elección o de elección no válida) responde al hecho de que tanto la separación judicial como el divorcio se rijan por un ordenamiento jurídico con el que los cónyuges mantengan la mayor vinculación posible, con el fin de que, de este modo, se garantice la seguridad jurídica, la previsibilidad y a su vez se impidan situaciones en las que los cónyuges puedan conseguir la aplicación de la ley más favorable a sus intereses particulares.

56. La intención del legislador al establecer el orden de prelación de los puntos de conexión ha sido determinar, para cada caso concreto, la ley que le resulte más próxima, lo cual a su vez supone que resulta ser la ley que genera los menores “costes conflictuales” para los cónyuges. En efecto, se trata de dar aplicación a la ley del Estado “más próximo a la situación de divorcio o separación”. En este sentido, la lógica dice que los cónyuges conocen o pueden conocer dicha ley a un coste bajo, además de que resulta probable que en algún momento del pasado inmediato de los cónyuges, éstos hayan ajustado su comportamiento a dicha ley para otras cuestiones⁶⁴¹. En esta línea, indica el Considerando (21) R. 1259/2010 que

⁶⁴⁰ 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 judicial, COM (2010) 105 final Bruselas, 24.3.2010, 2010/0067 (CNS), p. 4, punto 2.3.; Considerando (9) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁶⁴¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 59.

“los criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho”. En consecuencia, la ley del país con el que la controversia está más cercanamente vinculada resulta ser la misma ley cuya aplicación permite solucionar dicho litigio a un coste más reducido para los cónyuges⁶⁴². El propósito del legislador es establecer una serie de puntos de conexión que respondan al criterio de *eficiencia conflictual*, es decir, busca que el litigio resulte igual de costoso para ambos cónyuges con el propósito de no favorecer a ninguno. Dicho de otra forma, el legislador persigue una solución que no permita que una parte tenga unos costes conflictuales moderados y que, por el contrario, la otra parte implicada cargue con costes conflictuales superiores⁶⁴³.

B. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS CONEXIONES

(a) Residencia habitual común

57. En primer lugar, y siempre en defecto de elección de ley por parte de los esposos, el R. 1259/2010 propone como punto de conexión la residencia habitual común. Es el primero de los cuatro criterios de conexión establecidos en el R. 1259/2010 de forma jerárquica⁶⁴⁴. De este

⁶⁴² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 68.

⁶⁴³ En este apartado se trata de modo general la disminución de costes conflictuales que se pretende con la configuración de los distintos puntos de conexión. Sin embargo, se trata de un tema que por su relevancia e importancia se desarrollará con más profundidad en el apartado siguiente de la presente tesis (“Análisis de las distintas conexiones”).

⁶⁴⁴ SEATZU, F., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2010). “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III”. *Studi sull'integrazione europea*, 1, p. 65.

modo, el Reglamento *Roma III* arranca de la prevalencia de “conexión social” sobre la “conexión cultural”⁶⁴⁵.

Para poder valorar el acierto o el error que supone que el legislador europeo haya propuesto en el R. 1259/2010 la residencia habitual común como primer punto de conexión resulta indispensable delimitar su concepto y saber qué características la configuran. Sin embargo, éste se omite en el R. 1259/2010 y nada se dice a lo largo del articulado del texto con respecto a qué debe entenderse por residencia habitual de los esposos. Para dar solución a esta aparente laguna el juez deberá considerar que “*el ámbito de aplicación material y el articulado (...) deben ser coherentes con el Reglamento (CE) nº 2201/2003 (...)*”⁶⁴⁶. Por tanto, a falta de concepto habrá que detenerse en la coherencia que en este contexto el TJUE le atribuye a al Reglamento *Bruselas II bis*⁶⁴⁷.

58. Resulta del todo evidente que el concepto de residencia habitual debe ser concretado de manera uniforme, esto es, de forma que resulte válido para todos los Estados participantes y no sólo teniendo en cuenta un único derecho estatal. Sin embargo, para comprender el alcance del concepto residencia habitual, el R.2201/2003 al que nos remitimos, tampoco aclara cuál es su concepto⁶⁴⁸. En líneas generales la residencia habitual se configura de un modo no técnico, que se aplica directamente a los hechos del caso y de reconstrucción sobre la base del significado propio

⁶⁴⁵ FRANZINA, P. (2011). “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 115.

⁶⁴⁶ Considerando (10.I) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁶⁴⁷ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) nº 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 316; RICCI, C. (2008). “Il foro della residenza abituale nel regolamento Nº 2201/2003 e nella proposta Roma III”. *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, p. 421;

⁶⁴⁸ MAESTRE CASAS, P. (2010). “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*, 2(2), p. 295.

de las dos palabras que la describen: residencia y habitual⁶⁴⁹. La duración de la estancia en un lugar determinado, que debe ser apreciable y no ocasional, pero no necesariamente continúa⁶⁵⁰.

En concreto, en España se estará a lo determinado por la jurisprudencia que establece que la residencia habitual debe entenderse por “*el centro principal de intereses*” siempre que esté provisto del carácter de estabilidad⁶⁵¹. Por tanto, será irrelevante que se trate de una residencia temporal ya que lo que resulta importante es que el sujeto tenga en el momento presente en ese lugar determinado su eje social de vida⁶⁵². Dicho

⁶⁴⁹ Campuzano Díaz, siguiendo las pautas del Informe Borrás, escribe que la residencia habitual es “*el lugar donde la persona fija con carácter estable el centro permanente o habitual de sus intereses, debiéndose tener en cuenta para su determinación todos los elementos de hecho constitutivos*”, CAMPUZANO DÍAZ, B. (2008). “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial”. Paper presented at the *Hacia Un Derecho Conflictual Europeo: Realizaciones y Perspectivas: Verso Un Diritto Internazionale Privato Europeo: Risultati e Prospettive*, p. 97; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). “El informe Borrás en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE”. En C. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 491-502.

⁶⁵⁰ CAMPIGLIO, C. (2010). “Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), pp. 246-247.

⁶⁵¹ En España, el ordenamiento jurídico no define el concepto “residencia habitual” o “domicilio”. Por su parte, el Código Civil establece en su art. 40 que para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento civil. La jurisprudencia más reciente ha considerado residencia habitual en el sentido de residencia efectiva, así el Tribunal Supremo ha señalado que, con carácter general, ha de atenderse al sitio donde se reside con habitualidad, lo que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar (TS (Sala de lo civil), auto de 26 de febrero de 2013. JUR 1668/2013).

⁶⁵² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 74.

de otro modo, la residencia habitual de los cónyuges es el *“centro social de vida”* o *“el lugar donde los cónyuges han fijado de manera voluntaria su centro permanente de intereses con un carácter estable”*⁶⁵³. Por tanto, aunque por definición no se exige una duración determinada de dicha residencia habitual, la simple estancia pasajera o el hecho de que el sujeto esté inscrito a efectos fiscales en otro Estado no constituye residencia habitual a efectos del R. 1259/2010, como tampoco para el R. 2201/2003, tal como establece el TJUE cuando aclara que *“el término de residencia habitual debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso. Además de la presencia física en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que pueden indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional (...) y en particular han de tenerse en cuenta la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y (en el caso de hablar de un menor) la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado”*⁶⁵⁴. Se puede decir que el concepto residencia habitual resulta de la combinación de un elemento objetivo, que sería la presencia y estancia física de los cónyuges en un determinado Estado; y de un elemento subjetivo que es la propia voluntad de los esposos de hacer que dicha presencia resulte estable y no pasajera⁶⁵⁵. En definitiva, esta primera conexión de residencia habitual es un criterio *de facto* que corresponde al lugar concreto y continuado donde se desarrolla la vida personal e incluso la vida laboral.

⁶⁵³ Sent. Cour de Cassation Francia, Decisión nº 1880 de 14 diciembre de 2005, 05-10951.

⁶⁵⁴ STJUE 2 de abril 2009, C- 523/07, *Korkein hallinto-oikeus – Finlandia* (el juez en sus conclusiones aclara como cuestión prejudicial que el término “residencia habitual”; TJUE (Sala Segunda), sentencia de 4 octubre 2012. TJCE 2012\279.

⁶⁵⁵ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 316.

59. Resulta relevante tener en cuenta que el art. 8 del R. 1259/2010, a diferencia de lo establecido en el art. 5 R. 1259/2010 en el que las diversas conexiones basadas en la autonomía de la voluntad de las partes se asociaban al momento en el que los esposos convenían su *pactum de lege utenda*, asienta las distintas conexiones teniendo en cuenta un único factor temporal: el momento de la interposición de la demanda de separación judicial o divorcio⁶⁵⁶. Ello contribuye a evitar cualquier posibilidad de conflicto móvil⁶⁵⁷.

60. Los motivos que han empujado al legislador europeo a escoger el criterio de residencia habitual como primera opción para determinar la ley aplicable a las crisis matrimoniales frente a otras alternativas como pudieran ser la nacionalidad o la *lex fori* no sólo son variados sino que además son favorables para los cónyuges:

⁶⁵⁶ AP Barcelona, sec. 12ª, S 30-10-2014, nº 665/2014, rec. 636/2013; En lo que respecta a la ley aplicable a la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre las partes, de nacionalidad boliviana, dada la presentación de la demanda que dio curso al proceso el 20 de octubre de 2011, el R. 1259/2010 (Roma III), que aplica la sentencia del primer grado jurisdiccional para la declaración del divorcio, no había entrado todavía en vigor en tal momento histórico, pues tiene vigencia desde el 21 de junio de 2012, y por ello la ley de aplicación al divorcio, según dispone el artículo 107 del Código Civil español, es la boliviana por ser la nacionalidad común de los sujetos en litigio.

AP Asturias, sec. 7ª, S 2-2-2015, nº 40/2015, rec. 285/2014 (EDJ 2015/9582 SAP Asturias de 2 febrero 2015); Se celebró un matrimonio en el extranjero (en la República Dominicana) ostentando por aquél entonces ambos la nacionalidad dominicana. Posteriormente se trasladaron a residir a España fijando su residencia en Villaviciosa. La Audiencia Provincial acuerda la disolución del matrimonio por divorcio y considera que dado que ambos contrayentes residen en España, se aplicará la legislación civil española a pesar de que el matrimonio se hubiera celebrado en el extranjero. Por tanto en el presente supuesto, dado que los esposos residen en España en el momento de interponerse la demanda, por aplicación del art. 8 R. 1259/2010 (y teniendo en cuenta de que no hay constancia de acuerdo de pacto de ley) debe serles aplicable en su divorcio la legislación civil española por ser ésta la ley del Estado de su residencia habitual común en el momento de la interposición de la demanda.

⁶⁵⁷ ZANOBETTI, A. (2012). "Divorzio all'europea. il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale". *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 257.

(1) *Mínimos costes conflictuales*

61. La residencia habitual resulta ser la conexión que implica menores costes conflictuales en tanto que el país de la residencia habitual común es el lugar donde los cónyuges tienen su centro de vida social. Es decir, donde presumiblemente contratan de forma habitual, donde reside el núcleo de la familia que hayan podido formar con los años, donde previsiblemente sus hijos estén escolarizados, el lugar en el que tienen sus trabajos o negocios, donde los esposos puede que tengan bienes, tanto muebles como inmuebles...y un largo etc en el que se incluyen todas aquellas situaciones sociales de lo más cotidianas. De ahí que la conexión residencia habitual se presente como una conexión de carácter social, en tanto que el legislador considera que la conexión social tiene un coste menor que la que podría tener una conexión cultural o jurídica como podría ser la conexión de la nacionalidad. En este sentido, la residencia habitual representa en los litigios de divorcio y separación judicial “*la conexión más real y sustancial de una situación con un Estado concreto*”⁶⁵⁸.

(2) *Ley imparcial*

62. La ley del Estado de la residencia habitual de ambos cónyuges resulta ser una ley neutral para los esposos, en tanto que se presenta como aquella con la que ambos cónyuges presentan un vínculo común. Es decir, que no se trata de la “ley de un cónyuge” que se impone frente a la “ley del otro cónyuge”, sino que ambos tienen la misma relación con la ley de residencia habitual. El resultado de aplicar esta primera conexión implica que no exista posibilidad de trato desfavorable hacia ninguno de los dos consortes. Esto resulta especialmente importante en la prohibición de discriminación por nacionalidad en el ámbito de la Unión Europea⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ GAERTNER, V. (2006). “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*, 2, pp. 99-136.

⁶⁵⁹ Art. 18 TFUE (DOUE C/83/47 de 30.03.2010).

(3) *Fácilmente comprobable*

63. La residencia habitual resulta ser un concepto de fácil precisión técnica⁶⁶⁰. Es un concepto real y efectivo que se determina a través de la compilación de datos que revelan cuál es el centro social de vida de los sujetos. En este sentido, es más sencillo saber en qué país tienen los sujetos su residencia habitual que demostrar por ejemplo qué nacionalidad es la que ostentan (el primero es un concepto *de facto* mientras el segundo es un concepto jurídico que tiene un mayor coste de prueba)⁶⁶¹.

(4) *Proporciona estabilidad jurídica*

64. El criterio de residencia habitual como punto de conexión constituye un criterio al que se le confiere lo que la doctrina llama un “notable nivel de estabilidad” para los cónyuges⁶⁶². En tanto que si se tiene en cuenta que varios foros de competencia judicial internacional se

⁶⁶⁰ Al analizar los foros de competencia judicial internacional del R. 2201/2003, muchos autores se ha referido a esta ventaja de la residencia habitual: ANCEL, B., & MUIR WATT, H. (2001). “La désunion européenne: Le règlement dit Bruxelles II”. *Revue Critique Droit International Privé*, (3), pp. 403-457; BONOMI, A. (2007). “Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario”. In BARIATTI, S. & RICCI, C. *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: Da Bruxelles II a Roma III*. Milano, pp. 91-106.

⁶⁶¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 74.

⁶⁶² MELLONE, M. (2010). “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie”. *Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 46 (3), p. 693; CAMPIGLIO, C. (2010). “Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), p. 247; RICCI, C. (2008). “Habitual residence as a ground of jurisdiction in matrimonial disputes: From Brussels II to Rome III”. En A. MALALTESA, F. POCAR & S. BARIATTI (Eds.). *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*. Padua, CEDAM, p. 207; RICCI, C. (2008). “Il foro della residenza abituale nel regolamento N° 2201/2003 e nella proposta Roma III”. *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, p. 421.

distribuyen entorno a la residencia habitual de los cónyuges resulta que, con frecuencia, se aplicará a su vez la ley del Estado miembro cuyos tribunales están conociendo el asunto en cuestión⁶⁶³. Por tanto, se puede decir que el uso de la residencia habitual para determinar la ley aplicable ofrece a los cónyuges continuidad con la misma línea establecida para determinar la competencia judicial internacional, lo cual tiene como consecuencia jurídica inmediata tanto la facilidad como la agilidad en el procedimiento.

(5) *Reflejo de la movilidad social contemporánea*

65. Es una realidad que la sociedad actual es cambiante. Las personas se trasladan de país de residencia con más facilidad que hace unas décadas⁶⁶⁴. Y éste punto de conexión, permite la oscilación de la ley aplicable en función del cambio del centro de vida de los cónyuges. En cambio, la conexión de la nacionalidad se presenta como un punto de conexión más rígido ya que tanto la pérdida como la adquisición de la nacionalidad no suelen ser tan variables como pueda llegar a serlo el hecho de cambiar de residencia habitual⁶⁶⁵. Por tanto, la residencia habitual se adapta de mejor manera al reflejo de la *movilidad social* actual⁶⁶⁶.

⁶⁶³ El legislador europeo utiliza la conexión de la residencia habitual en seis de los siete foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento (CE) n.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) n. 1347/2000 (DOUE L338/1, 23.12.2003).

⁶⁶⁴ *Vid.* datos que muestra el Instituto Nacional de Estadística con base en las fuentes obtenidas por Naciones Unidas en torno a las migraciones por país y periodo.

Fuente (última fecha de consulta: 14 de mayo de 2015): <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t42/p02/l0/&file=02009.px&type=pcaxis&L=0>

⁶⁶⁵ Los emigrantes del siglo XXI no tienen el mismo impulso de retorno a sus Estados de origen que los que vivieron en siglos pasados, por lo que cada día que pasa se pierde más el interés por la sentencia que modifica su estado civil en el Estado receptor (lugar de residencia habitual) sea posteriormente reconocida en el Estado de su nacionalidad con lo que la nacionalidad, como punto de conexión, ya no presenta el potencial localizador que mostraba en los siglos anteriores, en los que el vínculo entre el

En definitiva, la justificación del legislador europeo de haber escogido la residencia habitual común como el primero de los criterios utilizados para determinar la ley aplicable al divorcio o a la separación judicial responde a la puesta en práctica de lo establecido en el Considerando (21) R. 1259/2010 que establece que a falta de elección de ley aplicable, el R. 1259/2010 establece normas armonizadas de conflicto cimentadas en la existencia de un estrecho vínculo entre la ley de que se trate y los cónyuges en cuestión.

En esta línea, aunque la residencia habitual puede mostrar debilidades como son presentarse como fácilmente mutable y no congeniar con el respecto a la identidad cultural, resulta indiscutible que es el punto de conexión que constituye la solución conflictual más adecuada en defecto de elección de ley por los cónyuges en tanto que es la solución más eficiente es aquella que distribuye de modo más equilibrado los costes conflictuales⁶⁶⁷.

(b) Última residencia habitual común

66. Establece el R. 1259/2010 de un modo un tanto farragoso que en defecto de poder aplicar la ley de residencia habitual común (siempre en caso de no haber podido ser aplicada la ley del *pactum de lege utenda*), la separación judicial o el divorcio deberán estar sujetos a la “ley del Estado

sujeto y el Estado de su propia nacionalidad era verdaderamente estrecho y estaba emocionalmente marcado por el “sueño” de regresar a la patria o cuna del sujeto emigrante; ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, pp. 535-536.

⁶⁶⁶ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 59-60.

⁶⁶⁷ DIAGO DIAGO, M. P. (2014). “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), p. 55; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *Conflicto de leyes y teoría económica*. p. 180, Madrid; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), pp. 72-73.

*de la última residencia habitual común de los esposos siempre que uno de los esposos todavía resida allí y no haya pasado más de un año desde que dicho Estado dejó de ser la residencia habitual común*⁶⁶⁸. Es decir, el legislador dispone que como segunda opción, y en defecto de residencia habitual de los cónyuges en el mismo país en el momento de presentación de la demanda se aplicará a la separación judicial o al divorcio la ley del Estado de la última residencia habitual común de los cónyuges siempre y cuando uno de ellos, sin haber pasado más de un año desde que el mencionado Estado dejara de ser la residencia de ambos, aún resida allí⁶⁶⁹.

En este sentido, el carácter inestable y voluble, en tanto de fácilmente modificable de la residencia habitual se ve suavizado en este segundo punto de conexión en la medida en que se puntualiza la exigencia de dos condiciones a cumplir de manera cumulativa: en primer lugar, que no se haya superado el lapso de tiempo de un año desde que la residencia habitual común de los cónyuges dejara de serlo; y en segundo lugar, que uno de los dos cónyuges continúe residiendo en dicho Estado. Por tanto, con dicha puntualización se impide que uno de los cónyuges pueda manipular éste punto de conexión para provocar la aplicación de otro derecho⁶⁷⁰.

67. La exigencia de que no haya transcurrido un año desde que los cónyuges diversificaron los Estados de sus respectivas residencias habituales tiene sentido, ya que para que la crisis matrimonial continúe

⁶⁶⁸ Art. 8.b R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁶⁶⁹ AP León, sec. 1ª, S 27-2-2015, nº 38/2015, rec. 39/2015 (EDJ 2015/37621 SAP León de 27 febrero 2015); ante un matrimonio en el que ambos ostentan la nacionalidad portuguesa, la norma aplicable en relación al divorcio que demandan viene determinada por el R. 1259/2010. Al no haber suscrito los cónyuges pacto alguno sobre la ley aplicable (tal como se prevé en el art. 5 R. 1259/2010) y al tener ambos su última residencia habitual común en territorio español (teniendo en cuenta que él se trasladó de residencia habitual), se habrá de aplicar la ley española.

⁶⁷⁰ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "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*, 15(39), p. 578.

contactada con dicha conexión, ésta debe presentarse lo más próxima posible a lo que en su día conformó el entorno social del matrimonio⁶⁷¹. No es difícil plantarse que cuando unos esposos llevan más de un año separados, resulte complicado que ambos lleguen a un acuerdo sobre la ley rectora de su particular crisis matrimonial. En este sentido, la razón de ser de esta siguiente conexión que propone el legislador a falta de elección de ley por las partes es debido a que, como norma general, el país en el que los cónyuges que se quieren separar o divorciar han tenido su última residencia habitual mantiene un *“alto grado de vinculación sustancial con la situación matrimonial”*. Es más probable que en dicho país los cónyuges tengan su centro de social de vida, esto es, que tengan sus bienes, tanto muebles como inmuebles, que tengan allí a sus hijos escolarizados, sus trabajos profesionales, incluso es probable que allí se encuentren sus familiares más cercanos. De ahí que la aplicación de éste punto de conexión de *“última residencia habitual”*, con sus precisiones, se presente

⁶⁷¹ *Vid.* Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (Documento COM (2006), 399 final, Bruselas, 17 julio 2006). El legislador europeo quiso introducir, en relación a la competencia judicial internacional y con el propósito de modificar el Reglamento 2201/2003, en su art. 3 *bis* la posibilidad de elección del órgano jurisdiccional por las partes, de la siguiente manera *“los cónyuges podrán acordar que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en un proceso relativo a su divorcio o separación judicial siempre que exista una vinculación sustancial entre ellos y ese Estado miembro en virtud del hecho de que (...) b) ese Estado haya sido el lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges durante un período mínimo de tres años (...)”*. En la misma propuesta de Reglamento, en relación a la ley aplicable a falta de elección por las partes,⁶⁷² se establecía en su art. 20 *ter* que *“a falta de elección según lo establecido en el artículo 20 bis, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado (...)b) en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual común, en la medida en que uno de ellos resida allí”*. En este sentido, en la propuesta de Reglamento nada se decía al respecto sobre el tiempo que debía haber transcurrido desde que la residencia habitual dejara de ser *“común a los cónyuges”*. Pero finalmente, el legislador modificó el plazo de tiempo establecido en 3 años y lo dejó en tan sólo un año a fin de que la relación existente entre el matrimonio y el Estado de su última residencia habitual no se marchitara y fuera lo más sólida posible.

como aquella cuyo conocimiento por parte de los cónyuges y cuya aplicación genere menos costes conflictuales⁶⁷².

68. Del mismo modo, las ventajas que ofrece este punto de conexión en relación a la nacionalidad o a la *lex fori* siguen siendo prácticamente las mismas que se han valorado en el primer punto de conexión, aunque la estabilidad jurídica que proporciona escalaría unos peldaños hacia arriba⁶⁷³. Ya que, visto que el legislador europeo ha utilizado en dos de los cuatro criterios establecidos para la determinación de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial el criterio de residencia habitual, se demuestra que dicho criterio juega un papel destacado en el marco del R. 1259/2010, como también lo tiene, examinando los foros de competencia judicial internacional, en el marco del Reglamento 2201/2003⁶⁷⁴. Esta continuidad en el criterio de residencia habitual que utiliza el legislador promueve la unión de *forum ius*, prevaleciendo la aplicación de la residencia habitual común en el momento de la interposición de la demanda como primera conexión establecida por el art. 8 R. 1259/2010⁶⁷⁵. Por tanto, el hecho de que ésta norma esté fundamentada en primer lugar en la residencia habitual común de los cónyuges y, en su defecto, en su última residencia habitual si uno de ellos reside aún allí (en el periodo de un año) implica que en un gran número de litigios, se aplique la ley del órgano jurisdiccional

⁶⁷² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *Conflicto de leyes y teoría económica*. Madrid, p. 182.

⁶⁷³ *Vid.* el análisis de la primera conexión (Residencia habitual común) de la presente tesis en la que se estima ventajoso por implicar menores costes conflictuales, por aparecer como ley neutral, por tratarse de una conexión de fácil comprobación, por proporcionar estabilidad jurídica y por mostrarse como reflejo de la movilidad social contemporánea.

⁶⁷⁴ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). "Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 58.

⁶⁷⁵ FRANZINA, P. (2011). "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), pp. 93-94

ante el que se interpuso la demanda. Ello comporta a su vez, que los casos de aplicación de una ley extranjera serán reducidos⁶⁷⁶.

Asimismo, y tal como sucedía con el punto de conexión anterior, éste presenta la ley como imparcial puesto que no favorece *a priori* a ninguno de los dos cónyuges, es decir ni se privilegia a uno, ni se desfavorece o perjudica a otro, ya que la vinculación es la misma para ambos cónyuges.

69. En definitiva, resulta indiscutible que el legislador, al volver a utilizar la residencia habitual, aunque sea con un matiz distinto (al añadir dos condiciones a cumplir) ha considerado este punto de conexión como un *punto de conexión reforzado*, en tanto que pese a no ser la residencia habitual común de los cónyuges, sí se continúa ligando la situación con el Estado en cuestión y por tanto se sigue hablando de un vínculo estrecho⁶⁷⁷.

(c) Nacionalidad de ambos cónyuges

70. Como tercera opción de conexión el legislador apuesta porque sea de aplicación, en defecto de los dos anteriores puntos de conexión de residencia habitual, tanto para la separación judicial como para el divorcio la ley nacional de los cónyuges siempre que ésta sea común. Es decir, en caso de que no existiera una residencia habitual común, o bien dicha residencia habitual dejara de ser común en el periodo de un año desde la interposición de la demanda de separación judicial o divorcio, entonces sería aplicable la ley de la nacionalidad de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda siempre que la nacionalidad sea compartida por ambos esposos.

Se muestra de este modo que, la conexión de la nacionalidad común de los cónyuges posee un elevado grado de subsidiariedad, ya que para que pueda ser aplicado por el juez europeo deben darse de modo cumulativo en primer lugar que los cónyuges no hayan acordado un

⁶⁷⁶ 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 judicial, COM (2010) 105 final Bruselas, 24.3.2010, 2010/0067 (CNS), p. 8, art. 4.

⁶⁷⁷ ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 534.

pactum de lege utenda que remita la situación de hecho a una ley distinta, en segundo lugar, que las partes en litigio no tengan su residencia habitual en el mismo Estado miembro participante en el R. 1259/2010 en la fecha de la presentación a la demanda, y por último, o bien que ninguno de ellos mantenga su residencia habitual en el mismo Estado en el que ambos tuvieron su última residencia habitual o bien que uno de ellos mantenga su residencia habitual en ese mismo Estado pero que el otro lleve más de un año manteniendo su residencia habitual en un Estado diferente⁶⁷⁸.

71. La motivación que ha impulsado al legislador europeo a establecer la nacionalidad como tercer punto de conexión para determinar la ley aplicable a las crisis matrimoniales responde a la siguiente lógica: En primer lugar, ante el fallo de la *conexión social* éste se aferra a la *conexión cultural*. Es decir, si se diera el caso de llegar a poder aplicar éste tercer punto de conexión, sería porque no ha sido posible la aplicación de los dos primeros puntos de conexión, lo cual significa que los esposos no se encuentran integrados en el Estado en el que residen, por tanto, “*en defecto de una conexión social, el legislador comunitario tiene presente la conexión cultural, esto es, la nacionalidad de ambos cónyuges, que representa, en estos casos, la vinculación más estrecha de la situación matrimonial de un país concreto*”⁶⁷⁹. Sin embargo, no hay que perder de vista que aunque el legislador de la UE se ha decantado por la conexión social frente a la conexión cultural, por presentarse aquélla como la más favorecedora para los cónyuges, ello no quiere decir ni comporta que los cónyuges puedan sentirse más próximos a la ley del país de cuya nacionalidad ostentan. Si así fuera el caso, es decir, si se diera el hecho de

⁶⁷⁸ Tal es su carácter de subsidiariedad que, aún encontrando supuestos de matrimonios que solicitan el divorcio ostentando ambos la misma nacionalidad, no se les aplica la ley de la nacionalidad por serles de aplicación o bien la ley del Estado de la residencia habitual común (AP Asturias, sec. 7ª, S 2-2-2015, nº 40/2015, rec. 285/2014 (EDJ 2015/9582 SAP Asturias de 2 febrero 2015) o bien la ley del Estado de la última residencia habitual común (AP León, sec. 1ª, S 27-2-2015, nº 38/2015, rec. 39/2015 (EDJ 2015/37621 SAP León de 27 febrero 2015). Última fecha de consulta: 18 de mayo de 2015.

⁶⁷⁹ GAERTNER, V. (2006). “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*, 2, p. 115.

que los cónyuges no se han integrado en el país donde residen habitualmente y se sienten más vinculados con el país de su nacionalidad común siempre tendrán la opción de elegir al respecto, con base en el art. 5 R. 1259/2010.

En segundo lugar, cabe decir que el uso de la nacionalidad como punto de conexión no representa ningún tipo de discriminación, ya que se utiliza como criterio general para cualquier persona, sea cual sea su nacionalidad⁶⁸⁰. Es decir, no existe, en este sentido, un *“tratamiento legal negativo contra ningún sujeto”*⁶⁸¹. De ahí que el legislador considerara como un acierto que la nacionalidad apareciera como punto de conexión para determinar la ley aplicable a las crisis matrimoniales tras la estela de la residencia habitual.

Y en tercer lugar, como último apunte a la justificación de aplicación en tercer lugar de la nacionalidad común como punto de conexión cabe decir que, dado que el objetivo a la hora de aplicar una ley determinada a una crisis matrimonial es la de encontrar aquella con la que *“los cónyuges tengan un vínculo estrecho”*⁶⁸². El legislador de la UE defiende que deba ser la ley de la nacionalidad común la que rija la separación o el divorcio (en defecto de las dos primeras opciones de residencia habitual o residencia habitual reforzada) con base en que considera que la nacionalidad representa un vínculo revelador en tanto que demuestra que una persona permanece ligada con el Estado del que es nacional. Se demuestra que se

⁶⁸⁰ Art. 18 TFUE (DOUE C 83/47, de 30.10.2010) establece que *“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad (...) El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”*.

⁶⁸¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “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*, 4(1), p. 80; GAERTNER, V. (2006). “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*, 2, p.125.

⁶⁸² Considerando (21) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

trata de una vinculación real la conexión que presenta una determinada persona con el país cuya nacionalidad ostenta no sólo porque dicha persona suele poder votar en las elecciones políticas de su país (con lo cual ésta participa de un modo indirecto pero real en la creación de dicho país, demostrando que no se trata sólo de un “objeto de la ley”), sino que además porque la ley de un determinado país da al sujeto que ostenta dicha nacionalidad una identidad cultural que éste recibe a modo de herencia, con lo que se puede afirmar que, por ende, el sujeto sigue vinculado tanto con la cultura de su país como con su legislación⁶⁸³.

Sin embargo, no se puede decir que el fundamento de la conexión de la nacionalidad común de los cónyuges a la que se refiere el art. 8 R. 1259/2010 persiga aplicar la ley de la nacionalidad común de los esposos con el objetivo de respetar la soberanía del Estado cuya nacionalidad ostentan los consortes, sino que, como los otros puntos de conexión establecidos en cascada, lo que pretende, a fin de cuentas, es encontrar la eficiencia de la conexión, es decir, aquella solución que, respetando el principio de proximidad, genere los costes conflictuales más bajos para los cónyuges⁶⁸⁴.

72. Existe cierto aspecto técnico que debe tenerse en cuenta a la hora de aplicar el punto de conexión de la nacionalidad común de los cónyuges: el momento temporal en que debe acreditarse la nacionalidad de ambos cónyuges. En este sentido, tal y como aparece en el texto del art. 8 R. 1259/2010, la nacionalidad común deberá tenerse en cuenta en el

⁶⁸³ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), p. 62.

⁶⁸⁴ Carrascosa González propone un ejemplo ficticio para explicar la eficiencia de la conexión de la nacionalidad común de los cónyuges en supuestos determinados: sería en el caso de un divorcio entre cónyuges alemanes con residencia habitual uno en Nueva York y el otro en España; En este ejemplo, el Derecho que permite resolver la disputa con unos costes globales más bajos resulta ser el Derecho alemán (en este caso, la ley nacional común de los cónyuges). Efectivamente, en éste caso la aplicación del Derecho alemán (con base en el art. 8.c. R. 1259/2010) es la solución conflictual más eficiente para éstos cónyuges; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *Conflicto de leyes y teoría económica*. Madrid, p. 184.

momento de la interposición de la demanda. A diferencia del art. 5.c) R. 1259/2010, en el que se permitía la elección de ley aplicable de *“la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en el que se celebre el convenio”*, el art. 8 R. 1259/2010 estipula que *“a falta de elección (...) el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado (...): c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la presentación de la demanda (...)”*. La diferencia radica en que a fin de evitar que la norma tenga carácter discriminatorio, el art. 8 requiere que la nacionalidad sea compartida por ambos cónyuges⁶⁸⁵.

De este modo, se continúa cumpliendo con lo establecido en el primer párrafo del art. 18 TFUE⁶⁸⁶. Por lo tanto, aquellas nacionalidades que pudiesen haber ostentado los cónyuges con anterioridad a la presentación de la demanda de separación o divorcio, o aquellas nacionalidades que pudieran tener éstos con posterioridad a la interposición de la demanda de separación o divorcio no resultan para nada relevantes en la determinación de ley aplicable a casos de las crisis matrimoniales que nos atañen. De este modo se refuerza no sólo la seguridad jurídica sino que además se evita el conflicto móvil.

73. No obstante, y a pesar de resultar una conexión acertada en su justificación, la posibilidad de que se planteen problemas con esta tercera conexión no es ninguna nimiedad. Ante la multiculturalidad que caracteriza la sociedad resulta necesario plantearse las diversas situaciones que se pueden proyectar en el Derecho Internacional Privado entorno a la posibilidad de que los cónyuges, en el momento de la presentación de la demanda, ostenten más de una nacionalidad común. Los interrogantes que suscita esta eventualidad son numerosos: ¿Cuál es la nacionalidad que prevalece? ¿Cuál sería la ley a aplicar en caso de que ambos cónyuges

⁶⁸⁵ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). “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*, 15(39), p. 578.

⁶⁸⁶ Art. 18 TFUE (DOUE C 83/47, de 30.10.2010) *“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad. (...)”*.

poseyeran a su vez la misma doble nacionalidad? ¿Y si esa misma doble nacionalidad no fuera la de dos Estados miembros sino que se tratara de una nacionalidad común mixta? ¿Y en caso de presentarse los cónyuges apátridas? ¿Sería posible que uno de los cónyuges renunciara a una de sus nacionalidades para hacer coincidir la que tenía común con la del otro cónyuge?

No hay que perder de vista que el conflicto sólo se materializa en el caso de que la doble nacionalidad fuese común, por lo tanto, no sería aplicable el art. 8.c R. 1259/2010 en el caso de que los cónyuges presentaran doble nacionalidad pero que ninguna de ellas fuese común con respecto al otro cónyuge. La verdadera dificultad se plantea cuando, en el momento de la presentación de la demanda o bien uno de los cónyuges ostenta doble nacionalidad (siendo una de ellas común a la única que ostenta el otro cónyuge) o bien ambos esposos ostentan a su vez doble nacionalidad. En este último caso, la dificultad añadida a la situación sería determinar cuál es la nacionalidad que prevalece en el caso de tratarse de una doble nacionalidad común comunitaria o bien en el caso de tratarse de una doble nacionalidad común mixta.

(1) *Problema de prioridad de la nacionalidad*

74. En este sentido, en los casos en los que uno o ambos cónyuges ostenten doble nacionalidad el Reglamento *Roma III*, al igual que el Reglamento 2201/2003, deja las puertas abiertas a que sea el Derecho propio de cada Estado Miembro el que resuelva cuál es la nacionalidad que deberá prevalecer a tales efectos⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ INFORME EXPLICATIVO del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. ALEGRÍA BORRÁS Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona (98/C 221/04). Art. 2.33.in fine “Nada dice el Convenio sobre las consecuencias de la doble nacionalidad, por lo que los órganos jurisdiccionales de cada Estado aplicarán sus normas internas, en el marco de la normativa comunitaria general al respecto”.

De este modo lo considera el propio texto del R. 1259/2010 “en los casos en 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 Unión Europea”⁶⁸⁸. La justificación al respecto responde a que se estima que la cuestión afecta a la soberanía del Estado, es decir, sólo el propio Estado es el capacitado para determinar quiénes pueden ser sus nacionales⁶⁸⁹. A modo de ejemplo y con ánimo de presentar comprensible la problemática que puede llegar a suscitar la doble nacionalidad, ante un caso en el que un cónyuge afirme ser italiano, deberá ser por medio del Derecho italiano por el que se acredite si, efectivamente, dicha persona es o no es nacional de Italia en el momento de presentación de la demanda; en éste caso, el derecho español nada tendría que decir al respecto, aunque fuesen los tribunales españoles los que estén conociendo el asunto. Sin embargo, si ése mismo cónyuge con nacionalidad italiana resultara ostentar a su vez la nacionalidad española, porque así lo establece el Derecho español, la determinación de cuál sería la nacionalidad prevalente la tendría que realizar el Derecho español si la disputa está planteada ante los tribunales españoles (mientras que debería realizarse de acuerdo al Derecho italiano si el litigio se ha suscitado ante tribunales italianos)⁶⁹⁰. Por tanto, y dicho de otro modo, en relación al

⁶⁸⁸ Considerando (22) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁶⁸⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *Derecho español de la nacionalidad (Estudio práctico)*. Granada, pp. 240-267. Se trata de precisar quiénes son los nacionales de un determinado Estado miembro aunque sea sólo a efectos de Derecho internacional privado. En el caso español, esto conduce a la aplicación de Convenios internacionales firmados por España en materia de doble nacionalidad en el momento de la presentación de la demanda de separación o divorcio. Y en defecto de solución dada por los convenios internacionales se estará a lo dispuesto en el art. 9.9 Cc que indica que la nacionalidad determinante a efectos del DIPr. es la nacionalidad que coincide con la residencia habitual del interesado y si el sujeto reside habitualmente en un tercer país, prevalece la última adquirida.

⁶⁹⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del

modo de determinar la nacionalidad de cada uno de los cónyuges, es decir, con el fin de concretar qué nacionalidad ostenta cada uno de los cónyuges habrá que remitirse al Derecho del Estado del que aquéllos dicen que son nacionales⁶⁹¹.

En definitiva, en el supuesto de que tan sólo uno de los cónyuges ostente doble nacionalidad y una de ellas coincide con la única nacionalidad del otro cónyuge, el criterio a seguir es la aceptación de la conexión a la que se refiere el art. 8.c R. 1259/2010⁶⁹².

(2) *Problema de doble nacionalidad común (de Estados miembros y mixta)*

75. Sin embargo, la problemática podría complicarse si se diera el caso de que ambos cónyuges ostentan la misma doble nacionalidad. En éste contexto, el problema radica en determinar cuál es la nacionalidad prevalente para ambos cónyuges. Respecto de la doble nacionalidad de Estados miembros, resulta indispensable hacer mención a lo que estableció el TJCE en el caso *Micheletti*, posteriormente en el caso *García Avello* así como en el caso *Grunkin-Paul*⁶⁹³. Y con posterioridad en el caso *Hadadi*⁶⁹⁴.

Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(1), p. 81.

⁶⁹¹ En el caso excepcional de que nos encontráramos con una situación de doble nacionalidad no prevista por las leyes españolas ni por los Tratados firmados por España (*doble nacionalidad patológica*) prevalecería la española y si el mencionado individuo ostenta varias nacionalidades y ninguna de ellas es la española, se estimará como *ley personal del sujeto* la ley del país donde dicho individuo tiene su residencia habitual. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). "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*, 4(1), pp. 81-82.

⁶⁹² VIDO, S. (2012). "The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(1), p. 228.

⁶⁹³ En el caso *Micheletti* el TJCE resolvió un problema de doble nacionalidad de Estado miembro y tercer Estado en materia de libertad de establecimiento en el que expresó "*las disposiciones del Derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento se oponen a que un Estado miembro deniegue dicha libertad al nacional*

de otro Estado miembro que ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, basándose en que la legislación del Estado miembro de acogida lo considera nacional del Estado tercero"; STJCE de 7 julio 1992, C-369/90, Rec. p. I-04239, Micheletti, comentada por BOUZA VIDAL, N. (1993). "El ámbito personal de aplicación del derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad (comentario a la sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992, Micheletti c Delegación del gobierno de Cantabria, as C 369/90)". *Revista de Instituciones Europeas*, 20(2), pp. 563-582.

En el caso García Avello el TJCE se pronunció ante un caso de dobles nacionales españoles y belgas en materia de transmisión de apellidos sobre la nacionalidad en tanto que conexión aplicable por la norma de conflicto de ambos Estados. A éste respecto declara el Tribunal que *"las dos nacionalidades están en posición de igualdad y que deben ser los afectados los que elijan la ley estatal que deba regir su nombre y apellidos"*; STJCE 2 octubre 2003, C-148/02 Rec. p. I-11613, *García Avello*, comentada por ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (2003). "Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario". *La Ley: Revista Jurídica Española De Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (5), pp. 1657-1663.

En el caso Grunkin Paul el encargado del registro Civil alemán deniega el reconocimiento de la certificación registral en la que consta el apellido de un niño, Leonhard Matthias, del modo en el que se había determinado e inscrito en Dinamarca, Estado en el que el sujeto nació y en el que reside. A éste respecto, el TJCE establece que *"el no reconocimiento de certificación registral, por parte del encargado del Registro civil alemán, comporta un obstáculo no justificado al derecho fundamental a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario (art. 18 TCE)"*; BLÁZQUEZ PEINADO, M. (2009). "TJCE-sentencia de 14.10. 2008, S. Grunkin y DR Paul, C-353/06: Libre circulación y residencia-no reconocimiento del apellido adquirido en el estado de nacimiento y residencia-normativa nacional en materia de determinación del apellido". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), p. 649-664; ORTIZ VIDAL, M. (2009). "El caso Grunkin-Paul: Notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008". *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 1(1), pp. 143-151; ORTIZ VIDAL, M. (2009). "Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul". *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 1(2), pp. 357-366.

⁶⁹⁴ Sentencia de 16 de julio de 2009, *Hadadi v. Csilla Mesko*, C- 168/08, Rec. p. I-6871; LOPES PEGNA, O. (2010). "La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: Profili problematici". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), p. 135; VIDO, S. (2012). "The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(1), p. 230; FRANZINA, P. (2011). "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 116.

Éste último caso, resulta ser el más próximo a la materia que nos atañe: en ésta situación el TJUE se plantea la cuestión de determinar cuál es la jurisdicción competente para conocer del divorcio de personas con doble nacionalidad común (húngara y francesa) y a su vez, si debe tenerse en cuenta solamente la nacionalidad del Estado con el que los esposos tienen la vinculación más estrecha o si, en cambio se deben tener en cuenta ambas nacionalidades otorgando, a elección de los demandantes, la competencia judicial internacional a los tribunales de ambos Estados. La solución que plantea el TJUE es que los foros que determinan la competencia judicial internacional, en virtud de lo establecido en el R. 2201/2003 (*Bruselas II bis*), entre los que se encuentra la nacionalidad de los cónyuges, son alternativos entre sí y por tanto, no existe entre ellos ninguna jerarquía, como tampoco existe, ninguna norma general de competencia en materia matrimonial, al contrario de lo que ocurre con el R. 44/2001 con “el domicilio del demandado”. La respuesta que plantea el TJUE es que *“el forum patriae contenido en el artículo 3.1 letra b) del R. 2201/2003 no permite hacer primar la nacionalidad del foro, ni puede limitarse a la nacionalidad más efectiva. Por tanto, el demandante puede elegir, a su criterio, ante qué tribunales plantear su demanda”*⁶⁹⁵.

Dicho de otro modo, el TJUE en términos de conflicto de nacionalidades opta por una solución que tenga en cuenta ambas nacionalidades, de este modo, lo que ofrece es una posibilidad más a los litigantes, *“pues las distintas nacionalidades comunitarias que ostente un sujeto están en situación de igualdad”*⁶⁹⁶. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE es inamovible: las nacionalidades de Estados de la Unión están en

⁶⁹⁵ MAESTRE CASAS, P. (2010). “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*, 2(2), p. 290; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial: A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009”. *Diario La Ley*, (7312), p. 1.

⁶⁹⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). “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*, (4), p. 197.

un plano de absoluta paridad, con lo que ninguna autoridad europea puede dar preferencia a una nacionalidad frente a otra.

76. No obstante no se debe perder de vista que la solución a la que llega el TJUE está concebida en sede de competencia judicial internacional, y que el caso de nos atañe se desarrolla en el plano de la ley aplicable. A este respecto las opciones sobre cómo abordar el problema en sede de ley aplicable no está tan claro: Unos proponen la elección de la nacionalidad común más efectiva mientras que otros defienden el descarte de la conexión de la nacionalidad cuando no sea viable aplicando, de ese modo, la *lex fori*⁶⁹⁷.

A mi juicio, la conclusión a la que llega el TJUE en sede de competencia judicial internacional no es trasladable en el ámbito de ley aplicable. La balanza no debería inclinarse ni escogiendo la nacionalidad común más efectiva (porque podría ser discriminatoria), ni aplicando la *lex fori* (que podría no estar vinculada con los cónyuges). Se formula una tercera propuesta: si se parte de que en el R. 1259/2010 los puntos de conexión son en cascada y jerarquizados, la solución al problema de la doble nacionalidad común, se solucionaría teniendo en cuenta los objetivos previstos en el mismo Reglamento *Roma III*, es decir, determinando la ley más próxima a los cónyuges en litigio a falta de elección por las partes. En cuyo caso, tendría que ser una de las leyes propuestas en el art. 8 R. 1259/2010, que bien podrían coincidir con la *lex*

⁶⁹⁷ La doctrina que propone la elección de la nacionalidad común más efectiva: HAMMJE, P. (2011). "Le nouveau règlement (UE) n° 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". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 291.

Doctrina en favor de la *lex fori*: Vido estima que la opción de indagar la nacionalidad más efectiva puede llegar a ser censurable (por discriminatoria) en tanto que la ley italiana da prioridad a la ley del foro cuando el doble nacional ostenta la nacionalidad del Estado del foro y por tanto resultaría contraria a la igualdad de los Estados miembros; VIDO, S. (2012). "The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(1), p. 229; FRANZINA, P. (2011). "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 117.

fori, pero no sería impuesto de modo imperativo sino como la mejor solución para los cónyuges por presentarse ésta más próxima que cualquiera de las otras opciones previstas.

77. Una vez analizada la manera de proceder que ofrece el TJUE ante dobles nacionalidades comunes de Estados miembros de los cónyuges, surge una duda, sobre cuál será pues la manera de proceder a la hora de resolver la doble nacionalidad cuando afecte a nacionales de Estados miembros y de terceros Estados, ¿seguirá el TJUE con el mismo criterio de igualdad ante casos de doble nacionalidad común mixta?⁶⁹⁸ En estos casos, la problemática jurídica está servida: por un lado, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su art. 21 reconoce el derecho de no discriminación a todas las personas, independientemente de la nacionalidad que ostenten⁶⁹⁹; por otro lado, el Considerando 22 del R. 1259/2010 anima a solucionar dicho problema con el Derecho interno de cada Estado miembro⁷⁰⁰. Por tanto, teniendo en cuenta ambos parámetros, chocaría de modo frontal el principio de no discriminación con respecto a la aplicación del Derecho interno que podrían privilegiar la nacionalidad del foro.

(3) *Problema de apátridas*

78. En los casos de *apatridia*, el R. 1259/2010 omite una regulación al respecto. Como el Reglamento *Roma III* guarda silencio en este asunto se

⁶⁹⁸ ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial: A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009”. *Diario La Ley*, (7312), p. 9; A modo de ejemplo, ALVAREZ GONZALEZ, se pregunta si sería aplicable la doctrina sentada por el TJCE en un supuesto de demanda de divorcio presentada en España por uno de los cónyuges, poseyendo ambos la doble nacionalidad española y chilena.

⁶⁹⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE C 364/1 de 18.12.2000)

⁷⁰⁰ Considerando (22) R. 1259/2010 “*en los casos en 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 Unión Europea*”.

deduce que existe un fallo de conexión cultural. En este caso la lógica estima que ésta conexión no puede operar en relación a los cónyuges apátridas por no tener nacionalidad y, por ende, no tener un derecho propio al que acogerse⁷⁰¹.

(4) *¿Es posible la renuncia a una doble nacionalidad?*

79. Por último, resulta interesante hacer mención a otra nueva posibilidad ante la que la doble nacionalidad puede aparecer a modo de problemática jurídica en tanto que se podría provocar un supuesto de conflicto móvil por una acción directa y voluntaria de los particulares. Dicho de otro modo, se podría dar la situación en la que una persona con doble nacionalidad pretendiera renunciar a una de sus nacionalidades con el propósito fraudulento de descartar la ley aplicable al caso particular, que de no haber renunciado sería la ley del Estado de la nacionalidad renunciada. A la espera de que el TJUE se pronuncie al respecto, la doctrina estima posible que las autoridades de los Estados miembros participantes puedan descartar la validez de la renuncia efectuada por un cónyuge a una de sus dos o más nacionalidades siempre que cumpla dos exigencias⁷⁰²: en primer lugar, que no lesione la doctrina resultante del caso *Micheletti* y en segundo lugar, que la renuncia a la nacionalidad no se sustente en el perverso propósito del cónyuge de provocar la aplicación de una ley no sólo menos cercana a la particular crisis matrimonial sino más imprevisible para el otro cónyuge⁷⁰³.

⁷⁰¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). "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*, 4(1), p. 83.

⁷⁰² ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 566.

⁷⁰³ Vid. apartado 39 Sentencia *Micheletti* (STJCE de 7 julio 1992, C-369/90, Rec. p. I-04239, *Micheletti*): "No corresponde a un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado".

(d) Lex materialis fori, como cláusula de cierre

80. En el caso de cónyuges que no hayan tenido residencia habitual común o no la hayan conservado por lo menos durante el transcurso de un año antes de la interposición de la demanda y que no ostenten la misma nacionalidad, el juez que conozca el caso deberá aplicar la propia ley nacional. Éste último punto de conexión se presenta como “conexión de cierre”⁷⁰⁴. La aplicación de la ley del foro, es decir, la ley del país cuyos tribunales conocen el asunto, se presenta como la última opción y siempre en defecto de todos los puntos de conexión anteriores, tal como dispone el Reglamento que establece que “a falta de una elección según lo establecido en el art. 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado (...)d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda” (siempre en defecto de lo establecido en los puntos a, b y c del mismo art. 8 R. 1259/2010)⁷⁰⁵.

Resulta interesante mencionar que la mayoría de Estados miembros no participantes en la cooperación reforzada del R. 1259/2010 (Irlanda, Chipre, Países Bajos, Finlandia, Suecia y el Reino Unido) se acogen a ésta solución de aplicar la *lex fori*, debido al rechazo que les supone en supuestos de separación judicial o divorcio aplicar un derecho extranjero⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), pp. 328-329.

⁷⁰⁵ Art. 8.d R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁷⁰⁶ Consejo de la Unión Europea, 17046/1/10 REV 1 JUSTCIV 214 JAI 1008, Expediente interinstitucional 2010/0067 (CNS), Nota de Coreper a Consejo. Bruselas, 1 de diciembre de 2010. En el Anexo IV del documento se recoge la declaración de Finlandia que considera “lamentable que las negociaciones sobre la propuesta original del Reglamento Roma III no se lograra suficiente flexibilidad para tener en cuenta de una manera imparcial las diferencias nacionales de los Estados miembros”; y en el Anexo V del documento se recoge la declaración de Suecia que manifiesta que “ el derecho a a divorciarse, así como el derecho a contraer matrimonio son derechos fundamentales (...) y lamenta que contenga soluciones que en la práctica crean excepciones que limitan el derecho al divorcio en determinados grupos”; Sobre la ley aplicable a las crisis

81. La justificación que da el legislador de la UE a la aplicación de la ley del foro surge por el fallo de previsión de las conexiones anteriores. Es decir, en defecto de *conexión social* por resultar difícil o imposible identificar el país en el que los cónyuges tienen su residencia habitual común o bien porque ésta dejó de serlo más de un año antes de la interposición de la demanda, y , a su vez, en defecto también de la *conexión cultural* en tanto que ambos cónyuges no ostentan una misma nacionalidad sino que son de nacionalidades diferentes. Pues bien, el legislador establece como última opción para determinar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, una *conexión judicial*: la *lex fori*, con la finalidad última de garantizar bajo cualquier circunstancia la tutela judicial efectiva.

Ello significa que esta conexión de la *lex fori* operará previsiblemente sólo en casos de los llamados “divorcios altamente internacionales”. Dicho de otro modo, la ley del foro debe operar sólo en supuestos de divorcio cuyos elementos se hallen muy dispersos por diferentes Estados: cónyuges de distinta nacionalidad que no tienen su residencia habitual en el mismo Estado ni la han tenido jamás o que tuvieron su residencia habitual en un Estado por un periodo fugaz hace más de un año. Por tanto, resulta difícil plantear un ejemplo en el que aplicando los foros de competencia judicial internacional del R. 2201/2003 se tenga que aplicar la *lex materialis fori*. En este sentido, si se tiene en cuenta en primer lugar, que los tribunales de un Estado miembro sólo se declararán competentes en el caso de que concurra alguno de los foros de competencia judicial internacional previstos en el R. 2201/2003 o bien según lo que establezcan sus propias normas de competencia judicial internacional de producción interna. Y si además, se tiene en cuenta, con base en el “*principio de vinculación mínima suficiente*” la competencia de dicho tribunal se ha justificado, la lógica pone de manifiesto que con la *lex fori* existe, aunque sea de manera

matrimoniales en estos países. *Vid.* Fuente (última fecha de consulta: 17.7.2015):
https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es.do

remota y a modo de cierre, una conexión real entre el litigio del divorcio o separación y la ley del Estado cuya legislación resulta ser aplicable⁷⁰⁷.

3. Especial consideración a la determinación de ley aplicable en los casos de conversión

82. Una cuestión que no aparecía en la propuesta presentada a la Comisión que se introdujo en el texto final del R. 1259/2010 fue la determinación de ley aplicable en aquellos supuestos de hecho en los que la separación judicial se transforma en divorcio.

El art. 9 del *Roma III* establece que salvo que las partes hayan convenido otra cosa con base en la autonomía de la voluntad del art. 5.2 R. 1259/2010, a los casos en los que una situación de separación judicial devenga en divorcio se les aplicará la ley que se les haya aplicado en su separación. En el caso de que la ley que se aplicó a la separación judicial no contemple la posibilidad de conversión de la situación de hecho, el juez deberá aplicar, siempre que los cónyuges no hayan llegado a un *pactum de lege utenda*, lo dispuesto en el art. 8 R. 1259/2010⁷⁰⁸. Por tanto, y dicho de otro modo, en casos de conversión de separación en divorcio, como regla general y salvo que las partes en litigio hayan llegado a un acuerdo, será la ley que se haya aplicado en la separación la misma que se vaya a aplicar en el divorcio.

83. Será importante no perder de vista las diferencias legislativas que muestran los diversos ordenamientos jurídicos, en tanto que en algunos la separación se presenta procesalmente hablando como paso

⁷⁰⁷ El principio de vinculación mínima suficiente se ve sustentado por el Art. 24 CE (tutela judicial efectiva) y el art. 6 CEDH (Derecho a un proceso equitativo); CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). "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*, 4(1), p. 84; CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "El reglamento (UE) nº 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*, 15(39), p. 582.

⁷⁰⁸ FRANZINA, P. (2011). "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 118.

previo al divorcio, en otros ordenamientos pueden aparecer tanto la separación judicial como el divorcio como figuras independientes, en otras legislaciones no se regula la separación judicial mientras que en otras se regulan tanto la separación judicial como la separación de hecho, y en todos los ordenamientos en los que se regula la separación judicial los efectos que ello comporta muchas veces sólo coinciden en parte⁷⁰⁹. Pero, aunque la variedad es infinita lo importante es que el legislador acota el alcance de la separación a la estrictamente judicial. Con ello se quiere poner de relieve que dicha relajación del vínculo matrimonial, para que pueda aplicarse en el contexto del art. 9 R. 1259/2010, deberá ser decretado por cualquier órgano judicial propio de los Estado Miembros con competencia para ello.

⁷⁰⁹ GALLANT, E. (2013). "Conversion de la séparation de corps en divorce.- article 9". EN S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. european divorce law* (39th ed). Paris, LexisNexis, pp. 585-587.

V. LIMITES A LA APLICACIÓN DE LA LEY DESIGNADA

1. Ante las diferencias sustanciales existentes entre las diferentes legislaciones de los distintos Estados miembros, el legislador europeo, no ajeno a la diversidad normativa contemporánea, dispone en el texto del Reglamento 1259/2010 una serie de artículos, a los que se ha llegado como resultado de tensas negociaciones y acuerdos, en los que se muestra la solución jurídica cuya convivencia en un mismo instrumento resulta sorprendente⁷¹⁰. El legislador europeo dispone de una serie de límites a la aplicación de la ley extranjera designada en los que habilita al juez que conoce del asunto de separación o divorcio a desplazar por la ley del foro a la ley extranjera designada. No se trata de una cláusula de orden público en cuanto a que no está pensada para preservar la integridad de los principios y valores fundamentales de los Derechos nacionales de los numerosos Estados miembros participantes, sino que más bien se trata de una cláusula que rehúsa, de modo excepcional, el derecho extranjero designado con la finalidad de respetar un *“nuevo orden público internacional comunitario”*⁷¹¹.

2. El R. 1259/2010, en su artículo 10, extiende la aplicación de la ley del foro *“cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 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”*. Por tanto, será de aplicación la *lex fori* para disolver o relajar un vínculo matrimonial en dos supuestos bien distintos: en primer lugar, si la ley extranjera designada no prevé el divorcio y en segundo lugar, si resulta que no lo concede por motivos discriminatorios de sexo, igualdad de acceso al

⁷¹⁰ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 61.

⁷¹¹ ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 593.

divorcio o separación judicial⁷¹². Por tanto, el juez a la hora de aplicar el art. 10 R. 1259/2010 tan sólo deberá comprobar que el Derecho extranjero incurra en alguno de los dos supuestos descritos.

1. Exclusión por desconocimiento del divorcio

3. En el primero de los casos lo que resulta importante, para que sea aplicable el art. 10 R. 1259/2010 es precisamente la falta de regulación al respecto. Es decir, resulta indiferente que la ley designada sea menos favorable o más compleja en lo que a la obtención del resultado de divorcio se refiere⁷¹³. Con lo que, sólo será extensiva la aplicación de la ley del foro si la ley extranjera designada no contempla el divorcio, sin que resulte significativo que la ley señalada sea más o menos estricta que la ley del foro⁷¹⁴. Ésta cláusula fue gestada en un momento en el que Malta era el único Estado Miembro de la Unión que no contemplaba la posibilidad del divorcio⁷¹⁵. Sin embargo, a día de hoy esta apreciación de extensión de la ley del foro en caso de desconocimiento de la figura del divorcio no tiene mucha razón de ser en tanto que los 28 Estados Miembros regulan en sus respectivos Derechos materiales la disolución definitiva del matrimonio.

Una vez más se pone de manifiesto que el Reglamento *Roma III* persigue garantizar al ciudadano europeo la posibilidad de poder disolver de manera definitiva un matrimonio, sin meterse en la celeridad del resultado, es decir, se muestra claramente como una norma *pro divortii*.

⁷¹² Resulta interesante adelantar que los límites a la aplicación de la ley designada son supuestos diferentes a la cláusula de orden público internacional. *Vid.* Capítulo IV, apartado VI.2.A de la presente tesis: “*Diferencias entre la cláusula de rechazo de ley extranjera designada y el orden público internacional*”.

⁷¹³ ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all’europea. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 258.

⁷¹⁴ GRUBER, P. (2012). “Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung”. *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 391.

⁷¹⁵ En mayo de 2011 tras un referéndum Malta legalizó el divorcio convirtiéndose de ese modo en el último Estado miembro de la Unión en reconocer el divorcio y dejando a Filipinas y al Estado Vaticano como los dos únicos países en el mundo en los que, a día de hoy, no se reconoce el divorcio.

4. Con respecto al desplazamiento de la ley extranjera designada por la ley del foro en el caso de que ésta no contemple la figura del divorcio resulta interesante hacer dos apreciaciones: La primera de ellas es que sorprende que el legislador de la UE no haya contemplado a su vez la posibilidad de desplazar la ley extranjera designada en caso de que no se contemple en ella la separación judicial en tanto que sólo dispone que se aplicará la ley del foro “cuando la ley aplicable con arreglo a los art. 5 u 8 no contemple el divorcio(...)” pero nada dice acerca de la separación judicial, lo cual pone en duda que la extensión de la aplicación de la ley de foro pueda ser aplicable también en los casos en los que la ley designada no contemple la figura de la separación judicial, aunque sí forme parte del ámbito de aplicación del R. 1259/2010⁷¹⁶. Puede significar dos cosas: o bien que el legislador omitió involuntariamente la posibilidad de hacer extensible dicha cláusula también a la separación judicial, o bien que sólo estima pertinente garantizar la posibilidad de extinción del vínculo matrimonial (divorcio) y no tanto el de relajación de dicho vínculo (separación). Sea como fuera, a día de hoy con el texto en la mano, y a la espera de que el TJUE se pronuncie, la cláusula de extensión de la ley del foro, no sería aplicable en los casos de separación judicial, lo cual quiere decir que si la ley extranjera designada no contempla la separación judicial no será posible someterse al art. 10 del R. 1259/2010 y por tanto no será aplicable la ley del foro sino que deberá aplicarse la ley designada⁷¹⁷. En este caso, lo que sucederá es que no podrá obtenerse la separación judicial mediante esta vía, es decir que en este supuesto el Derecho extranjero no sería desplazado sino que simplemente no se podría declarar la separación⁷¹⁸. Sin embargo, no hay que perder de vista que dado el

⁷¹⁶ JOUBERT, N. (2013). “Application de la loi du for”. En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris, LexisNexis, p. 596.

⁷¹⁷ Podría suceder en Alemania, donde no se contempla la separación judicial. *Vid.* Anexo I de la presente tesis.

⁷¹⁸ HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 62.

carácter universal del R. 1259/2010, con base en el art. 5 del mismo, cualquier matrimonio podría solicitar la aplicación de la *lex fori* a la separación judicial, de manera que aquellos matrimonios que no deseen una ruptura definitiva podrían seguir optando por la aplicación de la ley del foro en caso de que quisieran tan solo relajar su vínculo matrimonial.

La segunda de las precisiones viene dada en el supuesto de que en la legislación extranjera designada sí se contemple el divorcio, pero de una forma determinada que no incluye determinados supuestos como sería el caso de las uniones homosexuales. Para entender éste supuesto Herranz Ballesteros propone *grosso modo* el ejemplo siguiente: un nacional varón español contrae matrimonio civil en España con un nacional varón italiano. Ambos se trasladan a vivir a Italia y unos años más tarde, la relación entre ellos no va bien y el nacional español vuelve a trasladarse a España donde fija su residencia habitual y tras seis meses de residencia en España interpone demanda de divorcio ante los tribunales españoles que, de acuerdo al artículo 3 del Reglamento 2201/2003 aceptan la competencia judicial internacional⁷¹⁹. Ante la falta de elección de ley aplicable por parte de ambos, resulta aplicable el segundo punto de conexión del art. 8 R. 1259/2010 que determina que “*será aplicable la ley del Estado (...)b) en 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 el momento de la interposición de la demanda (...)*”. Por tanto, por regla general en éste supuesto concreto resultaría aplicable la ley italiana. Sin embargo, como ya se sabe, en Italia se considera matrimonio a aquellas uniones formadas única y exclusivamente por hombre y mujer, es decir, parejas heterosexuales⁷²⁰. ¿Sería, por tanto, aceptable la aplicación del art.

⁷¹⁹ Art. 3 R. 2001/2003: “*En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: (...) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso de Reino Unido e Irlanda, tenga allí su domicilio (...)*”.

⁷²⁰ Según la legislación italiana, para que un matrimonio civil sea válido se requiere, entre otra documentación, el llamado certificado *Nulla Osta* (de la locución latina *nihil*

10 R. 1259/2010 de extensión de la ley del foro para situaciones de matrimonios homosexuales? Es decir, ¿podría el tribunal español dejar de aplicar la ley extranjera designada (la italiana) y sustituir su aplicación por la ley del foro (la española) con base en el art. 10 R. 1259/2010? Al ser el R. 1259/2010 *pro divortii* se considera que sí sería posible, ya que no resultaría coherente que los tribunales de un Estado cuyo ordenamiento contempla el divorcio entre homosexuales no pudiera disolver dicha unión, tal como es de ver, a su vez, en el Considerando (24) R. 1259/2010 que cree que *“en algunas situaciones es oportuno, no obstante, que se aplique la ley del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda, por ejemplo cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o cuando no conceda a uno de los cónyuges, por razones de sexo, igualdad de acceso al divorcio o la separación judicial. Estos supuestos deben entenderse, no obstante, sin perjuicio de la cláusula relativa al orden público”*. Sin embargo, con el propósito de ser solventado y aclarado, sería prudente que la problemática de estos supuestos se incluyera, en el informe de adaptación del Reglamento que los Estados miembros tienen previsto comunicar a la Comisión con base en la cláusula de revisión del R. 1259/2010⁷²¹.

obstat, que significa “nada se opone”), en el que se certifica el cumplimiento, entre otros, de los siguientes requisitos: ser mayor de edad, no estar vinculado a otro matrimonio anterior y ser del sexo opuesto al otro contrayente. Véase *Il Codice Civile* Italiano (R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile; Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942), libro primo “delle persone e della famiglia”, titolo VI “del matrimonio”, capo III “del matrimonio celebrato davanti l’ufficiale dello stato civile”, sezione I “delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio” (art. 84-92) y sezione IV “della celebrazione del matrimonio” (art. 107: (...)) la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie”).

⁷²¹ Artículo 20 R. 1259/2010(DOUE L 343/15 de 29.12.2010) Cláusula de revisión: *“1. A más tardar el 31 de diciembre de 2015, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del presente Reglamento. En caso necesario el informe irá acompañado de propuestas de adaptación del presente Reglamento. 2. A tal fin, los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión la información pertinente sobre la aplicación del presente Reglamento por sus órganos jurisdiccionales”*.

2. Exclusión por regulación discriminatoria de acceso al proceso de separación o divorcio

5. En el segundo de los casos, para que sea aplicable el art. 10 R. 1259/2010 que permite el desplazamiento de la ley extranjera designada por la *lex fori* es en el caso en que la ley designada “no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial”. Se trata de descartar la aplicación de la ley extranjera designada por considerar que vulnera los principios fundamentales del foro (como ocurre *grosso modo* con la cláusula de orden público)⁷²². El llamamiento directo de la ley del foro sigue claramente la estela del *favor divortii*⁷²³. La norma evidentemente (art. 10) hace referencia al repudio en tanto que si el cónyuge del sexo discriminado no tiene acceso al divorcio o a la separación, la autoridad judicial deberá aplicar su propia ley interna, es decir, que la solución pasa por la aplicación de la *lex fori*⁷²⁴.

Esta cláusula de exclusión nace del interés de algunos Estados por afianzar su particular manera de entender el *ius connubii* como derecho fundamental⁷²⁵. Y el legislador europeo justifica la aplicación de la ley del foro no con base en un sistema jurídico nacional determinado sino con base en los principios del Derecho de familia de la UE que aunque

⁷²² Se trata de un tema que por el alcance que presenta en relación a la cláusula de orden público, será tratado con más detenimiento en el apartado siguiente de la presente tesis “Problemas de aplicación”; HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), p. 63.

⁷²³ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 333.

⁷²⁴ ZANOBETTI, A. (2012). “Divorzio all’europa. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, p. 258.

⁷²⁵ MARTINELL GISPert-SAUCH, J. M. (2002). “El derecho a contraer matrimonio, inmigración y fraude de ley”. *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos*, (2), pp. 277-311.

incipientes, son existentes y que buscan asegurar su peculiar forma de precisar el derecho a contraer matrimonio válido, integrado en el derecho a la vida privada y familiar que reconoce el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales⁷²⁶.

⁷²⁶ INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, 11 enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5. de 8 de mayo de 1964 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (BOE, num 243, de 10 de octubre de 1979; BOE-A-1979-24010): Establece el art. 8 del Convenio que *“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”*. Y por otro lado, bajo el título de Derecho a contraer matrimonio, el art. 12 establece que *“a partir de la edad núbli, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”*.

VI. PROBLEMAS DE APLICACIÓN

1. Exclusión del reenvío

1. El art. 11 R. 1259/2010 dispone que cuando el Reglamento prescriba la aplicación de la ley de un Estado deberá entenderse como realizada “a las normas jurídicas en vigor de dicho Estado con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado”. De este modo prohíbe el legislador europeo la técnica de identificación última de determinación de ley aplicable a la separación judicial o al divorcio, en todas sus modalidades, es decir, no sólo se prohíbe el reenvío de primer grado como el reenvío de segundo grado sino que dicha prohibición de reenvío alcanza también a los supuestos de *pactum de lege utenda*⁷²⁷. Por tanto, la ley designada por las normas de conflicto del R. 1259/2010 será la ley material del Estado del que se trate, sin que se incluyan las propias normas de conflicto del mismo.

2. Con la exclusión del reenvío se busca contribuir, una vez más, a cumplir con los objetivos previstos en el R. 1259/2010 tanto de previsibilidad como de seguridad jurídica, lo cual es indicativo de lo tajante que se presenta la exclusión *sine exceptione* del reenvío⁷²⁸. Y nada tiene de sorprendente que el legislador haya incluido esta cláusula en el texto normativo, ya que la solución adoptada por el legislador en el R. *Roma III* sigue la misma línea que se ha mantenido con sus homólogos los Reglamentos *Roma I* y *Roma II*⁷²⁹.

⁷²⁷ Álvarez de Toledo opina que hacer uso del reenvío de primer grado no haría ningún daño a la seguridad jurídica; ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 644.

⁷²⁸ Considerandos (9), (15), (19), (21), (23) y (29) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁷²⁹ HAMMJE, P. (2013). “Article 11.- exclusion du renvoi”. En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed., p. 605-613). Paris, LexisNexis, p. 605; Art. 20 R. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L

3. De haberse aceptado la posibilidad de reenvío daría lugar a la posibilidad de que los tribunales del foro tendrían que aplicar las normas de conflicto de Convenios Internacionales que, pueden no estar en vigor en ese Estado, pero sí estarlo en el Estado al que remitiese la norma de conflicto del foro⁷³⁰. Por tanto, la solución de exclusión del reenvío es del todo acertada ya que de lo contrario sería materialmente imposible llegar a ofrecer soluciones uniformes.

2. Orden público internacional

4. La cláusula de orden público internacional constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en virtud de la cual se descarta la aplicación de la ley extranjera por resultar contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori*) que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país. La finalidad principal es proteger los valores fundamentales del Estado del foro contra resultados inaceptables que pudieran derivarse de la aplicación del derecho extranjero⁷³¹.

En el ámbito concreto del Derecho de Familia que nos atañe el legislador comunitario ha considerado conveniente introducir en el R. 1259/2010 la posibilidad de que el órgano judicial que conozca de un supuesto de separación judicial o divorcio, siempre que concurren

177/6 de 7.7.2008.; Art. 24 R. 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 L 199/40 de 31.7.2007).

⁷³⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 364.

⁷³¹ Study on the Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, p. 27; Estudio de 2010 sobre la interpretación de la excepción de orden público al que hacen referencia los instrumentos de la UE de Derecho procesal privado e internacional, elaborado por el profesor Burkhard Hess y el profesor Thomas Pfeiffer, Universidad de Heidelberg (Alemania), p. 27. Fuente (última fecha de consulta: 28.6.2015) [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453189/IPOLJURI_ET\(2011\)453189_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453189/IPOLJURI_ET(2011)453189_EN.pdf)

circunstancias extraordinarias, pueda descartar la aplicación de una ley extranjera si ésta resultara ser contraria a los principios generales del ordenamiento jurídico del foro⁷³². De este modo dispone el art. 12 R. 1259/2010 que *“sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”*.

5. El carácter restrictivo que identifica de modo singular la cláusula de orden público se materializa en la puntualización que realiza el legislador en el propio art. 12 con la expresión *“manifiestamente incompatible”*⁷³³. Ello quiere decir que opera sólo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario en aras a proteger la organización moral y económica de la sociedad en cuestión. Se trata por tanto de una cláusula claramente excepcional⁷³⁴.

6. En los orígenes gestacionales del R. 1259/2010 se pretendía disponer que la cláusula de orden público internacional pudiese actuar únicamente frente a la aplicación de leyes extranjeras de terceros Estados, no contra la aplicación de los ordenamientos propios de los Estados miembros de la UE. Sin embargo, finalmente, el legislador europeo añadió la cláusula de orden público justificando su *modus operandi* con el Considerando (25) del R. 1259/2010 en el que se puntualiza que *“los órganos jurisdiccionales no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar una disposición de la ley de otro Estado si con ello vulnera la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su art. 21, que prohíbe toda forma de discriminación”*. Por

⁷³² VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). “La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: El nuevo reglamento (UE) Nº 1259/2010”. *Revista General de Derecho Europeo*, (24), p. 27.

⁷³³ GRUBER, P. (2012). “Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung”. *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), p. 391.

⁷³⁴ Considerando (8) y Art. 20 sexties de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Documento COM – Comisión de las Comunidades Europeas- (2006), 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 11 y p. 13 respectivamente.

tanto se podría decir que el orden público del que habla el legislador es realmente un orden público europeo⁷³⁵.

7. La forma en la que aparece redactada la cláusula de orden público en el R. 1259/2010 suscita una cierta incertidumbre en el ámbito de aplicación de ley, es decir, no queda claro qué ley es la que finalmente debe ser la aplicable al caso en el supuesto de tener que aplicar la cláusula de orden público y de ese modo rechazar una ley extranjera designada. A modo de ejemplo, en el caso de que la ley que finalmente resulta excluida por alterar el orden público internacional sea la ley de la nacionalidad de los cónyuges, ¿se debería aplicar directamente la *lex fori* por ser la opción inmediatamente posterior en la escala de puntos de conexión del art. 8 R. 1259/2010? ¿O más bien se debería analizar los primeros supuestos (residencia habitual o residencia habitual reforzada) y con ello determinar qué ley es la que definitivamente debe ser aplicada en un supuesto de hecho de separación judicial o divorcio? ¿Qué debe primar? No existe jurisprudencia que, por el momento solucione esta problemática, sin embargo, con base en que ha quedado claro que el legislador busca aplicar la ley del Estado con el que los cónyuges no sólo “*mantegan el vínculo más estrecho*” sino que implique “*menores costes conflictuales*” se deduce el mandato implícito de analizar en orden las distintas conexiones que de modo sucesivo aparecen en el art. 8 R. 1259/2010. De todas formas, en aras a simplificar la labor judicial, hubiese sido un acierto que el legislador hubiera añadido una segunda parte en el mismo artículo en el que resolviera la cuestión de manera expresa.

A.DIFERENCIAS ENTRE LA CLÁUSULA DE RECHAZO DE LEY EXTRANJERA DESIGNADA Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

8. Se ha discutido si era de necesaria o no la presencia de esta cláusula de rechazo a la ley extranjera en materia divorcio porque podría resultar superflua por existir ya la tradicional excepción de orden público

⁷³⁵ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 336.

internacional⁷³⁶. Ambas cláusulas, de rechazo y de orden público persiguen el mismo objetivo, dejar de aplicar un derecho extranjero en aras a la protección del interés general del ordenamiento del foro⁷³⁷.

Es decir, si bien tratan aspectos diferentes responden a un mecanismo similar. Esto es, mientras que el art. 10 R. 1259/2010 (cláusula de rechazo) establece dos supuestos en que puede excluirse la ley designada justificada por motivos discriminatorios, el art. 12 R. 1259/2010 (cláusula de orden público) requiere de una acreditación en cuanto a que la ley designada produce un perjuicio⁷³⁸. De ahí que se considere que la exclusión del derecho extranjero en el supuesto de resultar discriminatorio podría considerarse innecesaria en tanto que se trata de una situación que quedaría cubierta por la excepción general de orden público. Por tanto, se trata de una redundancia innecesaria que sólo multiplica mecanismos de salvaguarda⁷³⁹. Habría sido más productivo y desde luego, más eficaz que el legislador hubiese desarrollado las causas que justifican la aplicación de la excepción del orden público en los supuestos de crisis matrimoniales.

9. Las diferencias básicas radican en que en la cláusula de rechazo no es preciso acreditar que, en el caso concreto, la ley extranjera produce un

⁷³⁶ ARENAS GARCÍA, R. (2009). "Algunas propuestas de regularización de las crisis matrimoniales internacionales". *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones:(Dimensiones Interna e Internacional)*, p. 60; HAMMJE, P. (2011). "Le nouveau règlement (UE) n° 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". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 331.

⁷³⁷ De hecho, incluso por su semejanza con la cláusula de orden público, no aparece ni en la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Documento COM – Comisión de las Comunidades Europeas- (2006), 399 final, Bruselas, 17 julio 2006.

⁷³⁸ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Pamplona, Aranzadi, p. 83.

⁷³⁹ HAMMJE, P. (2011). "Le nouveau règlement (UE) n° 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". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 331.

perjuicio para la estructura. Ello tiene como consecuencia inmediata que se presenta como un modo más directo de solucionar el problema que hubiese planteado la aplicación de la ley extranjera y además se trata de una medida libre de carga política⁷⁴⁰. Mientras que la cláusula de orden público internacional sólo debe operar contra la aplicación de un derecho extranjero, no contra el contenido de ese derecho foráneo. Lo cual implica que el precepto que regula el orden público internacional exige un “*plus de motivación*” para descartar la aplicación del Derecho extranjero en materia de divorcio o separación judicial. Se puede decir, por tanto que la aplicación de la cláusula de orden público internacional se mide en función del resultado final del proceso de divorcio y el impacto que pueda provocar en el Estado miembro del foro cuyas autoridades conocen del asunto concreto.

Sin embargo, la línea que separa ambas cláusulas es tan fina, que incluso en la jurisprudencia aparecen de manera conjunta. A modo de ejemplo, ante un matrimonio celebrado en Marruecos en el que en primera instancia se declara la disolución del mismo por divorcio. En segunda instancia el marido impugna y solicita su revocación pretendiendo en primer lugar la no procedencia de la aplicación del derecho español sino de la ley marroquí (por ser esta la nacionalidad de ambos cónyuges) y en segundo lugar, no haberse acreditado por la demandante el contenido y vigencia del derecho de su país, por lo que pretende la recurrente que “no se puede decretar el divorcio y sus consecuencias”. En la Mudawana se regula el divorcio como medio de disolución del matrimonio, pero así como la solicitud del esposo puede ser sin causa, existiendo esta posibilidad para la esposa sólo con consentimiento del esposo (según el art. 89), en cambio la esposa sólo puede solicitar *per se* el divorcio por una de las causas que previene el art. 98, esto es, si concurre en una de las seis causas que prevé el precepto (si es la esposa la que solicita sin consentimiento del esposo), en cambio éste puede instarlo sin que se le exija causa de disolución. La discriminación en este caso resulta evidente. Por tanto, resulta por ello aplicable la ley española (conforme al art. 8 R. 1259/2010 en relación con

⁷⁴⁰ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p.255.

los art. 10 y 12 R. 1259/2010, en tanto que no se permitiría a la esposa solicitar sin causa el divorcio, además de que resultaría ser aplicable la ley española por ser la de la residencia habitual de los conyuges al momento de la interposición de la demanda)⁷⁴¹. La aplicación en este caso tanto de la cláusula de rechazo (art. 10 R. 1259/2010) como de la cláusula de orden público (art. 12 R. 1259/2010) sería correcta.

3. Diferencias entre legislaciones nacionales

10. Aceptando la disparidad de las legislaciones entre los diversos Estados miembros el legislador comunitario configura el art. 13 del R. 1259/2010 en el que se dispone que “*nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento*”.

La finalidad de este artículo pasa por alcanzar la máxima europea de conseguir “*la unidad en la diversidad*”⁷⁴². Con la inclusión de este artículo se quiere proporcionar protección a las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos en dos supuestos concretos⁷⁴³:

El primer supuesto, si las distintas legislaciones de los Estados miembros participantes no contemplan el divorcio establece el articulado del texto que no se obligará a los jueces del lugar a fallar sentencia de divorcio. Sin embargo, a día de hoy, se trata de un supuesto que carece ya

⁷⁴¹ AP La Rioja, sec. 1ª, S 7-4-2014, nº 108/2014, rec.29/2014 (EDJ 2014/70949).

⁷⁴² GUZMÁN ZAPATER, M. (2012). “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: A propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”. En ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. & PENADES FONTS, M.A. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia, p. 522.

⁷⁴³ VIARENGO, I. (2011). “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), p. 622.

de interés en tanto que ya no existe ordenamiento alguno de los distintos Estados miembros que no reconozca la figura del divorcio como modo de disolver de manera definitiva el matrimonio⁷⁴⁴.

Y el segundo supuesto, si las leyes de los Estados miembros participantes consideran que no es válido el matrimonio en cuestión, es el propio Reglamento el que permite a las autoridades nacionales de un Estado miembro participante a apartarse de la aplicación del R. 1259/2010 y en consecuencia no pronunciar sentencia de divorcio o de separación judicial. Es decir, si en aplicación de las leyes del Estado miembro participante un matrimonio no existe como tal, los órganos de dicho Estado miembro participante no tendrán obligación de fallar la disolución o relajación del vínculo matrimonial⁷⁴⁵. Éste segundo supuesto sí presenta interés ya que en él pueden verse reflejados los matrimonios homosexuales, que no podrán solicitar la separación o el divorcio en aquellos Estados miembros participantes que no reconozcan la validez de su matrimonio, que deberán resolver la cuestión conforme a las normas sobre conflicto de leyes aplicables en cada Estado miembro⁷⁴⁶. El fundamento de este segundo supuesto es permitir a los órganos jurisdiccionales no tener que pronunciarse con respecto a una separación o a un divorcio en estos casos⁷⁴⁷. Sin embargo, el problema jurídico de fondo

⁷⁴⁴ Se incluyó este apartado, al igual que en el art. 10 R. 1259/2010, en tanto que en el momento de gestación del Reglamento, Malta aún no regulaba el divorcio, situación que cambió en julio de 2011 tras la celebración de un referéndum con resultado favorable al divorcio; FRANZINA, P. (2011). "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p. 126; BARUFFI, M. C. (2011). "Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"". *Il diritto dell'Unione europea*, 4, p. 890.

⁷⁴⁵ Considerando (26) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

⁷⁴⁶ Considerando (10) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) que dispone que "las cuestiones relativas a la validez del matrimonio se resuelven conforme a las normas de conflicto de leyes aplicables en cada Estado miembro participante".

⁷⁴⁷ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "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*, 15(39), p. 585.

se plantea entorno a la posibilidad de que un supuesto de hecho no sea admitido a trámite, poniendo la situación *de facto* en riesgo de una denegación de justicia con la posible infracción del derecho de tutela judicial efectiva que ello supondría, lo cual resulta implanteable en un Reglamento europeo.

Existen posturas doctrinales divergentes: unos autores se inclinan hacia la inaplicación directa de los requisitos de validez del matrimonio con el único objetivo de permitir que los órganos jurisdiccionales pudieran ordenar su disolución⁷⁴⁸. Mientras que otros autores se decantan por entender que el art. 13 R. 1259/2010 implica necesariamente la aplicación de la *lex fori* a los requisitos de validez del matrimonio⁷⁴⁹. De todas formas, a día de hoy, lo que queda claro es que serán los jueces del foro los encargados de decantarse por cualquiera de las dos opciones.

Desde luego, resulta evidente, a modo de cuestión previa, que la validez del matrimonio restrinja el acceso al divorcio, en tanto que es condición *sine qua non* que exista un matrimonio válido para las autoridades que conocen el asunto para que se pueda tener posibilidad de tramitar una demanda de divorcio, con lo que la otra opción de solución que propone que no se apliquen las normas de la ley del foro a la validez del matrimonio, parece más un atropello a la soberanía de los Estados miembros que una propuesta de construcción de soluciones más adecuadas al tráfico internacional. La pretendida protección de las diferencias existentes en los ordenamientos no puede realizarse a cualquier precio.

⁷⁴⁸ SOTO MOYA, M. (2013). “La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo. Paper presented at the *El Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI)*, 20-22 de Octubre, Córdoba. pp. 604; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2012). “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: Aplicación del Reglamento Roma III en España”. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (7193), p. 14 (nota al pie n. 33).

⁷⁴⁹ DEVERS, A., & FARGE, M. (2012). “Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”. *Semaine Juridique*, (26), p. 1280.

Esta falta de consenso en el *modus operandi* de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en relación a las diferencias entre sus legislaciones nacionales se podría haber resuelto si, por lo menos los Estados miembros participantes en el R. 1259/2010 hubiesen llegado a un acuerdo de unificación del concepto de matrimonio. Habría resultado ser un Reglamento más coherente si se hubiesen unificado los criterios en cuanto a establecer una norma que obligara a los Estados miembros a reconocer como válido el matrimonio que se hubiera celebrado en los demás⁷⁵⁰. Sin embargo, cierto es también que hubiera implicado un cambio en el derecho material de algunos Estados, lo cual no formaba parte de los objetivos de *Roma III* en tanto que éste tan sólo pretende la unificación de normas de conflicto⁷⁵¹. La solución para las consecuencias que implican la división de opiniones con respecto a los matrimonios del mismo sexo se ha acompañado de una Declaración del Consejo pidiendo que la Comisión elabore una propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 por la que se incorpore un *forum necessitatis* para aquellos casos en los que los únicos tribunales competentes sean de países que no conocen el divorcio⁷⁵².

⁷⁵⁰ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Navarra, Aranzadi, p. 85.

⁷⁵¹ De acuerdo a González Beilfuss puede afirmarse que la diversidad de concepciones que existen con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo es causa de que el consenso que existía anteriormente respecto a la noción de matrimonio se haya visto alterado con la irrupción del matrimonio homosexual que pone de relieve la necesidad de llevar a cabo un proceso de convergencia de los distintos derechos materiales; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). "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*, (4), p. 150.

⁷⁵² Documento del Consejo de 26 de noviembre de 2010, 17046/10 JUSTCIV 214, JAI 1008 (COM 2010 – 0105-C7-0315/2010-20100067 (CNS)); CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "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*, 15(39), p. 585; Sánchez Jiménez opina que la solución para estos casos ha de venir de un *forum necessitatis* en tanto que permitiría que los tribunales españoles, en nuestro caso, pudiesen conocer de

4. Sistemas plurilegislativos

11. La remisión a la ley de un sistema plurilegislativo por parte de una norma de conflicto es un supuesto que, en general, puede plantear problemas de aplicación puesto que deberá determinarse cuál resulta ser la ley aplicable de entre las diversas normas existentes en ese Estado. El legislador europeo consciente de la posibilidad de que una remisión al Derecho de un Estado plurilegislativo pudiera suscitar ciertos problemas de aplicación, dispuso dos artículos en el R. 1259/2010 a fin de poder determinar de modo concreto la ley aplicable resultante. Para ello ha tenido en cuenta dos posibles situaciones de remisión a ordenamientos plurilegislativos, o bien de base territorial (art 14 R. 1259/2010: Conflictos territoriales de leyes) o bien de base personal (art. 15 R. 1259/2010: Conflictos interpersonales de leyes), en los que existen diversidad de legislaciones en función de la existencia de diversas religiones o etnias (como podría ser el caso de Argelia o Israel).

A.CONFLICTOS TERRITORIALES DE LEYES

12. Dispone del siguiente modo el art. 14 R. 1259/2010 *“Si un Estado se compone de varias unidades territoriales, cada una de las cuales con su propio sistema jurídico o conjunto de normas respecto de las cuestiones reguladas por el presente Reglamento:*

a) toda referencia a la legislación de tal Estado se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo al presente Reglamento, como una referencia a la legislación vigente en la unidad territorial de que se trate;

b) toda referencia a la residencia habitual en tal Estado se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial;

c) toda referencia a la nacionalidad se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la

un litigio internacional y aplicar así la *lex fori* (en nuestro caso, la ley española) aunque carezcan de un foro concreto de competencia judicial internacional previsto en la LOPJ en aras de garantizar la tutela judicial efectiva y de ese modo evitar la denegación de justicia en casos concretos; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Navarra, Aranzadi, pp. 194-202.

unidad territorial elegida por las partes, o bien, a falta de elección, a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados.”

13. Esta norma dispone la forma en que debe interpretarse la remisión que el Reglamento *Roma III* hace a la legislación de un Estado, a la residencia habitual o bien a la nacionalidad. En los dos primeros, tanto para *legislación* como para *residencia habitual* (art. 14. a) y b) establece una remisión directa en tanto que asemeja el Estado a la unidad territorial de que se trate. Por tanto, en relación a los Estados plurilegislativos en cuyo seno coexisten diversos sistemas legales que regulan el divorcio o separación judicial, se sigue el criterio inglés de forma que cada unidad territorial se considera *per se* un Estado a efectos de identificación de la ley aplicable⁷⁵³.

Por otro lado, en su tercer supuesto (art. 14.c R. 1259/2010) establece un *triple sistema de carácter alternativo* para hacer referencia a la nacionalidad⁷⁵⁴. En este sentido, se deberá tener en cuenta que en el caso de que resulte aplicable la ley nacional común de los cónyuges que resulte ser la de un Estado en el que coexisten diferentes sistemas jurídicos de Derecho privado, será aplicable lo establecido en el art. 14 R. 1259/2010 que dispone que *“si un Estado se compone de varias unidades territoriales, cada una de las cuales con su propio sistema jurídico o conjunto de normas respecto de las cuestiones reguladas por el presente Reglamento(...) c) toda referencia a la nacionalidad se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la unidad territorial elegida por las partes, o bien, a falta de elección, a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente*

⁷⁵³ En Derecho inglés, cada unidad territorial con Derecho propio es tratado *“as a country in the sense of the conflict of laws”*; JAYME, E. (1993). “Non-unified legal systems and european conflicts law, spanish law applied abroad”. En M. V. CUARTERO RUBIO (Ed.), *Cuartas jornadas de derecho internacional privado: Principios objetivos y métodos del derecho internacional privado: Balance y perspectivas de una década*. Madrid, p. 635.

⁷⁵⁴ SILLERO CROVETTO, B. (2014). “Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III”. Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, p. 478.

vinculados". Será aplicable el ordenamiento jurídico determinado por el sistema de Derecho interregional o interfederal de dicho Estado⁷⁵⁵. A modo de ejemplo, en caso de que la determinación de ley aplicable a la separación judicial o divorcio fuese por la conexión de nacionalidad de cónyuges americanos, al ser Estados Unidos un gobierno federal, la ley aplicable resultará ser la propia de la unidad territorial a la que pertenecen dichos cónyuges, es decir, en caso de ser de Chicago, sería aplicable la ley federal de Illinois, por ser la legislación vigente de la unidad territorial a la que pertenecen los esposos.

14. Al tratar el legislador las semejanzas con respecto a los puntos de conexión establecidos en el art. 8 R. 1259/2010 en cuanto a *legislación, residencia habitual y nacionalidad* y aunque parezca que la forma en que aparece regulado el art. 14 R. 1259/2010 sea simplemente a modo de definición normativo la verdad es que, hoy por hoy, existe una imposibilidad de aplicación del art. 14.a, puesto que como cuando el legislador hace referencia "*al foro*", en cuanto sede de la autoridad ante la que se desarrolla el proceso, tan sólo puede tener correspondencia con una unidad territorial de un Estado miembro participante con lo que no puede aplicarse en tanto que en dicha materia no coexisten regímenes legislativos que regulen las mismas materias que el R. 1259/2010⁷⁵⁶.

B. CONFLICTOS INTERPERSONALES DE LEYES

15. Por su parte, establece el art. 15 R. 1259/2010 que "*Toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en lo que se refiere a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento se entenderá como una referencia al sistema jurídico determinado por las normas vigentes en tal Estado. A falta de tales normas, se aplicará el*

⁷⁵⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). "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*, 4(1), p. 83.

⁷⁵⁶ ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León, p. 647.

sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados”.

La norma establece, para la remisión a un Estado plurilegislativo de base personal, un sistema de remisión indirecta en tanto que establece que tienen que ser las propias normas de conflicto internas las que determinen la ley aplicable y, en su defecto, una cláusula de vínculos más estrechos⁷⁵⁷.

16. El art. 15 R. *Roma III* es un artículo que no tiene precedente en sus homólogos *Roma I* y *Roma II*, que aunque no incluyen disposiciones de conflictos de leyes de base personal sí contienen preceptos de conflictos de leyes de base territorial⁷⁵⁸. Se presenta de este modo como uno de los pocos Reglamentos que se preocupa de esta cuestión⁷⁵⁹.

Por lo general, los conflictos de leyes interpersonales de leyes hacen referencia a dos tipos de situaciones en los que se incluye a bien a los individuos que pertenecen a una etnia o bien aquellos que profesan una religión concreta⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ SILLERO CROVETTO, B. (2014). “Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III”. Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, p. 478.

⁷⁵⁸ Art. 22 R. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177/6 de 4.7.2008; Art. 25 R. 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 L 199/40 de 31.7.2007.

⁷⁵⁹ Art. 37 Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁷⁶⁰ PARISOT, V. (2013). “Article 15.- États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit- conflits de lois interpersonnels-”. En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit Européen du divorce. European divorce law* (39th ed). Paris: LexisNexis, p. 648.

**CAPITULO V.- RELACIÓN DEL
R.1259/2010 CON OTROS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES**

I. RELACIÓN DEL R. 1259/2010 CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. A sabiendas de que el Reglamento *Roma III* es el primer reglamento europeo aprobado por medio del mecanismo de cooperación reforzada, resulta interesante valorar cuál es la relación que mantiene tanto con el Reglamento *Bruselas II bis*, como con sus homólogos el Reglamento *Roma I* y el Reglamento *Roma II*, así como con los demás instrumentos internacionales que regulan la materia. Es decir, en primer lugar conocer si existe dependencia del R. 1259/2010 con respecto al R. 2201/2003 así como en segundo lugar juzgar si de alguna manera resulta coherente con la hoja de ruta que siguen sus análogos en la determinación de la ley aplicable, el R. 593/2008 y el R. 864/2007, y con respecto al engranaje con el resto de instrumentos internacionales⁷⁶¹. El objetivo final de este apartado consiste en valorar si el R. 1259/2010 se relaciona de manera armónica con el resto de la normativa internacional.

1. Relación con R. *Bruselas II bis*

2. La relación que tiene el R. 1259/2010 con respecto al R. 2201/2003 viene determinada por la materia sobre la que versan ambos reglamentos: las crisis matrimoniales. La reciprocidad que se quiere que tengan ambos instrumentos de la UE viene determinada en tanto que en la elaboración del Reglamento 1259/2010 se ha buscado la existencia de coherencia con respecto al Reglamento 2201/2003 tal como indica el propio texto “*el presente Reglamento 1259/2010 no afectará a la aplicación del Reglamento (CE) nº 2201/2003*”⁷⁶².

⁷⁶¹Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOUE L 177/6 de 4.7.2008; Reglamento (CE) nº 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 L 199/40 de 31.7.2007.

⁷⁶² Art. 2 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) junto con Considerando (10) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

Se trata de instrumentos que aunque han sido configurados sobre criterios diferentes deben ser aplicados conjuntamente⁷⁶³. En este sentido, mientras que la sombra del ámbito de aplicación del Reglamento *Bruselas II bis* alcanza a la competencia judicial internacional así como a la eficacia extraterritorial de decisiones en separaciones, nulidades y divorcios, el Reglamento *Roma III* por su parte, incorpora en su articulado normas de conflicto que determinan la ley aplicable a separaciones y divorcios. De ahí que se diga que se trata de instrumentos que deben operar de manera colectiva porque entre los dos Reglamentos (El R. 1259/2010 y su análogo en el sector de la competencia judicial internacional, el R. 2201/2003) cubren las cuestiones jurídicas clave de todo litigio en derecho internacional: competencia judicial internacional, ley aplicable y eficacia extraterritorial de las decisiones. Sin embargo y aunque de este hecho se podría interpretar que ambos reglamentos son complementarios porque abarcan la totalidad de los aspectos relevantes de todo litigio transfronterizo, la realidad muestra que entre uno y otro existe una cierta falta de compenetración con las consecuencias que ello conlleva.

A. DESCOORDINACIÓN EN MATERIAS INCLUIDAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE AMBOS REGLAMENTOS.

3. La primera de las manifestaciones en las que queda reflejado el alcance de la descoordinación entre el R. 2201/2003 y el R. 1259/2010 versa sobre las materias que se incluyen en los ámbitos de aplicación de los dos reglamentos. Para que ambos Reglamentos se presentasen como plenamente complementarios deberían, entre otras cuestiones, abarcar las mismas situaciones de hecho en sus respectivos ámbitos de aplicación, es decir, nulidad, separación judicial y divorcio. Sin embargo, como ya se ha visto con anterioridad, el Reglamento *Roma III* excluyó la nulidad de su alcance material, situación de hecho que, por el contrario, sí aparece

⁷⁶³ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Navarra, Aranzadi, p. 93.

incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento *Bruselas II bis*⁷⁶⁴.

4. Esta falta de inclusión de la nulidad en el ámbito de aplicación del R. 1259/2010 provocó gran disparidad de opiniones. Por un lado, una parte de la doctrina calificó la exclusión de la nulidad del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III* de “*poca ambición o falta de prudencia en los objetivos del Reglamento*”⁷⁶⁵. Mientras que, por otro lado, otra parte de la doctrina se mostró favorable a que la nulidad no formara parte del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III*, en tanto que en éste se introduce como novedad la autonomía de la voluntad de las partes para poder elegir la ley rectora a la separación judicial o al divorcio. Dicha libertad de elección de ley se trata de un elemento que parte de la doctrina considera que sería inapropiado para establecer la ley aplicable a la nulidad matrimonial en tanto que no estiman oportuno que se deba dejar que la autonomía de la voluntad de las partes escoja entre diversas leyes al tribunal competente para establecer la ley aplicable a la nulidad matrimonial⁷⁶⁶.

5. Esta falta de coordinación en relación con las materias incluidas implica que para los casos de nulidad matrimonial a los cónyuges involucrados no se les aplicará el R. 1259/2010 para determinar la ley

⁷⁶⁴ Vid. Apartado de “Materias excluidas del ámbito de aplicación material” de la presente tesis.

⁷⁶⁵ GUZMÁN ZAPATER, M. (2012). “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: A propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”. En ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. & PENADES FONTS, M.A. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia, pp. 521-536.

⁷⁶⁶ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 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”. *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 299; ARENAS GARCÍA, R. (2009). “Algunas propuestas de regularización de las crisis matrimoniales internacionales”. *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones:(Dimensiones Interna e Internacional)*, p. 55.

aplicable a su particular situación de hecho. En dichos casos deberá consultarse el derecho material del Estado que esté conociendo el asunto.

B. PELIGRO DE FORUM SHOPPING

6. La segunda manifestación de la falta de complementariedad que existe entre el R. 2201/2003 y el R. 1259/2010 es la posibilidad de que perdure el *Forum Shopping*.

7. En este sentido, el Reglamento *Bruselas II bis* establece una serie de foros de manera alternativa para determinar la competencia judicial internacional. Esta posibilidad de que pueda operar cualquiera de los foros previstos sin ningún tipo de orden jerárquico sumado al vasto número de foros posibles supone que el demandante resulte ser, sin lugar a dudas, la parte beneficiada de las partes en litigio⁷⁶⁷.

De este privilegio que se le concede al demandante se deriva la posibilidad de que, como éste puede escoger el tribunal competente con base en los foros alternativos establecidos en el R. 2201/2003, no desaparezcan ni el *forum shopping* ni la carrera a los tribunales (en la fase de competencia judicial internacional) en tanto que el demandante se apresurará a interponer la demanda ante el tribunal que, dentro de las posibilidades que le ofrece el Reglamento *Bruselas II bis*, mejor se acomode a sus intereses.

8. En esta línea, no hay que perder de vista que uno de los objetivos que el Reglamento 1259/2010 está dispuesto a conseguir es el de establecer un “*marco jurídico claro y completo*” en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial así como “*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 dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses*”⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ Vid. Apartado de “Competencia judicial internacional” del capítulo I de la presente tesis.

⁷⁶⁸ Considerando (9) R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

9. Sin embargo, y aunque la voluntad del legislador es impedir las situaciones en las que una de las partes en litigio resulte perjudicada por la celeridad con la que la otra parte interpone la demanda ante las autoridades que más le beneficien a éste último, está claro que tanto la posibilidad de escoger el foro de competencia judicial internacional (*Forum shopping*) como la rapidez en interponer la demanda de separación judicial o de divorcio ante unos tribunales determinados (carrera a los tribunales), son situaciones en las que se evidencia que el problema que se pretende eliminar perduran en sede de competencia judicial internacional⁷⁶⁹.

Es decir, de haberse tratado de una coordinación total entre el R. 2201/2003 y el R. 1259/2010 la situación de privilegio del demandante debería haber quedado neutralizada⁷⁷⁰. Por tanto, tal y como está configurada la relación entre el Reglamento *Bruselas II bis* y el Reglamento *Roma III*, el *Forum Shopping* es un problema que aunque puede ser parcialmente conseguido en el ámbito de la determinación de la ley aplicable, no se consigue en la fase previa de la determinación de competencia judicial internacional, lo cual resulta paradójico, si la voluntad del Reglamento *Roma III* pasa por configurar un “*marco jurídico claro y completo*”⁷⁷¹.

10. En definitiva, a pesar de haberse unificado las normas de conflicto en sede de ley aplicable a través del Reglamento *Roma III*, la falta de coordinación entre el R. 1259/2010 y el R. 2201/2003 permite que persista el privilegio del demandante y con ello la posibilidad de *Forum Shopping*.

⁷⁶⁹ QUEIROLO, I., & CARPANETO, L. (2012). “Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento "Roma III"”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 48(1), p. 75.

⁷⁷⁰ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Pamplona, Aranzadi, p. 95.

⁷⁷¹ Más adelante (en el apartado de “autonomía de la voluntad de las partes” de la presente tesis) se volverá a la idea de porqué se cree que en la fase de determinación de ley aplicable el objetivo de eliminar la carrera a los tribunales se considera sólo conseguido de manera parcial.

Por tanto, el objetivo de establecer un marco jurídico claro y completo no se consigue de manera plena en tanto que el *Forum Shopping*, aunque sí queda mitigado en sede de ley aplicable, no se ve eliminado en sede de competencia judicial internacional.

C. RIESGO DE NO PODER HACER EFECTIVO UN PACTO VÁLIDO

11. Una tercera manifestación de la falta de articulación entre el Reglamento *Bruselas II bis* y el Reglamento *Roma III* es el riesgo que existe de no poder hacer efectivo un *pactum de lege utenda* válido.

12. Ésta descoordinación entre ambos reglamentos se deriva de la aprobación del R. 1259/2010 por medio del mecanismo de cooperación reforzada. Sin perder de vista que la articulación entre ambos Reglamentos permite que perduren los problemas de *forum shopping* y la carrera a los tribunales en el ámbito de la competencia judicial internacional, hay que añadir la problemática que se deriva del hecho de que el Reglamento *Roma III* se haya aprobado por el mecanismo de cooperación reforzada. En este sentido, el hecho de que el R. 1259/2010 no forme parte del acervo comunitario añade otro problema de articulación que evidencia la descoordinación existente entre ambos reglamentos. En este sentido, el hecho de que el Reglamento *Roma III* únicamente pueda ser aplicado por las autoridades de los Estados miembros participantes en propio Reglamento, conlleva la posibilidad de que se puedan presentar dos situaciones distintas en lo referente a la determinación de la ley aplicable, y por tanto en la relación que mantienen el Reglamento *Bruselas II bis* y el Reglamento *Roma III*.

Un primer caso podría ser que, una de las partes en litigio, a raíz de lo dispuesto en alguno de los foros establecidos en el Reglamento *Bruselas II bis*, interpusiera la demanda ante una autoridad judicial que coincidiera ser a su vez tribunal de un Estado miembro participante en el Reglamento *Roma III*. En este primer caso, no existiría impedimento alguno y la relación entre ambos Reglamentos se realizaría de manera coordinada.

Sin embargo, se podría dar un segundo caso, en el que una de las partes en litigio, siempre de acuerdo a lo establecido en el R. 2201/2003, plantea la demanda ante los tribunales de un Estado que resulta no ser

Estado participante en el R. 1259/2010. En esta situación, aunque los cónyuges hubiesen establecido un pacto de ley válido, sería la *lex fori* la encargada de determinar con base en sus normas propias de derecho material la ley que resulta aplicable al litigio en cuestión, sin tener en cuenta lo establecido en el Reglamento *Roma III*.

Por tanto, esa amplitud de foros de competencia del Reglamento *Bruselas II bis* que permite al demandante elegir si interpone la demanda de separación o divorcio ante los tribunales de algún Estado miembro participante o no participante en el Reglamento *Roma III* tiene como consecuencia la posibilidad de que, en el caso de que finalmente resulte competente el tribunal de un Estado miembro no participante en el Reglamento *Roma III*, pueda no hacerse efectiva la elección de ley aplicable que los cónyuges hayan podido realizar válidamente de acuerdo a lo establecido en el art. 5 R. 1259/2010⁷⁷².

13. La falta de coordinación entre el R. 2201/2003 y el R. 1259/2010 merecen ser duras, ya que dicha ausencia de compenetración entre el Reglamento *Bruselas II bis* y el Reglamento *Roma III* tiene una consecuencia perjudicial inmediata en tanto que incide de manera dañina en la realización de los objetivos del R. 1259/2010⁷⁷³. Está claro que la falta de complementariedad entre el R. 2201/2003 con respecto al R. 1259/2010 limita en cierto modo los logros del Reglamento *Roma III*. Quizás la solución se habría encontrado en la articulación que se hizo al respecto en el texto del Reglamento *Roma III* cuando éste se encontraba todavía en fase de propuesta que trataba de remediar ciertos aspectos discordantes del R. 2201/2003⁷⁷⁴. De haber prosperado la modificación que se pretendía

⁷⁷² SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Pamplona, Aranzadi, p. 95.

⁷⁷³ QUEIROLO, I y CARPANETO, L consideran que la UE ha procedido de manera “farragosa, perdiendo la visión de conjunto (...) aprobando una normativa incoherente con los objetivos que refiere”; QUEIROLO, I., & CARPANETO, L. (2012). “Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento "Roma III"”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 48(1), p. 71.

⁷⁷⁴ HAMMJE, P. (2011). “Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi

de las normas de competencia recogidas en el R. *Bruselas II bis*, la coordinación entre ambos Reglamentos habría sido distinta⁷⁷⁵. A la UE le faltó paciencia para abordar los cambios pretendidos en materia de competencia judicial internacional.

D. PROBLEMA DE LITISPENDENCIA

14. La existencia de un proceso ya abierto ante un tribunal extranjero plantea una cuestión: de no haberse aprobado el R. 1259/2010 por el mecanismo de cooperación reforzada, haciéndolo parte del acervo comunitario, se habrían reducido las posibilidades de existir resoluciones dictadas por Estados miembros de la UE inconciliables entre sí. Es decir, si todos los tribunales de los Estados miembros hubieran aplicado la misma ley al divorcio o a la separación judicial se hubiera conseguido la unificación total de las normas de conflicto.

Por tanto, por el hecho de haberse aprobado el R. 1259/2010 por medio del mecanismo de cooperación reforzada persiste la posibilidad de la existencia de resoluciones incompatibles entre sí. A permitir este riesgo cobra importancia la cuestión de la litispendencia entre Estados miembros participantes en el R. 1259/2010 y Estados miembros no participantes en el R. 1259/2010.

E. CONTRIBUCIÓN AL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS DE SEPARACIÓN JUDICIAL O DIVORCIO

15. Vistas las causas de denegación de reconocimiento de sentencias de separación judicial o divorcio el hecho de que haya sido adoptado el R. 1259/2010 por medio del mecanismo de cooperación reforzada no parece

applicable au divorce et à la séparation de corps". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), p. 292.

⁷⁷⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo por la que se buscaba modificar el Reglamento (CE) nº 2201/2003 en lo referente a la competencia y se introducían normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial. (Doc. COM (2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006.).

que obstaculice el reconocimiento de sentencias de separación o divorcio procedentes de Estados miembros no participantes en el R. 1259/2010⁷⁷⁶.

2. Relación con R. *Roma I* y R. *Roma II*

16. Varios apuntes cabe realizar con respecto a la relación que guarda el R. 1259/2010 (Reglamento *Roma III*) con sus homólogos el R. 593/2008 (Reglamento *Roma I*) y el R. 864/2007 (Reglamento *Roma II*). Todos ellos mantienen características que los asemejan entre ellos pero a su vez varias son las diferencias que los separan. Por ello resulta relevante vislumbrar en qué aspectos coinciden así como en qué cuestiones difieren con el propósito de valorar hasta qué punto unos pueden producir impacto sobre los otros.

A.FINALIDAD

17. La finalidad que mueve la elaboración de los tres Reglamentos es la misma: buscan favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios transfronterizos así como dotar de seguridad jurídica en el marco de la ley aplicable, cada uno en su materia correspondiente⁷⁷⁷. Para ello, tanto el R. *Roma I* como el R. *Roma II* como el R. *Roma III*, recurren a la unificación conflictual con el propósito de establecer normas de coordinación entre los distintos ordenamientos nacionales.

18. No obstante, el R. 1259/2010 es el único que no establece normas de conflicto para todos los Estados miembros sino sólo para los Estados miembros participantes, esto es, sólo para aquéllos Estados miembros que forman parte del mismo Reglamento *Roma III*. Este hecho puede suponer un inconveniente a la hora de garantizar la libertad de circulación de las personas en el territorio de la Unión, ya que éstas se pueden sentir desincentivadas a ello⁷⁷⁸. Por tanto, su objetivo previsto de

⁷⁷⁶ Art. 22 del R. 2201/2003.

⁷⁷⁷ Considerando (6) R. 593/2008 (*Roma I*: DOUE L 177/6 de 4.7.2008), Considerando (6) R. 864/2007 (*Roma II*: DOUE L 199/40 de 31.7.2007) y Considerando (9) R. 1259/2010 (*Roma III*: DOUE L 343/10 de 29.12.2010).

⁷⁷⁸ Se trata de un tema al que se remite al lector, tratado en el punto de "justificación" de la presente tesis.

ofrecer más seguridad jurídica en situaciones de crisis matrimoniales se ve sólo conseguido de manera parcial y no en la totalidad del territorio europeo.

B. CARÁCTER UNIVERSAL

19. Los tres Reglamentos son de aplicación *erga omnes*. Ello implica que siempre que sea competente el tribunal de un Estado miembro (o en el caso de R. *Roma III* el tribunal de un Estado miembro participante) pueda resultar aplicable tanto el ordenamiento de un Estado Miembro (en el caso del R. 1259/2010, sea o no participante en el Reglamento) como el ordenamiento de un tercer Estado⁷⁷⁹. Dicho de otro modo, la aplicación universal de los Reglamentos *Roma I, II y III* supone que la ley designada por los respectivos Reglamentos será de aplicación aunque no sea la de un Estado miembro.

20. Sin embargo, el R. 1259/2010 presenta otra diferencia significativa a tener en cuenta con respecto a sus homólogos, y es que al haber sido adoptado el Reglamento *Roma III* por medio del mecanismo de cooperación reforzada supone que la interposición de la demanda ante un tribunal de un Estado miembro cualquiera no garantiza la aplicación del R. 1259/2010. En efecto éste no resultará de aplicación si el tribunal que conoce del asunto no forma parte del conjunto de autoridades judiciales de un Estado miembro participante en el Reglamento *Roma III*. Por el contrario el Reglamento *Roma I* y el Reglamento *Roma II* son de aplicación para todos los Estados miembros de la Unión, lo cual supone que la interposición de la demanda ante un tribunal de un Estado miembro (excepto Dinamarca) será suficiente para que tanto el R. 593/2008(*Roma I*) como el R. 864/2007 (*Roma II*) sean aplicables.

⁷⁷⁹ Art. 2 R. 593/2008 (*Roma I*: DOUE L 177/6 de 4.7.2008), Art. 3 R. 864/2007 (*R. Roma II*) y Art. 4 R. 1259/2010 (*R. Roma III*: DOUE L 343/10 de 29.12.2010).

C. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

21. Es nota característica el papel que desempeña la autonomía de la voluntad conflictual en los tres Reglamentos⁷⁸⁰. Todos ellos introducen la posibilidad de que las partes puedan escoger el ordenamiento jurídico aplicable al fondo del litigio. En este sentido, aunque resulta evidente que la autonomía de la voluntad es el pilar central que sustenta la solución prevista del régimen jurídico establecido en los tres Reglamentos Roma, sin embargo, el alcance de esa libertad no es ilimitado. La manera en que se configura la libertad de elección de ley en los diversos Reglamentos no es la misma para todos ellos.

22. En el ámbito de las obligaciones contractuales, el Reglamento *Roma I*, como solución general, establece que las partes podrán escoger el ordenamiento jurídico que deseen sin que tenga que haber ninguna relación con el mismo⁷⁸¹. Esta configuración de libertad de elección aparece como la máxima expresión de la autonomía de la voluntad y es que el Reglamento *Roma I* aprueba la posibilidad de que las partes sometan su contrato no sólo a un ordenamiento sino a varios de ellos, en tanto que,

⁷⁸⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2009). "Comunitarización del Derecho internacional privado y derecho aplicable a las obligaciones contractuales". *Revista Española de Seguros*, (140), pp. 595-616; LEIBLE, S. (2011). "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(1), pp. 214-233; FRANZINA, P. (2011). "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio". *Rivista di diritto internazionale*, (2), pp. 488-496; AÑOVEROS TERRADAS, B. (2013). "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia". En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 119-133; DIAGO DIAGO, M. P. (2014). "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual". *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), pp. 49-79.

⁷⁸¹ Al margen de la solución general, el Reglamento *Roma I* establece supuestos que han recibido un trato especial: los contratos de transporte (Art. 5), los contratos de consumo (Art. 6) y los contratos de seguro (Art. 7).

Art. 3 R. 593/2008 (Roma I: DOUE L 177/6 de 4.7.2008).

tal como se establece en el art. 3.1 R. 593/2008, la ley escogida podrá aplicarse a la totalidad o sólo a una parte del contrato⁷⁸².

23. Diferente es la articulación del alcance de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las obligaciones extracontractuales. En este sentido, el Reglamento *Roma II* recoge en su art. 4 que, como norma general, será de aplicación la *lex loci delicti commissi* y seguidamente enumera por orden de aplicación las conexiones previstas⁷⁸³. Dicho artículo 4 del Reglamento *Roma II* debe ser interpretado junto con al art. 14 que establece el régimen jurídico de la libertad de elección, en la que se analizan diversos aspectos⁷⁸⁴. Estos son el ámbito de la autonomía de la

⁷⁸² WAGNER, R. (2008). "Der grundsatz der rechtswahl und des mangels rechtswahl anwendbarer recht (Rom I-verordnung)". *IPRax: Praxis Des Internationalen Privat- Und Verfahrensrechts*, 28(5), p. 380; CALVO CARAVACA, A. L. (2009). El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas (reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Temas seleccionados). *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), p. 57; LEIBLE, S. (2011). "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(1), p. 216.

⁷⁸³ Como regla especial, el R. *Roma II* recoge distintas materias que se regulan de forma diferente: la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Art. 5), la competencia desleal y actos que restringen la libre competencia (Art. 6), el daño medioambiental (Art. 7), la infracción de los derechos de propiedad intelectual (Art. 8) y la acción de conflicto colectivo (Art. 9).

Después de la ley del país donde se produce el daño, el Reglamento *Roma II* establece como segunda conexión la ley de la residencia habitual común de las partes (este criterio interviene como una excepción a la *lex loci delicti commissi*). Hay que tener en cuenta que el lugar de residencia habitual al que se refiere es aquél país de la persona cuya responsabilidad se alega y de quien sufre el daño (que puede ser distinto de quien lo causó). Como tercera conexión de la regla general, el Reglamento *Roma II* establece el criterio de los vínculos más estrechos.

⁷⁸⁴ BRIÈRE, C. (2008). "Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II)". *Journal du Droit International*, (1), pp. 31-74.

voluntad, el momento de la elección, los límites a dicha elección y la forma en la que las partes expresarán la referida elección⁷⁸⁵.

24. Del mismo modo que en los Reglamentos *Roma I* y *Roma II*, la solución en torno al derecho aplicable en materia de separación judicial y divorcio se configura alrededor de la autonomía de la voluntad de las partes⁷⁸⁶. Sin embargo ésta, en el R. 1259/2010, aparece limitada a unos ordenamientos determinados: la ley del Estado en la que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio de elección de ley; la ley del Estado de la última residencia habitual de ambos cónyuges siempre y cuando uno de ellos aún viva allí en el momento de la celebración del convenio de elección de ley; la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los dos cónyuges en el momento de celebración del convenio de elección de ley; la *lex fori*⁷⁸⁷. Esta limitación está justificada en tanto que se busca que las partes escojan una ley con la que tengan una vinculación estrecha.

⁷⁸⁵ La autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable a obligaciones extracontractuales se extiende a los daños extracontractuales, la *culpa in contrahendo* y a los cuasi contratos.

En el articulado del R. *Roma II* (Art. 14.1) se admite la elección de la ley *ex ante* (para la que habrá que cumplir dos condiciones de manera acumulativa: que todas las partes desarrollen actividad comercial y que el acuerdo sea negociado de manera libre) y *ex post*.

La ley escogida no será válida en primer lugar, en caso de infracción del derecho de propiedad intelectual o industrial o del derecho de la libre competencia; y en segundo lugar, en caso de que el contenido del derecho escogido pueda perjudicar a terceros.

El modo en que las partes deberán expresar la elección del derecho aplicable podrá ser de forma *expresa* o bien *derivarse de los elementos del caso*.

⁷⁸⁶ CORNELOUP, S., & JOUBERT, N. (2008). *Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*. Dijon: LexisNexis, p. 2.

⁷⁸⁷ Los apuntes que se hacen de la "autonomía de la voluntad" en el R. 1259/2010 son sólo esbozos, con el único objetivo de vislumbrar pequeñas diferencias que pudieran existir con respecto a los Reglamentos *Roma I* y *Roma II*. El desarrollo de la autonomía de la voluntad de las partes en el Reglamento 1259/2010 es un punto que merece una investigación más profunda, que se verá en la presente tesis más adelante.

Vista la manera en que se configura la autonomía de la voluntad en los tres Reglamentos *Roma* está claro que no se sigue la misma pauta para todos⁷⁸⁸.

D. ELEMENTO DE INTERNACIONALIDAD

25. Por último, resulta de especial interés hacer mención con respecto a la internacionalidad de la situación objeto de litigio. Para que sean aplicables cualquiera de los tres reglamentos *Roma* es condición *sine qua non* que la obligación contractual (para R. *Roma I*), la extracontractual (para R. *Roma II*) o la situación de separación o divorcio (para R. *Roma III*) presente un elemento internacional. Es decir, resulta indispensable que el litigio transfronterizo se presente como una cuestión en la que confluyen elementos de la situación que se localizan en diferentes Estados.

La diferencia que se aprecia entre los tres Reglamentos, en relación al elemento de internacionalidad, radica en dos cuestiones: en primer lugar, en el momento en el que debe darse ese carácter internacional en la situación objeto de litigio y en segundo lugar, en la posibilidad de que el elemento internacional de la situación pueda ser electivo.

3. Relación con otros textos internacionales

26. El marco de concurrencia normativa en derecho de familia supone un factor que añade complejidad a las relaciones privadas internacionales⁷⁸⁹. Cómo convergen las diversas herramientas normativas que existen en derecho de familia en relación con el R. 1259/2010 es el propósito de este apartado.

27. Hay que tener en cuenta que en ocasiones los Reglamentos de la UE en derecho de familia han regulado asuntos que ya habían sido tratados en diversos Convenios por la Conferencia de la Haya de Derecho

⁷⁸⁸ Considerando (15) junto con el art. 3.3 R. 593/2008 (Roma I: DOUE L 177/6 de 4.7.2008); Art. 14 R.864/2007 (Roma II: DOUE L 149/46 de 31.7.2007); Art. 5 R. 1259/2010 (Roma III: DOUE L 343/10 de 29.12.2010)

⁷⁸⁹ CAMPUZANO DÍAZ, B. (2013). "La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5(2), p. 250.

Internacional Privado⁷⁹⁰. La cuestión que suscita inquietud está relacionada con la manera en que se engastan los diferentes instrumentos internacionales que regulan diversos aspectos de una misma materia, y es que las buenas relaciones entre unos y otros permitirán que éstas se resuelvan de una manera más armónica sin restarle eficacia al derecho europeo vigente. Dos son las soluciones que propone el derecho internacional para solucionar la relación entre Reglamentos y Convenios de la Conferencia de la Haya: o bien se reafirma la primacía del Reglamento frente al Convenio o bien se declara el respeto al Convenio que los Estados hubiesen suscrito con anterioridad a la adopción del Reglamento. Que la balanza se incline hacia un lado o hacia el otro dependerá de la materia sobre la que versen los instrumentos internacionales⁷⁹¹.

28. La aplicabilidad del Reglamento *Roma III* así como el funcionamiento de sus reglas, en relación con otros convenios internacionales, podría verse afectado, en su caso, por los compromisos internacionales adoptados por los Estados miembros participantes antes de la adopción del Reglamento 1259/2010. Sin embargo, en esta línea, establece el art. 19 que “(...) *el presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que uno o más Estados miembros participantes sean parte en la fecha de adopción del presente Reglamento o en la fecha de adopción de la decisión (...) que establezcan normas sobre conflictos de leyes en relación con el divorcio o la separación*”⁷⁹². La solución adoptada se ajusta a la cláusula general de salvaguardia prevista en el artículo 351 del TFUE en lo relativo a derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados entre uno o varios Estados miembros, por un lado, y entre uno o varios terceros Estados, por

⁷⁹⁰ Vid. Fuente (última fecha de consulta 26/6/2015): http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=10#family

⁷⁹¹ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Granada, p. 76.

⁷⁹² Art. 19.1 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010).

otro lado, antes de que el Reglamento 1259/2010 entrara en vigor para ellos⁷⁹³.

La relevancia práctica que pueda tener ésta disposición en el ámbito del divorcio y la separación judicial es escasa: los Estados miembros participantes han celebrado un número limitado de convenios bilaterales y multilaterales, para resolver los conflictos de leyes en materia de asuntos familiares que, actualmente no entran en colisión con el Reglamento 1259/2010 (a excepción del Convenio franco-marroquí de 10 de agosto con terceros Estados, que contiene en su art. 10, normas de conflicto que señalan la ley reguladora del divorcio en los casos cubiertos por dicho texto legal)⁷⁹⁴.

29. La inclusión de esta norma en el Reglamento está en la línea de otras normas del DIPr de la UE, ya que disposiciones similares se pueden encontrar en los otros instrumentos promulgados por la Unión Europea en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil⁷⁹⁵.

30. El artículo 19 R. 1259/2010, puntualiza en su apartado 2 que *“sin embargo, el presente Reglamento prevalecerá entre los Estados miembros participantes, sobre los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más de ellos, en la medida en esos convenios se refieran a materias reguladas por el presente Reglamento”*⁷⁹⁶. Es decir, el Reglamento *Roma III*

⁷⁹³ Art. 351.1 TFUE *“Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra”*.

⁷⁹⁴ FRANZINA, P. (2011). “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), p.107.

⁷⁹⁵ FRANZINA, P. (2009). “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(1), p. 94.

⁷⁹⁶ Éste art. 19.2 R. 1259/2010 (L 343/10 de 29.12.2010) se asemeja al artículo 25 del Reglamento *Roma I* y al artículo 28 del Reglamento *Roma II*.

prevalece en todo caso sobre los convenios internacionales, ya sean anteriores o posteriores al Reglamento 1259/2010 que contienen normas sobre conflicto de leyes en relación al divorcio o la separación y celebrados sólo entre los Estados miembros participantes⁷⁹⁷.

31. En definitiva, el R.1259/2010 prevalece sobre los convenios internacionales celebrados exclusivamente entre los Estados participantes, si dichos convenios regulan la ley aplicable a la separación judicial o al divorcio. *A sensu contrario*, aquellos Convenios que vinculen a un Estado miembro participante, a un Estado miembro o a terceros Estados no se verá afectado por el Reglamento 1259/2010. Sin embargo, España, no es Estado parte en ningún convenio de las mencionadas características⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada, p. 210.

⁷⁹⁸ VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). "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*, (24), p.17.

CONCLUSIONES

Las cuestiones que se suscitan después del estudio de la materia son numerosas. Las conclusiones se acumulan del modo más variado: entre ellas se encuentran éxitos, fracasos y oportunidades perdidas por relatividad en las respuestas aportadas. Todo un cuadro de luces y sombras e incluso de algún claroscuro que configuran un marco incompleto que, aunque bien intencionado, no merece, al menos por el momento, un aplauso unánime.

Sin embargo, la valoración del triunfo o del desengaño del texto se verificará con el tiempo. No hay que perder de vista que cualquier texto armonizador, como lo es el Reglamento *Roma III*, puede no llegar a cumplir completamente las expectativas a las que aspiraba a corto plazo pero, sin embargo, siempre ayuda a alisar el camino de futuras actuaciones normativas que no sólo afiancen sino que acentúen de modo positivo los logros obtenidos.

PRIMERA

El mecanismo de cooperación reforzada se presenta como un arma de doble filo, con el que se debe actuar con cautela, porque no deja de ser una excepción al normal funcionamiento de una Unión que busca el perfecto equilibrio entre la unidad y la diversidad. Su configuración despierta recelos en un buen número de Estados miembros en tanto que puede crear numerosas divisiones: por un lado, los defensores de la cooperación reforzada argumentan que su objetivo es precisamente hacer progresar la integración de la Unión en una Europa altamente ampliada. Mientras que por otro lado, los detractores de la cooperación reforzada que o bien no quieren o bien no pueden seguir el ritmo de crecimiento impuesto por los otros. La posición más acertada dependerá de la respuesta que al final reciban cuestiones que centran dicho debate: las condiciones de la puesta en marcha, su ámbito de aplicación, las reglas que regulan el desarrollo de la cooperación reforzada y aquellas otras que perfilan las relaciones entre los Estados miembros participantes y los que no lo son.

La cooperación reforzada es una forma práctica, realista y funcional de avanzar de manera conjunta para los Estados miembros que quieren ir por el mismo camino y ello *per se* supone una mejora, por lo menos para los Estados miembros participantes. Es un mecanismo moderno, es rápido (en cualquier caso, más rápido que entablar largas negociaciones). Y en el caso de separaciones judiciales y divorcios trata de mejorar la vida cotidiana de los ciudadanos europeos. La fragmentación que generan por sí mismas las cooperaciones reforzadas en la Unión, únicamente por su establecimiento, son asumidas como un mal menor en aras de la consecución de los objetivos de la Unión al completo, pero pueden facilitarla en la medida en que tienen la capacidad de actuar como locomotora para los Estados miembros que deciden permanecer al margen de ella, esto es, en un estado de integración inferior. Sin embargo, la cooperación reforzada también presenta desventajas evidentes y reales en tanto que pueden suponer el fin de una época unitaria de actuación en la formación del Derecho Internacional. Éstas no pueden concebirse como la solución mágica a los variados y pintorescos problemas que presenta el proceso de integración europea. La cautela se vuelve de obligado cumplimiento, ya que el uso habitado de una medida, ya de por sí excepcional, puede convertir la solución en un problema. Y ello supondría un grave peligro que puede resultar más regresivo que progresivo en tanto que la proliferación de cooperaciones reforzadas puede dar lugar a un marco desordenado de distintos espacios jurídicos donde cada uno tiene sus propias normas de conflicto junto con sus diferencias en los niveles que presta de seguridad, libertad y justicia. Hay que evitar a toda costa que la cooperación reforzada se utilice como medio para crear una zona *euro plus* que se deshaga o se despreocupe de aquellos otros Estados miembros con problemas. Si se pierde de vista que la meta es alcanzar objetivos comunes entre todos, unos empezarán a conseguir metas mientras que otros no son capaces de seguir el ritmo y poco a poco se irá tensando la cuerda que acabará por romperse porque se verá estirada por fuerzas opuestas. Que las diferencias existen, en una Europa tan variada, es evidente. Y está claro que no hay que pararse, que hay que seguir avanzando, pero no a costa de dejar a atrás al más débil.

El mecanismo de cooperación reforzada es una oportunidad susceptible de convertirse en amenaza. Por tanto, no se puede considerar la respuesta más acertada, si bien no se puede obviar que aunque resulta una solución que plantea riesgos es la que más se ajusta y la que más se acomoda a la urgencia de la situación. Éstas están llamadas a jugar un papel relevante y no aceptarlo sería un error. Sólo los futuros desarrollos prácticos permitirán evaluar con claridad la función de las cooperaciones reforzadas. Y para eso, se tendrá que esperar. Se tendrá que dejar reposar la medida y valorar. Tiempo al tiempo.

SEGUNDA

El R. 1259/2010 nace con una limitación espacial que lo desvincula como parte del acervo de la UE, lo cual no es banal. Y aunque es un comienzo, desde luego no es nada complaciente.

La falta de coordinación entre el sector de competencia judicial internacional y el sector de ley aplicable tiene una consecuencia perjudicial inmediata que se traduce en el riesgo de incidir de manera dañina en la realización de los objetivos previstos por el R. 1259/2010. El impacto que tiene la limitación espacial del Reglamento *Roma III* se traduce en la posibilidad de persistencia tanto de *forum shopping* como de carrera hacia los tribunales. El R. 1259/2010 unifica normas de conflicto entre los Estados miembros participantes sin embargo subsisten los inconvenientes en los Estados miembros no participantes en tanto que depende de dónde se interponga la respectiva demanda (de separación judicial o divorcio) ante los tribunales de un Estado miembro participante o ante las autoridades de un Estado miembro no participante podría llegar a no hacerse efectivo un acuerdo de elección de ley válido. Estas diferencias, lejos de favorecer la consolidación del Espacio Judicial Europeo perjudican la consecución de las metas previstas por el Reglamento *Roma III*. Quizás habría sido más valiente continuar apostando por la modificación a su vez del R. 2201/2003 y de este modo armonizar los foros de competencia judicial internacional.

TERCERA

Son tantas las materias que quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III* que parece difícil poder afirmar que el R.1259/2010 contribuya a atenuar la complejidad que comporta la determinación de la ley aplicable y que con ello complete la regulación de las crisis matrimoniales. El hecho de que el Reglamento *Roma III* determine la ley aplicable única y exclusivamente a la relajación o disolución del vínculo matrimonial y no se haya ocupado de todas las cuestiones vinculadas a una crisis matrimonial, no sólo en cuanto a las múltiples esferas que se ven salpicadas sino también en lo que respecta a la competencia judicial internacional, ha menguado las expectativas que se habían puesto en un principio. Los tribunales para poder pronunciarse sobre todas las cuestiones que se planteen de manera prejudicial que afectan a un mismo procedimiento y deberán tener en primer lugar un manejo extraordinario de las distintas normas de conflicto tanto interno como convencional e institucional y en segundo lugar para dictar la sentencia que corresponda.

CUARTA

La falta de inclusión de la nulidad del ámbito de aplicación del Reglamento *Roma III*, lejos de crear inseguridad jurídica (por aparecer regulada en sede de competencia judicial internacional y no hacerlo en sede de ley aplicable), supone del todo un acierto. La nulidad se presenta como el reverso de la falta de validez del vínculo matrimonial, y a falta de matrimonio válido es imposible poder hablar de crisis matrimonial, de ahí que no pudiera ser incluido en el Reglamento *Roma III*.

El R. 1259/2010 introduce cierto margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el momento de elección de ley aplicable, haber excluido la nulidad del ámbito de aplicación del mismo es un acierto del legislador ya que de haberse incluido se hubiese abierto la posibilidad de reconocer una eventual arbitrariedad en cuanto a la validez del matrimonio. El acceso a la separación o al divorcio es una cuestión directamente vinculada con la libertad personal para decidir en un

momento determinado sobre la relajación o la extinción total del vínculo matrimonial, mientras que en los casos de nulidad, no ha lugar para ello por la propia naturaleza jurídica de la figura ya que en ella fallan los presupuestos esenciales del matrimonio. Diferente hubiera sido si el legislador, teniendo en cuenta que la nulidad se configura como el reverso de la validez del matrimonio, hubiese regulado la nulidad de manera separada al divorcio y a la separación excluyendo para esos casos la posibilidad de elección de las partes.

Se razonó además en contra de la inclusión de la nulidad en el ámbito de aplicación del R. 1259/2010 que varios Estados miembros no regulan la nulidad en sus legislaciones nacionales, argumentando que sería añadir un problema a una situación de por sí difícil. Sin embargo, la última de las contra argumentaciones frente a la existencia de numerosa y variada legislación entorno a la nulidad que engloba Estados miembros que no la recogen en sus legislaciones, así como diferencias en las causas que la motivan, no parece una razón de peso. De ser así, tampoco habría sido posible determinar la ley aplicable a la separación judicial porque, como ya se ha visto, no todos los países miembros de la Unión lo regulan. Es más, los Estados miembros participantes del Reglamento *Roma III* establecen la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio sin delimitar qué se entiende por matrimonio dada la falta de unidad de concepción que de matrimonio se tiene en la Unión, es decir, sin considerar como impedimento las diversas nociones que se tiene de matrimonio. Con lo cual, argumentar que las diferencias de regulación en el territorio de la Unión son motivo de omisión de solución parece, a mi juicio, una fundamentación pobre, débil y nada valiente.

QUINTA

El hecho de haberse aprobado el R. 1259/2010 por medio del mecanismo de cooperación reforzada permite la persistencia de la existencia de resoluciones judiciales incompatibles entre sí. Dicho riesgo conduce a que cobre importancia la cuestión de la litispendencia entre Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III y Estados miembros no participantes en el R. 1259/2010.

SEXTA

La regulación de la determinación de ley aplicable, en relación con el antiguo artículo 107.2 Cc mejora sensiblemente con el R. 1259/2010. La novedad más significativa que aporta el Reglamento *Roma III* es en primer lugar, la introducción de la autonomía de la voluntad de la partes. Los beneficios que aporta la *optio iuris* son numerosos, proporciona seguridad jurídica a los cónyuges, simplifica la labor judicial, es flexible y por ello se presenta como una conexión útil y pragmática que además de reducir costes conflictuales, demuestra un alto nivel de adaptación al carácter multicultural de nuestra sociedad. Sin embargo se ha cuestionado que en el Reglamento *Roma III* (al contrario que en sus homólogos el Reglamento *Roma I* y el Reglamento *Roma II*) ésta aparezca limitada. Pese a ello, y aunque no todo el mundo pueda estar de acuerdo, es un acierto en tanto que garantiza que exista un vínculo real entre los cónyuges y la ley escogida. De lo contrario, de haber seguido la misma estela que el Reglamento *Roma I* y el Reglamento *Roma II* las variables habrían sido infinitas.

SÉPTIMA

El Reglamento *Roma III*, a falta de elección de ley, aporta una novedad significativa en la determinación de ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, que mejora sensiblemente en relación con el antiguo 107.2 Cc. que con una facilidad pasmosa conducía a la aplicación de la ley española en supuestos de separación y divorcios de matrimonios internacionales. Con mucho acierto dispone el legislador europeo los distintos puntos de conexión de diversas leyes todas ellas estrechamente vinculadas con la situación de hecho. Quedan en el pasado las soluciones legeforistas contenidas, en España, en el Código civil dando paso a una configuración de diversos puntos de conexión más realistas y acordes con la previsibilidad del resultado: la residencia habitual, la residencia habitual reforzada, la nacionalidad y la *lex fori*.

OCTAVA

La correcta aplicación del Reglamento *Roma III* exige que los órganos jurisdiccionales españoles apliquen de oficio cualquier ley extranjera (tanto de Estado participante en la cooperación reforzada, como de Estado miembro de la Unión, como de tercer Estado). Para ello se gestó la Red Judicial Europea. Uno de los objetivos de la Red Judicial Europea es presentar una legislación completa y actualizada de los Estados miembros de la Unión en distintas materias y en lo referente a la ley aplicable a la separación judicial o al divorcio a día de hoy, la última actualización aparece fechada en un intervalo de entre el año 2013 y el año 2014 (a la espera de que se haga una revisión antes de que finalice el año 2015). De este modo se podría decir que la Red Judicial Europea sí cumple con la exigencia de actualidad de la que presume. Sin embargo, la actualización presenta deficiencias muy significativas en dos frentes: en primer lugar, en su efectiva actualización, en tanto que la actualización inmediatamente anterior contaba del año 2007. Ello supone que desde la Red Judicial Europea se ha tardado entre seis y siete años en actualizar la legislación en esta materia. Parece que no se puede decir que la efectiva adaptación de la legislación vigente en cada uno de los Estados miembros sea una de las virtudes de la Red Judicial Europea. Sin embargo, sí que es cierto que como a día de hoy sí aparece actualizado en el intervalo de 2013 y 2014 (y siempre a la espera de la última revisión anual) bien podría tratarse de un defecto ya subsanado. No obstante, aparece, en segundo lugar, otra deficiencia y no precisamente de escasa entidad: se han detectado errores en derecho material. Concretamente, y siempre hablando de la legislación aplicable a situaciones de crisis matrimoniales (separaciones judiciales y divorcios), en la legislación de Portugal, Lituania y Grecia. En estos tres Estados miembros aparecen como leyes aplicables a las separaciones y divorcios sus regulaciones inmediatamente anteriores. El error es del todo significativo: todos ellos son Estados miembros participantes del R. 1259/2010 y aunque aparece como actualizado en 2014, el contenido de la legislación no concuerda con aquella que en realidad está vigente.

NOVENA

Entorno a la forma en que se configura el *pactum de lege utenda* se ciernen ciertos aspectos sin resolver: Se desprende tanto del art. 5 R. 1259/2010, como de los considerandos (14), (16), (17), (18) y (19) así como de la exigencia de firma del documento del art. 7 R. 1259/2010 que deben ser los cónyuges los únicos susceptibles de establecer un *pactum de lege utenda*. Por tanto, será imposible que el convenio de elección se produzca por terceras personas e incluso entre “futuros esposos”, de lo que se deduce que no podrá aparecer el pacto en unas capitulaciones matrimoniales hechas con anterioridad al matrimonio. Permanece la duda en torno al alcance de la legitimidad del tutor o del representante legal en el caso de que uno de los cónyuges válidamente casado deviniera incapaz y en consecuencia no tuviera capacidad suficiente para establecer un pacto de ley válido. En este sentido, surge la imperiosa necesidad de dar respuesta a si se considera que el pacto de elección de ley es un acto personalísimo que no permite que sea prestado por otra persona y que por tanto no puede ser suplantada la voluntad del incapaz (como sería el caso en España del consentimiento que otorgan los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio) o bien si negar la legitimación del tutor o del representante legal en el pacto de ley puede suponer una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses.

DÉCIMA

Otro aspecto que no queda zanjado en la forma en que se configura el *pactum de lege utenda* está relacionado con el momento procesal en el que debe acreditarse el elemento de internacionalidad de la situación de hecho. Es decir, saber qué pasa si el elemento de internacionalidad sí estaba presente en el momento de celebración del pacto, pero resulta no estar presente en el momento de la presentación de la demanda. Es cierto que un pacto válido, que en su día tenía un elemento de internacionalidad, por una disociación en el tiempo entre el momento en el que se establece el elemento internacional y la situación en litigio puede hacer desaparecer ese elemento de internacionalidad de la ecuación antes de la interposición

de la demanda. Pero a mi juicio, no tiene sentido que se otorgue validez a un pacto de ley en el caso de que, en el momento de la presentación de la demanda de separación judicial o divorcio, el matrimonio ya no presente ningún elemento de internacionalidad. Esta cuestión puede resultar relevante para los matrimonios que puedan tener interés en eludir la aplicación de su ley nacional por permitir la ley de su Estado únicamente el divorcio causal. O bien en los casos en los que se exija la separación previa como paso anterior a la obtención del divorcio. Sin embargo, nada se desprende del articulado del texto que ayude a solventar el problema. Sería prudente que el TJUE aclarara si efectivamente la situación de hecho debe revestir carácter internacional en el momento en el que se plantea ante los tribunales.

DÉCIMO PRIMERA

Ha quedado claro que el convenio de ley aplicable debe realizarse por los esposos debidamente informados, pero se desconocen los medios de que se dispone para comprobar que el consentimiento a la elección de una ley determinada ha sido sopesado por ambos cónyuges. Se trata de otra cuestión que debería ser tratada en la revisión del Reglamento *Roma III* prevista a final de 2015 o bien solventada por el TJUE. De todos modos, podría ser una solución para garantizar el consentimiento informado de ambos cónyuges hacer extensivo a todos los Estados miembros participantes el requisito adicional que incluye Alemania en su regulación para la validez del *pactum de lege utenda* en el que incluye que la elección de ley aplicable a la separación judicial o divorcio se formalice en documento notarial.

DÉCIMO SEGUNDA

El hecho de que el legislador haya aprobado la posibilidad de añadir requisitos formales suplementarios a los ya exigidos para todos los Estados miembros participantes – para la validez del convenio de ley aplicable- no es sólo un desliz sino que resulta un desatino en toda regla que habría que erradicar. Resulta sorprendentemente paradójico que en el marco de la

uniformidad se permita la diversidad. Y no sólo eso sino que además ello supone aceptar la inclusión de excepciones dentro de una medida que ya de por sí es excepcional. Es más si la pretensión del legislador es la de dotar de seguridad jurídica procurando la unificación de normas de conflicto dentro de un ámbito que de por sí es diverso, no tiene ningún sentido abrir la posibilidad de establecer diferencias en los requisitos de validez del pacto de ley que sólo contribuyen a la dificultad de establecer un pacto válido de ley aplicable. Todo un disparate.

DÉCIMO TERCERA

Sería prudente que se incluyeran dos cuestiones que están por resolver en el informe de adaptación del Reglamento *Roma III* que los Estados miembros participantes tienen previsto comunicar a la Comisión con base en la cláusula de revisión del R. 1259/2010: En primer lugar, si el art. 10 R. 1259/2010 puede aplicarse también en casos de separación ya que actualmente el articulado del Reglamento solo considera el divorcio, con lo cual si la ley extranjera designada no contempla la separación judicial (como sería en el caso de Alemania) no será posible aplicar la ley del foro sino que deberá aplicarse la ley designada; Y en segundo lugar, si podría ser extensible también la aplicación del art. 10 R. 1259/2010 a matrimonios homosexuales. En este caso, la doctrina estima que sí, aunque si se tiene en cuenta no sólo el art. 13 R. 1259/2010 (diferencias entre legislaciones nacionales) sino también que la validez del matrimonio es una cuestión previa a la posibilidad de acceso al divorcio, la opción de que excepcionalmente en casos de matrimonios homosexuales, no se apliquen las leyes del foro a la validez del matrimonio, parece más un atropello a la soberanía de los Estados miembros que una propuesta de construcción de soluciones más adecuadas al tráfico internacional.

DÉCIMO CUARTA

Convendría aclarar la forma en que aparece redactada la cláusula de orden público, porque aunque establece que se tiene que excluir la ley designada, no especifica de qué forma debe determinarse entonces la ley

aplicable a la situación de hecho en concreto. De todos modos, aunque la lógica se atreve a disponer que se aplicaría el art. 8 R. 1259/2010 desde sus inicios, esto es, buscando la aplicación de la ley de residencia habitual en primer lugar, no estaría de más que el legislador europeo puntualizara y de este modo completara el artículo que prevé la cláusula de orden público.

DÉCIMO QUINTA

Tal como aparece redactado el art. 13 R. 1259/2010, se podría avivar el hecho de que España se convirtiese en un paraíso divorcista para aquellas parejas homosexuales que desean romper el vínculo civil que han contraído con anterioridad en algún Estado miembro. Con sólo añadir otro punto de conexión como “la ley de celebración del matrimonio”, que se supone que de alguna manera mantiene un vínculo con la situación de hecho, se daría cobijo a los matrimonios homosexuales válidamente constituidos en origen que a día de hoy no pueden instar demanda de separación o divorcio en cualquier Estado miembro sin tener que aplicar el art. 13 R. 1259/2010.

DÉCIMO SEXTA

Entre los diferentes problemas de aplicación del R. 1259/2010 el legislador europeo no ha contemplado la posibilidad de fraude de ley. En este sentido, ante un supuesto de doble nacionalidad se podría dar la situación en la que un cónyuge renunciara a una de sus nacionalidades con la siniestra intención de producir la aplicación de una ley menos próxima a la crisis matrimonial o de resultados más imprevisibles para el otro cónyuge. En este caso, habría que examinar los motivos de la renuncia a una nacionalidad con base en los principios de derecho de la UE teniendo en cuenta además las finalidades propias del R. 1259/2010. Se trata por tanto de otra cuestión que o bien debería tratarse en la revisión al Reglamento prevista para diciembre de 2015 o bien debería pronunciarse el TJUE.

DÉCIMO SÉPTIMA

Resulta evidente que la falta de un concepto unificado de matrimonio dificulta la efectiva aplicación del R. 1259/2010. Habría resultado más sencillo si se hubiese especificado qué se entiende por matrimonio dentro del mismo Reglamento para facilitar la libre circulación de las personas y no romper la uniformidad pretendida por presentarse un mismo supuesto de hecho con calificaciones distintas dependiendo de la fase en la que se encuentre, si de competencia judicial o bien de ley aplicable. Lo ideal es que, por lo menos, y ya que el R. 1259/2010 ha sido adoptado por medio del mecanismo de cooperación reforzada, los Estados miembros participantes se pusieran de acuerdo para que el logro hubiera sido completo. Pero ello supondría regular derecho material y eso es terreno pantanoso, porque no hay que olvidar la soberanía propia de los Estados y que son cosas distintas pretender unificar normas de conflicto a querer unificar normas de derecho material.

DÉCIMO OCTAVA

A pesar de que el Reglamento *Roma III* no hace ninguna alusión al reconocimiento de las sentencias de separación judicial o de divorcio, la unificación conflictual favorece la libre circulación de resoluciones judiciales aplicando el Reglamento *Bruselas II bis*. Por tanto, el R. 1259/2010 facilita el reconocimiento, aunque sólo sea en Estados miembros participantes. Si las autoridades judiciales del Estado miembro participante de origen dictan una resolución de separación judicial o de divorcio aplicando la misma ley que hubieran aplicado las autoridades judiciales del Estado miembro participante de destino, se potencia el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABARCA JUNCO, P. (2013). "Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III". En J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (EDS.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 45-57.
- ABARCA JUNCO, P. (2013). *Derecho internacional privado*. Madrid: Marcial Pons.
- ABELLÁN HONRUBIA, V., VILÀ COSTA, B., & OLESTI RAYO, A. (2011). *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona.
- ADINOLFI, A. (2011). "Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea". *Rivista di diritto internazionale*, (1), pp. 5-32.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia* (Undécima ed.). Madrid.
- ALBENTOSA, P. (2011). "Roma III: Divorcios y separaciones sin fronteras". *Escritura Pública*, (68), pp. 36-38.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., & CASADO RAIGÓN, R. (2012). *Curso de derecho de la Unión Europea*. Madrid. Tecnos.
- ALCOCEBA GALLEGO, M. A. (2013). "El limitado control del Tribunal de Justicia sobre el Consejo al autorizar una cooperación reforzada:(sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2013, ASS. C-274/11 Y C-295/11, España e Italia c. Consejo)". *Revista General de Derecho Europeo*, (31), pp. 1-22.
- ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (2001). "La apertura del proceso constituyente". *Boletín Europeo de la Universidad De La Rioja*, (7), pp. 7-13.

- ALEMANN, A. (2001). "Le principe de précaution en droit communautaire: Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?". *Revue du Droit de l'Union Européenne*, pp. 953-971.
- ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2011). "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*, (7613), pp. 1-7.
- ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2013). *La ley aplicable a la separación y divorcio en el Reglamento Roma III*. Tesis no publicada. Universidad de León.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (2003). "Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario". *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (5), pp. 1657-1663.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2006). "Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y derecho interregional. (O ¿para quién legisla el legislador autonómico de derecho civil?)". *Dereito*, 15 (1), pp. 263-285.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2007). *Estudios de derecho interregional (Conflicto Legum. Estudios de Derecho Internacional Privado)*. Universidad de Santiago de Compostela.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). "Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: Lo que el ojo del legislador español no vió". *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones: Dimensiones Interna e Internacional*. Santiago de Compostela, pp. 9-38.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). "Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial: A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009". *Diario La Ley*, (7312), p. 1.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: dimensiones interna e internacional*. (I ed.) Universidad de Santiago de Compostela.

- ANCEL, B., & MUIR WATT, H. (2001). "La désunion européenne: Le règlement dit Bruxelles II". *Revue Critique Droit International Privé*, (3), pp. 403-457.
- ANCESCHI, A. (2010). *La famiglia nel diritto privato internazionale. Aggiornato con la legge 15 luglio 2009, n.94 (disposizioni in materia di sicurezza pubblica)*. Torino.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. (2013). "El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos inter se en la Unión Europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?" *La Ley Unión Europea*, (10), pp. 5-28.
- ANDRINI, M. C. (2007). *Un nuovo diritto di famiglia europeo*. Padova.
- AÑOVEROS TERRADAS, B. (2013). "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia". En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 119-133.
- AREILZA CARVAJAL, J. M. (1995). "El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45(15), pp. 53-93.
- AREILZA CARVAJAL, J. M., & DASTIS QUECEDO, A. (1998). "Cooperaciones reforzadas en el Tratado de Ámsterdam: ¿misión cumplida?" *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (29), pp. 105-142.
- AREILZA CAVAJAL, J. M., & DASTIS QUECEDO, A. (1997). "Flexibilidad y cooperación reforzadas: ¿nuevos métodos para una Europa nueva?" *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (1), pp. 9-28.
- ARENAS GARCÍA, R. (2004). "La nueva redacción del artículo 107 del Código civil". *Revista Española de Derecho Internacional*, 56(1), pp. 205-224.
- ARENAS GARCÍA, R. (2005). "La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos

- internacionales". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, (5), pp. 351-372.
- ARENAS GARCÍA, R. (2009). "Algunas propuestas de regularización de las crisis matrimoniales internacionales". *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones:(Dimensiones Interna e Internacional)*, pp. 39-64.
- ARENAS GARCÍA, R., & DIOS MARCER, J. M. (2004). *Crisis matrimoniales internacionales: Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Santiago de Compostela.
- ARNÁIZ, A., & JAVIER, A. (1992). "'Forum non conveniens" y "forum shopping" en el sistema comunitario de competencia judicial y ejecución de sentencias". *Revista de Estudios Europeos*, (2), pp. 47-65.
- BAARSMA, N. A. (2011). *The europeanisation of international family law: From dutch to european law; an analysis on the basis of the choice of law on divorce and on the termination of registered partnerships*. The Hague, the Netherlands.
- BARATTA, R. (2004). "Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della familia". In PICONE, P. *Diritto internazionale privato e comunitario*. Padova, pp. 163-203.
- BARATTA, R. (2006). *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*. Milano.
- BARATTA, R. (2007). "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC". *IPRax: Praxis Des Internationalen Privat-Und Verfahrensrechts*, 27(1), pp. 4-11.
- BARATTA, R. (2011). "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 348 (Académie de droit international de la Haye), pp. 253-500.

- BARIATTI, S., & DANOVI, A. G. (2008). *La famiglia senza frontiere: Atti del convegno tenuto presso la facoltà di giurisprudenza dell'università degli studi di milano il 25 maggio 2007*. Padova.
- BARIATTI, S., & RICCI, C. (2007). *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: Da Bruxelles II a Roma III: Atti del convegno*. Milano.
- BARIATTI, S., RICCI, C., & TOMASI, L. (2007). *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*. Milano.
- BARRERA PEREA, S. (2006). "Cooperaciones reforzadas ¿nuevo motor de la UE ampliada?" *Centro de Estudios Internacionales*, pp. 1-15.
- BARUFFI, M. C. (2011). "La legge applicabile ai divorzi europei". *Studi in Onore di Claudio Zangù. Diritto Dell'Unione Europea*, 3(II), pp. 387-408.
- BARUFFI, M. C. (2011). "Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"". *Il diritto dell'Unione europea*, 4, pp. 867-894.
- BASEDOW, J. (2000). "The communitarization of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam". *Common Market Law Review*, 37(3), pp.687-708.
- BIAGIONI, G. (2011). "Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. - Capo II. - Norme uniformi sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. - art. 5. - Scelta della legge applicabile alle parti". *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 34(6), pp. 1470-1484.
- BIAGIONI, G. (2011). "Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. - Capo III. - Altre disposizioni. - art. 17. - Informazioni da parte degli stati membri partecipanti". *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 34(6), pp. 1535-1536.

- BIAGIONI, G. (2011). "Reglamento UE n. 1259/2010 del Consejo del 20 diciembre 2010 relativo a la implementación de una cooperación reforzada en el sector de la ley aplicable al divorcio y a la separación personal. - Capítulo III. - Otras disposiciones. - art. 19. - relación con otras convenciones internacionales en vigor". *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 34(6), pp. 1538-1540.
- BIAGIONI, G. (2011). "Reglamento UE n. 1259/2010 del Consejo del 20 diciembre 2010 relativo a la implementación de una cooperación reforzada en el sector de la ley aplicable al divorcio y a la separación personal. - Capítulo II. - Normas uniformes sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación personal. - art. 6. - Consentimiento y validez sustancial". *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 34(6), pp. 1484-1487.
- BIAGIONI, G. (2011). "Reglamento UE n. 1259/2010 del Consejo del 20 diciembre 2010 relativo a la implementación de una cooperación reforzada en el sector de la ley aplicable al divorcio y a la separación personal. - Capítulo II. - Normas uniformes sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación personal. - art. 7. - Validez formal". *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 34(6), pp. 1488-1490.
- BIDAUD-GARON, C. (2013). "Divorce--les conventions de désignation de loi applicable au divorce prévues par le Règlement" Rome III". *Droit & Patrimoine*, (225), pp. 20-26.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. (2012). "CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Conflicto de leyes y teoría económica". *Revista Española de Derecho Internacional*, 64(1), pp. 289-292.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M. (2009). "TJCE-sentencia de 14.10. 2008, S. Grunkin y DR Paul, C-353/06: Libre circulación y residencia-no reconocimiento del apellido adquirido en el estado de nacimiento y residencia-normativa nacional en materia de determinación del apellido". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), pp. 649-664.
- BODENES-CONSTANTIN, A. (2006). "La codification du droit international privé français". *Doctorat&Notariat*, 11, pp. 204-205.

- BOIXAREU CARRERA, A. (1994). "El principio de subsidiariedad". *Revista de Instituciones Europeas*, 21(3), pp. 771-808.
- BONOMI, A. (2007). "Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario". In BARIATTI, S. & RICCI, C. *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: Da Bruxelles II a Roma III*. Milano, pp. 91-106.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1994). "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel". *Recueil Des Cours De l'Académie De Droit International*, 249, pp. 145-368.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1998). "La firma del convenio de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial (Bruselas II)". *Revista Española de Derecho Internacional*, 50(1), pp. 384-388.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (1999). "Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam". *Revista Española de Derecho Internacional*, 51(2), pp. 383-426.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2001). "La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro". *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pp. 286-318.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2002). "Un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia". *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, (678), pp. 291-310.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2004). "Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con stati terzi". In PICONE, P. *Diritto internazionale privato e comunitario*. Padova, pp. 449-483.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2008). "Competencias exclusivas y competencias residuales: De Bruselas II a Roma III". Paper presented at the *Los Tratados de Roma en su Cincuenta Aniversario: Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, pp. 595-608.

- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2008). "Estudios de Derecho interregional". *Revista electrónica de estudios internacionales*, (16), pp. 1-3.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2009). "La expansión comunitaria: Penetración en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones". En ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (Ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones:(dimensiones interna e internacional)*. Santiago de Compostela, pp. 65-90.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (2011). "El derecho interregional: Realidades y perspectivas". En FLORENSA TOMAS, C.E. & FONTANELLAS MORELL, J.M. *La Codificación del Derecho Civil de Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*. Barcelona, pp. 553-574.
- BOUZA VIDAL, N. (1993). "El ámbito personal de aplicación del derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad (comentario a la sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992, Micheletti c Delegación del gobierno de Cantabria, as C 369/90)". *Revista de Instituciones Europeas*, 20(2), pp. 563-582.
- BRIÈRE, C. (2001). *Les conflits de conventions internationales en droit privé*. París.
- BRIÈRE, C. (2008). "Le règlement (CE) nº 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (" Rome II")". *Journal du Droit International*, (1), pp. 31-74.
- BURÓN CUADRADO, J. (1999). "La cooperación reforzada en el tratado de Ámsterdam: ¿una libertad de circulación de personas rebajada o la única garantía de supervivencia de la misma en el escenario de la futura unión europea ampliada?". *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 1(53), pp. 209-229.
- CALVO BABÍO, F. (2011). "Novedades en el Derecho internacional privado de familia". *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, (163), pp. 41-45.
- CALVO CARAVACA, A. L. (1994). "La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)". *Derecho de los Negocios*, 5(43), pp. 1-18.

- CALVO CARAVACA, A. L. (2003). "El derecho internacional privado de la Comunidad europea". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2), pp. 277-301.
- CALVO CARAVACA, A. L. (2009). El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas (reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Temas seleccionados). *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), pp. 52-133.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2005). *Derecho de familia internacional*. Madrid.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). "El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil". *La Ley*, (3), pp. 1-7.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). "Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado" en CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, pp.199-158.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2010). *Derecho internacional privado* (Undécima ed.). Granada.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). *Derecho internacional privado* (Décimo tercera ed.). Granada.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *Derecho internacional privado* (Décimo quinta ed.). Granada: Comares.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CASTELLANOS RUIZ, E. (2004). *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, I (1), pp. 36-71.
- CALVO CARAVACA, A. L., & CASTELLANOS RUIZ, E. (2008). *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*. Madrid.

- CAMPIGLIO, C. (2008). "Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana". *Rivista di diritto privato internazionale e processuale*, 44(1), pp. 43-76.
- CAMPIGLIO, C. (2010). "Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), pp. 242-249.
- CAMPUZANO DÍAZ, B. (2004). "Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código Civil". En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, pp. 177-192. Madrid.
- CAMPUZANO DÍAZ, B. (2008). "La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial". Paper presented at the *Hacia Un Derecho Conflictual Europeo: Realizaciones y Perspectivas: Verso Un Diritto Internazionale Privato Europeo: Risultati e Prospettive*, pp. 93-119.
- CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "El Reglamento (UE) n. ° 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*, 15(39), pp. 561-587.
- CAMPUZANO DÍAZ, B. (2011). "Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation". *Latest Developments in EU Private International Law*, pp. 23-48.
- CAMPUZANO DÍAZ, B. (2013). "La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5(2), pp. 234-264.
- CARBONNIER, J. (2004). *Droit civil. 1.Introducción, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Quadrige/puf.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2000). "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: Práctica del Tribunal Supremo". En CALVO CARAVACA, A. L. &

- IRIARTE ANGEL, J.L. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid, pp. 39-66.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2003). "Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI". *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, (21), pp. 109-143.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). "Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito". En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, pp. 213-228.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). "Crisis matrimoniales internacionales: Foro de necesidad y derecho extranjero". *Revista Española de Derecho Internacional*, 56(1), pp. 225-250.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004). "Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito". En CALVO CARAVACA, J.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, pp. 213-228.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *Conflicto de leyes y teoría económica*. Madrid.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). *Derecho español de la nacionalidad (Estudio práctico)*. Granada.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2012). "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*, 4(1), pp. 52-85.
- CARRASCOSA GONZALEZ, J., & SEATZU, F. (2009). "Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de Reglamento 'Roma III'". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 45(3), pp. 567-588.
- CHICHARRO LÁZARO, A. (2001). *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi.
- CLERICI, R. (2011). "Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale". *Famiglia e*

- Diritto. Mensile di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza*, pp. 1053-1065.
- COMBALÍA SOLÍS, Z. (2001). "Estatuto de la mujer en el derecho matrimonial islámico". *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, (6), pp. 14-20.
- CORDERO ALVAREZ, C. I. (2006). "Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (39), pp. 215.
- CORNELOUP, S., & JOUBERT, N. (2008). *Le règlement communautaire "Rome II" sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*. Dijon: LexisNexis.
- CRAIG, P., & DE BÚRCA, G. (2011). *EU law: Text, cases, and materials* (5th edition ed.) Oxford University Press.
- CRESPI REGHIZZI, Z. (2011). "Commento all'art. 18 (Regolamento UE n. 1259/2010 del consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale)". *Nuove Leggi Civili Commentate*, 34(6), pp. 1536-1537.
- CURTI GIALDINO, C. (1995). "Some reflections on the acquis communautaire". *Common Market Law Review*, 32 (5), pp. 1089-1121.
- DASTIS QUECEDO, A. (2000). "De la Unión Europea a la Europea de las naciones: Flexibilidad y cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam". *Reflexiones en torno al Tratado de Ámsterdam y el futuro de la Unión Europea*, pp. 201-226.
- DAVI, A. (2010). "Le renvoi en droit international privé contemporain". *Recueil Des Cours De l'Académie de Droit International de la Haye*, 352, pp. 9-522.
- DE CESARI, P. (2007). "Persona e familia". En AJANI, G. & BENACCHIO G.A. *Trattato di diritto privato dell'unione europea*. II, pp. 119 (XXIV-548). Torino.

- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2014). "Cuando el formalismo jurídico discrimina a las mujeres: Análisis de la aplicación jurisprudencial del art. 107 de código civil. ¿Un precedente del Reglamento Roma III?" Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, pp. 433-450.
- DE LA TORRE, T. O., & ANTONIO, J. (2007). "Hacia un derecho internacional privado uniforme de la Unión Europea sobre separación y divorcio". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 61(2043), pp. 3313-3332.
- DETHLOFF, N. (2003). "Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe". In BOELE-WOELKI, K. *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*. New York, pp. 51-59.
- DEVERS, A., & FARGE, M. (2012). "Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce". *Semaine Juridique*, (26), pp. 1277-1289.
- DIAGO DIAGO, M. P. (2004). "La nueva mudawana marroquí y el derecho internacional privado". *Revista Española de Derecho Internacional*, 2, pp. 1078-1083.
- DIAGO DIAGO, M. P. (2004). "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*. Madrid, pp. 271-294.
- DIAGO DIAGO, M. P. (2014). "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual". *Revista Española de Derecho Internacional*, 66(2), pp. 49-79.
- DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de derecho civil: Vol. IV: Tomo I: Derecho de familia*. (Undécima ed.) Tecnos.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, P. (2006). "Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (12), pp. 1-24.

- EHLERMANN, C. D. (1998). "Differentiation, flexibility, closer cooperation: The new provisions of the Amsterdam Treaty" *European Law Journal*, 4, pp. 246-249.
- EKSTRÖM, M. (2007). "Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement « Bruxelles II » à la proposition « Rome III »". *L'observateur de Bruxelles*, 67, pp. 19-22.
- ESCALADA LÓPEZ, M. L. (2014). "Los instrumentos de cooperación judicial europea: Hacia una futura fiscalía europea". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 18(47), pp. 89-127.
- ESPALIÚ BERDUD, C. (2010). "Tribunal de Justicia de la Unión Europea". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, pp. 97-106.
- ESPINAR VICENTE, J. M. (1996). *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*. Madrid.
- ESPINAR VICENTE, J. M. (1984). "La celebración del matrimonio en el derecho internacional privado español. Una aproximación a los requisitos sustanciales". *Revista Española de Derecho Internacional*, 36(1), pp. 93-102.
- ESPLUGUES MOTA, C. (2008). "Palao Moreno G., Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo". *Revista Española De Derecho Internacional*, 60(2), pp. 776-778.
- ESPLUGUES MOTA, C., & IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (2014). *Derecho Internacional Privado* (8ª ed.). Valencia.
- FARAMIÑAN GILBERT, J.M. (2000). *Reflexiones en torno al Tratado de Ámsterdam y el futuro de la Unión Europea*. Granada.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (1998). "De la ficción a la realidad: La creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España". *Revista de Derecho Privado*, pp. 628-645.
- FERNÁNDEZ NAVARRETE, D. (2010). *Historia de la Unión Europea. España como Estado miembro*. Madrid.

- FERNÁNDEZ PONS, X. (2010). "Fuentes del Derecho de la Unión (II): Derecho derivado." En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, pp. 157-170.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2004). "El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la constitución europea". *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (4), pp. 1867-1881.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2009). "Comunitarización del derecho internacional privado y derecho aplicable a las obligaciones contractuales". *Revista Española de Seguros*, (140), pp. 595-616.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2011). Hacia la patente única por el cauce de la cooperación reforzada. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (7558), pp. 1-5.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2009). *Derecho Internacional Privado* (5ª edición ed.). Pamplona.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., & SÁNCHEZ LORENZO, S. (2014). *Derecho internacional privado* (7ª ed.). Madrid.
- FERRÁN, G. (1976). "El informe Tindemans sobre la Unión Europea". *Revista de Instituciones Europeas*, 3(2), pp. 327-348.
- FINES, F. (2000). "Le Traité de Nice. La réforme des coopérations renforcées". *Revue des Affaires Europeennes*, (4), pp. 359-373.
- FONT I SEGURA, A. (2004). "El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: Un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis". *Revista española de derecho internacional*, 56(1), pp. 273-300.
- FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., & VIÑAS FARRÉ, R. (2013). Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- FRANZINA, P. (2009). "Las relaciones entre el reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(1), pp. 92-101.

- FRANZINA, P. (2011). "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio". *Rivista di diritto internazionale*, (2), pp. 488-496.
- FRANZINA, P. (2011). "I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: Considerazioni alla luce della sentenza "werynski" (judicial costs in the european judicial area: Some remarks in light of the "werynski" judgment)". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), pp. 675-696.
- FRANZINA, P. (2011). "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 december 2010". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), pp. 85-129.
- GAERTNER, V. (2006). "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*, 2, pp. 99-136.
- GALÁN GALÁN, A. (2010). "Cooperación reforzada". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, pp. 39-46.
- GALLANT, E. (2013). "Conversion de la séparation de corps en divorce.- article 9". EN S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris: LexisNexis, pp. 585-591.
- GARAU SOBRINO, F. F. (2004). "El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes". En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, pp. 399-410.
- GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, C. (2004). "El repudio islámico: Posibles soluciones ante su reconocimiento". En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, pp. 411-426.
- GARRIGA SUAÚ, G. (2013). Seminario internacional sobre la unificación convencional y regional del derecho internacional privado, Facultad

- de Derecho de la Universidad de Barcelona (16 y 17 de mayo de 2013). *Revista Española De Derecho Internacional*, 65(2), pp. 399-403.
- GARZÓN CLARIANA, G. (2009). "Democracia y Estado de derecho en la puesta en marcha del Tratado de Lisboa". *La presidencia española de la Unión Europea en 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa: Novenas jornadas extraordinarias escuela diplomática-asociación española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, Madrid, 2 y 3 de junio de 2009*. Marcial Pons, pp. 33-44.
- GAUDEMET-TALLON, H. (2001). "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". *Journal du Droit International*, (2), pp. 381-445.
- GAUDEMET-TALLON, H. (2002). "De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'union européenne". *Estudos Em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhães Collaço, I*, pp.159-185.
- GAVILÁN LÓPEZ, J. (2014). "Los mayores en la resolución de las crisis matrimoniales: Nulidad, separación y divorcio, experiencias de un juez de familia durante cinco años". Paper presented at the *Envejecimiento Activo en España: Derechos y Participación en la Sociedad de los Mayores*, pp. 729-742.
- GIL ALONSO, F. (2002). "¿Hacia un sistema estadístico europeo?: Armonización de fuentes de datos sobre población y hogares en Europa". *El campo de las ciencias y las artes*, pp. 341-376.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2007). Los datos genéticos en el Tratado de Prüm. *Revista De Derecho Constitucional Europeo*, pp. 137-165.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). "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*, (4), pp. 117-190.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2010). "El derecho de familia desde una perspectiva europea". *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, (54), pp. 76-92.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). "El informe Borrás en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE". En C. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 491-502.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). "La nulidad, separación y divorcio en el derecho internacional privado y español: Cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable". Paper presented at the *Cursos De Derecho Internacional y Relaciones Internacionales De Vitoria-Gasteiz, 2011//Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbide Eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak, 2011*, pp. 135-194.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). "Règles uniformes sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.- article 5: Choice of applicable law by the parties". En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris. LexisNexis, pp. 545-555.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). "Règles uniformes sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.- article 6: Consent and material validity". En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris. LexisNexis, pp. 557-559.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2013). "Règles uniformes sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.- Article 7: Formal validity". En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris. LexisNexis, pp. 561-565.

- GONZÁLEZ BONDIA, A. (2010). "Miembros, ampliación y retirada". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS., *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona, pp. 19-28.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (1995). "Derecho de familia: El matrimonio". En GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS. *Derecho internacional privado español: Parte especial* (6ª revisada ed.). Madrid, pp.289-328.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., GÓMEZ JENÉ, M., & ABARCA JUNCO, P. (2008). *Derecho internacional privado*. Madrid.
- GONZALO QUIROGA, M. (2004). "Las crisis matrimoniales en el derecho internacional privado español: novedades en la legislación (New Spanish Conflict of Laws Rules on Marital Crisis)". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 40(3), pp. 943-956.
- GRUBER, P. (2012). "Scheidung auf Europäisch-die Rom III-Verordnung". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 32(5), pp. 381-392.
- GUZMÁN ZAPATER, M. (2012). "Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: A propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III". En ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. & PENADES FONTS, M.A. *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*. Valencia, pp. 521-536.
- HÄBERLE, P. (2008). "El Tratado de reforma de Lisboa de 2007". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (9), pp. 11-22.
- HAMMJE, P. (2011). "Le nouveau règlement (UE) n° 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". *Revue Critique de Droit International*, 100(2), pp. 291-338.
- HAMMJE, P. (2013). "Article 11.- exclusion du renvoi". En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris. LexisNexis, pp. 605-613.

- HENDERSON, T. (2010). "From Brussels to Rome: The necessity of resolving divorce law conflicts across the European Union". *Wis.Int'l LJ (University of Wisconsin Law School)*, 28, pp. 768-794.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, P. (2013). "La propuesta de la Unión Europea para el impuesto sobre las transacciones financieras en el marco de la cooperación reforzada: Entre justicia tributaria, recaudación y restricción a las libertades comunitarias". *Estudios Financieros. Revista De Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, (368), pp.91-152.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. (2011). "Reflexiones en torno al reglamento (UE) nº 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". *El Desarrollo del Tratado de Lisboa: Un Balance de la Presidencia Española: Décimas Jornadas Extraordinarias. Escuela Diplomática- Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Madrid, pp. 197-207.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. (2012). "Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: El reglamento (UE) nº 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*, (22), pp. 43-66.
- IGLESIAS BERLANGA, M. (2011). "Competencias". En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona. Huygens, pp. 29-38.
- ILEŠIČ, M. (2013). "El Tribunal de Justicia desestima los recursos interpuestos por España e Italia en el ámbito de la patente unitaria: TJ Gran Sala, S 16 abr. 2013". *La Ley Unión Europea*, (4), pp. 48-49.
- ISAAC, G. (1991). *Manual de derecho comunitario general*. Ariel.
- JAYME, E. (1993). "Non-unified legal systems and european conflicts law, spanish law applied abroad". En M. V. CUARTERO RUBIO

- (Ed.), *Cuarta jornadas de derecho internacional privado: Principios objetivos y métodos del derecho internacional privado: Balance y perspectivas de una década*. Madrid, pp. 635-366.
- JAYME, E. (2009). "Party autonomy in international family and succession law: New tendencies". *Yearbook of Private International Law*, 11, p. 1-10.
- JOUBERT, N. (2013). "Application de la loi du for". En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris. LexisNexis, pp. 595-603.
- JOUBERT, N. (2013). "Introduction aux articles 10, 12 et 13". En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris. LexisNexis, pp. 593-594.
- JUÁREZ PÉREZ, P. (1998). *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*. Madrid. Marcial Pons.
- JUÁREZ PÉREZ, P. (2003). "Hacia un derecho internacional privado intercultural". En CALVO CARAVACA, J.L. & BLANCO-MORALES LIMONES, P. *Globalización y derecho*. Madrid, pp. 331-349.
- KOHLER, C. (2011). "Le choix de la loi applicable au divorce - interrogations sur le règlement " Rome III" de l'Union européenne". In KRONKE.H. *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70*. Bielefeld, pp. 208-217.
- KORTENBERG, H. (1998). "Closer cooperation in the Treaty of Amsterdam". *Journal of Common Market Law Review*, 35(4), pp. 833-854.
- LA MALÉNE, C. (1996/97). "Les coopérations renforcées dans l'union européenne". *Delégation du Sénat pour L'union Européenne, Rapport d'Information*, 351, pp. 1-32.
- LAMONT, R. (2007). Habitual residence and Brussels II bis: Developing concepts for european private international family law. *J.Priv.Int'l L.*, 3, pp. 261-281.

- LAUROBA, E. (2013). "La régulation du divorce en Espagne". En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit européen du divorce. European divorce law* (39th ed.), París. LexisNexis, pp. 85-111.
- LEIBLE, S. (2011). "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(1), pp. 214-233.
- LENAERTS, K., & GUTIÉRREZ-FONS, J. A. (2010). "The constitutional allocation of powers and general principles of EU law". *Common Market Law Review*, 47(6), pp. 1629-1669.
- LESCASTREYES, M. H. (2004). "Le divorce en droit international privé français (article 310 du code civil)". En CALVO CARAVACA, A.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, pp. 531-546.
- LOPES PEGNA, O. (2010). "La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: Profili problematici". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(2), pp. 126-139.
- LUNAS DÍAZ, M. J. (1998). "El principio de primacía comunitario y el derecho internacional privado". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (4), pp. 473-499.
- MAESTRE CASAS, P. (2001). "Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de derecho internacional privado". En CALVO CARAVACA, J.L. & IRIARTE ÁNGEL, J.L. *Mundialización y familia*. Madrid, pp. 195-212.
- MAESTRE CASAS, P. (2010). "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*, 2(2), pp. 290-304.
- MAGALLÓN, N. (2004). "La multiculturalidad y el derecho internacional privado de familia: La modificación del artículo 107 del código civil". *Boletín De La Academia Vasca De Derecho*, pp. 45-66.

- MALAGOLI, E. (2011). "Separazione e divorzio: Il regolamento UE 1259/2010 del 20 dicembre 2010, per una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile". *Contratto e impresa/Europa*, 16(1), pp. 436-445.
- MALAURIE, P., & AYNÈS, L. (2011). *La famille* (4e. éd). Paris: Defrénois.
- MANGAS MARTÍN, A. (1998). "La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam". *Comunidad Europea Aranzadi*, 25(10), pp. 27-38.
- MANGAS MARTÍN, A. (2002). Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza. En C. J. MOREIRO GONZÁLEZ (Ed.), *Tratado de Niza: Análisis, comentarios y texto*, Madrid, Colex, pp. 67-82.
- MANGAS MARTÍN, A. (2005). "La Constitución europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 57, pp. 570-581.
- MANGAS MARTÍN, A., & LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2011). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (1998). "La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: Especial referencia a la noción de cooperación reforzada". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (3), pp. 205-232.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (1998). "La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam". *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz*, pp. 89-144.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2000). Reflexiones en torno a la cooperación reforzada: La incógnita del tratado de Ámsterdam. En A. OLESTI RAYO (Ed.), *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*. JM Bosch Editor, pp. 79-106.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2003). "La cláusula de cooperación reforzada a la luz del Tratado de Niza: Crónica de una modificación necesaria". *Noticias de la Unión Europea*, (218), pp. 95-110.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2003). "El proyecto de constitución europea: Reflexiones sobre los trabajos de la convención". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7(15), pp. 527-572.

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., & URREA CORRES, M. (2010). *Tratado de Lisboa*. Barcelona: Marcial Pons.
- MARTINELL GISPert-SAUCH, J. M. (2002). "El derecho a contraer matrimonio, inmigración y fraude de ley". *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos*, (2), pp. 277-311.
- MARTÍNEZ SIERRA, J. M. (2000). "La cooperación reforzada tras Niza". *Revista de las Cortes Generales*, (50), pp. 31-82.
- MARTÍNEZ, C. (1998). "Fundamentos y límites del forum shopping: Modelos europeo y angloamericano". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, pp. 521-556.
- MAYER, P. & HEUZÉ, V. (2007). *Droit international privé*. París.
- MELLONE, M. (2010). "La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie". *Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 46 (3), pp. 685-716.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). "La autonomía de la voluntad en el reglamento europeo sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial". *Diario La Ley*, (8271) 3, pp. 1-14.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). "El certificado sucesorio europeo en el Reglamento (UE) 650/2012". *Revista de Derecho Civil*, 1(2), pp. 73-112.
- MOISE, R. (2007). "CORNUT, E., "Théorie critique de la fraude à la loi: étude de droit international privé de la famille. Étude de droit international privé de la famille". *Revista Española de Derecho Internacional*, 1 (LIX), pp. 465-468.
- MOSCONI, F. & CAMPIGLIO, C. (2012). "I matrimoni tra persone dello stesso sesso: Livello "federale" e livello statale in Europa e negli stati uniti". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2, pp. 299-316.
- MUIR WATT, H. (2001). "Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)". *Archives de Philosophie du Droit*, (45), pp. 271-284.

- MUÑOZ, R. (2002). "Le marché intérieur: Comment rendre effectifs les droits des intéressés?". *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 458, pp. 337-341.
- NASCIMBENE, B. (2007). "Compétence juridictionnelle et loi applicable en matière matrimoniale: Un règlement Rome III? droits patrimoniaux des couples mariés et non mariés: Vers des règles européennes sur les régimes matrimoniaux?". *Revue des Affaires Europeennes*, (3), pp. 601-609.
- NASCIMBENE, B. (2009). "Competenza giurisdizionale e legge applicabile in materia matrimoniale: verso un regolamento Roma III?". *Famiglia e Diritto*, 1, pp. 529-541.
- NORTH, P. M., MATTE, N. M., CARBONE, S. M., & GEAMANU, G. (1981). "Development of rules of private international law in the field of family law: Telecommunications satellites". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, pp. 9-118.
- OLESTI RAYO, A. (1998). *Los principios del Tratado de la Unión Europea: del Tratado de Maastricht al Tratado de Ámsterdam*. Barcelona.
- OLESTI RAYO, A. (2011). "El espacio de libertad, seguridad y justicia". En V. ABELLÁN HONRUBIA, B. VILÀ COSTA & A. OLESTI RAYO (Eds.), *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona; Ariel, pp. 305-318.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (1998). *Diferencias de integración y cooperación reforzada en la Unión Europea*. Madrid.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2009). "Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?" En S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de derecho de familia y de sucesiones:(dimensiones interna e internacional)*. Santiago de Compostela, pp. 219-246.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2011). "Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales". En X. ABEL LLUCH, J. PICO JUNOY & M. RICHART GONZÁLEZ (Eds.), *La prueba*

judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo. Madrid: La Ley, pp. 477-498.

- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2012). "La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: Aplicación del Reglamento Roma III en España". *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, (7193), pp. 1-14.
- ORTIZ VIDAL, M. (2009). "El caso Grunkin-Paul: Notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(1), pp. 143-151.
- ORTIZ VIDAL, M. (2009). "Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), pp. 357-366.
- ORTIZ VIDAL, M. (2010). "Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: Hacia un nuevo derecho internacional privado". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2(1), pp. 376-402.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2006). *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Pamplona.
- OTTAVIANO, I. (2011). "La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali". *Il diritto dell'Unione Europea*, 11(1), pp.113-144.
- PANIZO, A., & DE ARCE, R. (2006). "La ejecución en España de sentencias de nulidad, separación o divorcio dictadas por tribunales extranjeros". *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales: Nueva Época*, (3), pp. 373-396.
- PARISOT, V. (2013). "Article 15.- États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit- conflits de lois interpersonnels-". En S. CORNELOUP (Ed.), *Droit Européen du divorce. European divorce law* (39th ed.). Paris: LexisNexis, pp. 647-660

- PEREIRA, F. (2007). "Coopération juridique-" Rome III": La compétence juridictionnelle et la loi applicable en matière matrimoniale". *Revue du Marche Commun et de l'Union Européenne*, (509), pp. 390-394.
- PERIN TOMIČIĆ, I. (2007). "Private international law aspects of the matrimonial matters in the European Union—Jurisdiction, recognition and applicable law". *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 57(4-5), pp. 847-880.
- PESCATORE, P. (1981). "Aspectos judiciales del" acervo comunitario". *Revista de Instituciones Europeas*, 8(2), pp. 331-366.
- POCAR, F. (2007). "Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio". *La Famiglia nel Diritto Internazionale Privato Comunitario*, pp.267-278.
- POCAR, F. (2008). " The "communitarization" of private international law and its impact on the external relations of the european union". En MALATESTA, A., BARIATTI, S., & POCAR, F. *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*. Milano, pp. 1-15.
- POCAR, F. (2011). "Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(2), pp. 297-306.
- PONS RAFOLS, F. X. (2001). "Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 5(9), pp. 145-196.
- PONS RAFOLS, F. X. (2008). "Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión". *El Tratado de Lisboa: La salida de la Crisis Constitucional: Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional-AEPDIRI-celebradas en Madrid el 17 y 18 de Diciembre de 2007*, pp. 627-660.
- PONS RAFOLS, F. X. (2013). "Unificación, armonización y flexibilidad: Algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la unión europea". En J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS & R. VIÑAS FARRÉ (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y*

regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás. Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 749-766

- QUEIROLO, I., & CARPANETO, L. (2012). "Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento "Roma III"". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 48(1), pp. 59-86.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2000). *Derecho e inmigración: El repudio islámico en Europa*. Barcelona.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2002). "La disolución del matrimonio: Especial referencia al repudio islámico". En CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*. Madrid, pp. 259-342.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2008). "¿Cuándo se aplica el reglamento Bruselas II bis? el TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 12(30), pp. 457-482.
- RASMUSSEN, M. (2010). "From Costa v ENEL to the treaties of Rome: A brief history of a legal revolution". *The Past and the Future of EU law—the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*. Hart Publishing, Oxford and Portland, pp. 69-85.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., & PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. (2007). *Derecho internacional*. Valencia.
- RICCI, C. (2008). "Il foro della residenza abituale nel regolamento N° 2201/2003 e nella proposta Roma III". *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, pp. 421-431.
- RICCI, C. (2008). "Habitual residence as a ground of jurisdiction in matrimonial disputes: From Brussels II to Rome III". En A. MALALTESA, F. POCAR & S. BARIATTI (Eds.), *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*. Padua: CEDAM, pp. 207-219.

- RICCI, C. (2009). "I fori "residuali" nelle cause matrimoniali dopo la sentenza Lopez". In VENTURINI, G. & BARIATTI, S. *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Milano, pp. 865-878.
- RICCI, C. (2011). "La legge applicabile al divorzio tra cittadini di Stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 47(1), pp. 55-80.
- ROCA TRIAS, E. (2014). *Libertad y familia* (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- RIGAUX, F., & FALLON, M. (2005). *Droit international privé* (3ª ed.). Bruxelles.
- RODRIGUES, S. (2001). "Le Traite de Nice et les cooperations renforcees au sein de l'Union Europeenne". *Revue du Marche Commun et de l'Union Europeenne*, (444), pp. 11-16.
- RODRÍGUEZ BENOT, A. (2002). *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*. Madrid.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., & LIÑAN NOGUERAS, D. (1993). *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. Madrid.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2004). "Crisis matrimoniales y foro de necesidad, en relación con la Sentencia número 166/2003". En CALVO CARAVACA, J.L. & CASTELLANOS RUIZ, E. *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, pp. 705-722
- RÖTHEL, A. (2013). "Il Regolamento Roma III: Spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti". *Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, (4), pp. 883-898.
- RUIZ SUTIL, C. (2012). "Le nouveau règlement" Rome III": La séparation de corps et le divorce de la population marocaine en Europe et en Espagne". *Revue Internationale de Droit Comparé*, (2), pp. 525-548.
- SABIDO RODRÍGUEZ, M. (2013). "La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho Internacional Privado español". *Revista De Derecho Comunitario Europeo*, 17 (45), pp.499-534.

- SALERNO, F. (2007). "I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 43(1), pp. 63-84.
- SALINAS ARANEDA, C. (2010). "El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2(XXVI), pp. 473-532.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (2013). *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*. Pamplona, Aranzadi.
- SÁNCHEZ, V. M. (2010). Procedimientos legislativos. En SÁNCHEZ, V.M. (Coord.) & OTROS. *Derecho de La Unión Europea*. Barcelona, pp. 122-128.
- SÁNCHEZ, V. M. (Coord.) & OTROS (2010). *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona.
- SCHWIND, F. (1966). Le divorce en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 117, pp. 445-501.
- SEATZU, F., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2010). "La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III". *Studi sull'integrazione europea*, 1, pp. 49-79.
- SILLERO CROVETTO, B. (2014). "Divorcio a través de las fronteras: Aplicación del Reglamento Roma III". Paper presented at the *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, pp. 451-482.
- SOTO MOYA, M. (2012). "Libre circulación por el territorio de la unión europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 16(43), pp. 807-847.
- SOTO MOYA, M. (2013). "La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo. Paper presented at the *El Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de*

- Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), 20-22 de Octubre, Córdoba*, pp. 595-606.
- STETTNER, R. (2005). "Flexibilidad en el Derecho Europeo. Complemento autónomo del tratado y cooperación reforzada". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (3), pp. 213-228.
- STUBB, A. C. (1996). "A categorization of differentiated integration". *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 34(2), pp. 283-295.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., VIVO DE UNDABARRENA, E., REGUEIRO GARCÍA, M. T., & CIÁURRIZ LABIANO, M. J. (2005). *Derecho matrimonial comparado*. Tirant lo Blanch.
- TAIBO, C. (1999). "La conflictiva ampliación de la Unión Europea". *Política Exterior*, (71), pp.67-77.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. (1979). "La anunciada ley de divorcio y la problemática de derecho internacional privado". *Revista de Derecho Privado*, 63(10), pp. 1006-1025.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. (1995). *Legislaciones nacionales de derecho internacional privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. (2003). "Ante la anunciada reforma del artículo 107 del código civil". *Actualidad Civil*, (3), pp. 75-97.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. (2007). Hacia un derecho internacional privado uniforme de la Unión Europea sobre separación y divorcio. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 61(2043), pp. 3313-3332.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A. (2014). "El Reglamento europeo sobre sucesiones y testamentos: Breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española". *Revista Jurídica De Asturias*, (37), pp. 97-127.
- URÍA-RODRÍGUEZ, I. (2014). "Ley aplicable a un pacto sucesorio de institución recíproca con elemento extranjero: Régimen del artículo 9.8 CC y régimen del Reglamento europeo de sucesiones". *Revista de Derecho Civil*, 1(1), pp. 131-134.

- URREA CORRES, M. (2002). *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*. Madrid.
- URREA CORRES, M. (2003). "El espacio de libertad, seguridad y justicia y la competencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas: Hacia una jurisdicción flexible (segundo premio)". *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (23), pp. 65-102.
- URREA CORRES, M. (2004). "La cooperación reforzada en el proyecto de Constitución Europea". *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, (12), pp. 27-49.
- URREA CORRES, M. (2008). "Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa". *Cuadernos Europeos de Deusto*, 39, pp. 169-190.
- VAN OOIK, R. H., & BOELE-WOELKI, K. (2002). "The communitarization of private international law". *Yearbook of Private International Law*, (IV), pp. 1-36.
- VEGA GARCÍA, A. (2011). "La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas (eingetragene Lebenspartnerschaften) a los matrimonios en el Impuesto sobre sucesiones". *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)*, 1, pp. 1-12.
- VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2008). "El divorcio en derecho internacional privado comunitario: Cuestiones de ley aplicable". *Revista General de Derecho Europeo*, (17), pp. 1-33.
- VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M. (2011). "La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: El nuevo reglamento (UE) Nº 1259/2010". *Revista General de Derecho Europeo*, (24), pp. 1-41.
- VIARENGO, I. (2011). "Il nuovo regolamento sulla legge applicabile al divorzio per gli stati europei interessati alla cooperazione rafforzata: Prime riflessioni". *Scritti in Onore di Ugo Draetta*, pp. 771-783.
- VIARENGO, I. (2011). "Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (the EU

- regulation on the law governing legal separation and divorce and party autonomy)". *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 47(3), pp. 601-624.
- VIARENGO, I. (2012). "The role of party autonomy in cross-border divorces". *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 30(4), pp. 555-561.
- VIDO, S. (2012). "The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4(1), pp. 222-232.
- VIRGÓS SORIANO, M., & GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. (2000). *Derecho procesal civil internacional: Litigación internacional*. Madrid.
- VON OVERBECK, A. (1993). "L'extension irrésistible de l'autonomie en droit international privé". En Bruylant (Ed.), *Nouveaux itinéraires en droit: Homenaje a François Rigaux*. Bruselas, pp. 619- 636.
- WAGNER, R. (2008). "Der grundsatz der rechtswahl und des mangels rechtswahl anwendbarer recht (Rom I-verordnung)". *IPRax: Praxis Des Internationalen Privat- Und Verfahrensrechts*, 28(5), pp. 377-386.
- WIMMER PER, T. (1995). *Vers une Europe a la carte apres Maastricht?. Analyse des dérogations à l'acquis communautaire*. Brujas. College of Europe.
- WINKLER VON MOHRENFELS, P. (2011). "Die Rom III- vo und die parteiautonomie". In KRONKE.H. *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70*. Bielefeld, pp. 527-542.
- ZANOBETTI, A. (2012). "Divorzio all'europa. Il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale". *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, pp. 250-261.

ANEXOS

I. ANEXO I

Tabla de elaboración propia que referencia para los 28 países de la UE la admisión del divorcio, la separación judicial y la nulidad, así como el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo y su pertenencia o no al R. 1259/2010.

UE 28	Divorcio	Separación judicial	Nulidad	Matrimonios homosexuales	Reglamento <i>Roma III</i>	
1	Alemania	✓	✗	✓	✗ ⁷⁹⁹	✓
2	Austria	✓	✗	✓	✗ ⁸⁰⁰	✓
3	Bélgica	✓	✓	✓	✓	✓
4	Bulgaria	✓	✗	✗ ⁸⁰¹	✗	✓
5	Chipre	✓	✗	✓	✗	✗
6	Croacia					✗
7	Dinamarca	✓	✗	✓	✓	✗
8	Eslovaquia	✓	✗	✓	✗	✗
9	Eslovenia	✓	✗	✗ ⁸⁰²	✗ ⁸⁰³	✓

⁷⁹⁹ Reconocimiento a parejas homosexuales sólo como "pareja inscrita".

⁸⁰⁰ En Austria se reconocen uniones civiles homosexuales.

⁸⁰¹ En Bulgaria, la nulidad se entiende con efectos desde la declaración judicial y varía el *nomen iuris*: a dicha situación se la conoce como "destrucción del matrimonio".

LUCES Y SOMBRAS EN LA DETERMINACIÓN DE LEY APLICABLE A LAS CRISIS
MATRIMONIALES EN LA UE

UE 28		Divorcio	Separación judicial	Nulidad	Matrimonios homosexuales	Reglamento <i>Roma III</i>
10	España	✓	✓	✓	✓	✓
11	Estonia	✓	✗	✓	✗	✗
12	Finlandia	✓	✗	✗	✗	✗
13	Francia	✓	✓	✓	✓	✓
14	Grecia	✓	✓	✓	✗	✓
15	Hungría	✓	✗	✓	✗ ⁸⁰⁴	✓
16	Irlanda	✓	✓	✓	✗ ⁸⁰⁵	✗
17	Italia	✓	✓	✓	✗	✓
18	Letonia	✓	✗	✓	✗	✓
19	Lituania	✓	✓	✓	✗	✓
20	Luxemburgo	✓	✓	✓	✓	✓

⁸⁰² En Eslovenia no existe la nulidad tal como se concibe en España, aunque la situación de hecho sí puede ser anulable y el matrimonio deja de surtir efectos desde la declaración de anulabilidad.

⁸⁰³ En Eslovenia se reconocen uniones civiles homosexuales.

⁸⁰⁴ En Hungría se reconocen uniones civiles homosexuales. *Vid.* 4:5. § (Concepto de matrimonio: entre hombre y mujer).

⁸⁰⁵ Se reconocen uniones civiles homosexuales.

ANEXOS

UE 28		Divorcio	Separación judicial	Nulidad	Matrimonios homosexuales	Reglamento Roma III
21	Malta	✓	✓	✓	✗	✓
22	Países Bajos	✓	✓	✓	✓	✗
23	Polonia	✓	✓	✓	✗	✗
24	Portugal	✓	✓	✓	✓	✓
25	Reino Unido	✓	✓	✓	✓	✗
26	Rep. Checa	✓	✗	✓	✗ ⁸⁰⁶	✗
27	Rumania	✓	✗	✓	✗	✓
28	Suecia	✓	✗	✗	✓	✗

⁸⁰⁶ En la República Checa se reconocen uniones civiles.

II. ANEXO II.

Tabla de elaboración propia en la que se referencia qué Estados miembros participantes en el R. 1259/2010 establecen por un lado, requisitos formales adicionales en cuanto a los convenios sobre elección de la ley aplicable y, por otro lado, posibilitan modificar la ley aplicable una vez presentada la demanda judicial de separación o divorcio⁸⁰⁷.

EEMM Participante del R.1259/2010.	Requisitos formales adicionales (Art. 7.2-.4 R. 1259/2010).	Posibilidad de designar la ley aplicable (Art. 5.3 R. 1259/2010).
1 Alemania	✓ ⁸⁰⁸	✓ ⁸⁰⁹
2 Austria	✗	✓ ⁸¹⁰
3 Bélgica	✗	✓ ⁸¹¹

⁸⁰⁷ Fuente (última fecha de consulta: 17.7.2015): http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_communicationshtml_be_en.htm

⁸⁰⁸ De acuerdo con la ley alemana (d del artículo 46 (1) EGBGB) un acuerdo de elección de la ley aplicable en virtud del artículo 7 (2) a (4), del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 debe ser grabada en un acta notarial.

⁸⁰⁹ De acuerdo con la legislación alemana (artículo 46 (d) (2) EGBGB), los cónyuges pueden elegir la ley aplicable en virtud del artículo 5 (3) del Reglamento (UE) n.º 1259/2010, hasta la conclusión de la audiencia de primera instancia.

⁸¹⁰ De acuerdo con la Ley de Austria (§ 11 (3) IPRG), los cónyuges pueden elegir la ley aplicable en virtud del artículo 5 (3) del Reglamento (UE) n.º 1259/2010 también ante el tribunal durante el curso del procedimiento, siempre que el elección de la ley se ejerce de manera explícita y no sólo por el comportamiento implícito.

⁸¹¹ En cuanto a los requisitos para la designación de la ley aplicable, el Código belga de Derecho Internacional Privado establece en su artículo 55 (2) 0.3 que la elección debe ser ejercido en la primera audiencia (Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, lun b., 27 juillet 2004, vig. 1er octobre 2004)

LUCES Y SOMBRAS EN LA DETERMINACIÓN DE LEY APLICABLE A LAS CRISIS
MATRIMONIALES EN LA UE

4	Bulgaria	✘	✘
5	Eslovenia	✘	✘
6	España	✘	✘
7	Francia	✘	✘
8	Grecia	✘	✘
9	Hungría	✘	✓ ⁸¹²
10	Italia	✘	✘
11	Letonia	✘	✘
12	Lituania	✘	✘
13	Luxemburgo	✘	✘
14	Malta	✘	✘
15	Portugal	✘	✘
16	Rumania	✘	✓ ⁸¹³

⁸¹² Los cónyuges podrán designar la ley aplicable a más tardar hasta el plazo fijado por el tribunal en la primera audiencia. (Polgári Törvénykönyvről, III. Cím a házasság megszűnése, cikk 4:20. §-4:23. § (Art. 5-3).

⁸¹³ Bajo la ley rumana, los cónyuges podrán designar la ley aplicable al divorcio después de que el tribunal que conoce del asunto ha sido, pero no más tarde de la fecha de la primera audiencia en la corte en la que los cónyuges han sido convocados legalmente.