

EL DIVORCIO INTERNACIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA:
PROBLEMAS DE COHERENCIA Y COORDINACIÓN
NORMATIVA

*“INTERNATIONAL DIVORCE IN THE EUROPEAN UNION: PROBLEMS
OF LEGAL COHERENCE AND COORDINATION”*

Rev. boliv. de derecho n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 208-233



Rosario
ESPINOSA
CALABUIG

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: Los problemas derivados de los litigios familiares dentro de la Unión europea han propulsado los trabajos de unificación normativa de este sector. El presente artículo analiza, en particular, los problemas de coherencia y coordinación entre los reglamentos elaborados en la UE para unificar las normas de competencia judicial en materia matrimonial (Reglamento 2201/2003 "Bruselas II bis") y las normas de conflicto (Reglamento 1259/2003 "Roma III"). Las limitaciones, sobre todo de este último, van a dificultar su puesta en práctica.

PALABRAS CLAVE: Divorcio, competencia judicial, ley aplicable.

ABSTRACT: The problems regarding family matters in the European Union have promoted the work toward the legal unification of this field. This article analyzes, in particular, the problems of coherence and coordination between the regulations elaborated in the EU to unify the rules of jurisdiction in matrimonial matters (Regulation 2201/2003 "Brussel II bis") and the conflict of law rules (regulation 1259/2010 "Rome III"). The limitations, principally of the last one, will make difficult their practical application.

KEY WORDS: Divorce, international jurisdiction, applicable Law.

SUMARIO.- I. El Derecho de familia en la Unión Europea: los reglamentos aplicables y sus problemas de coordinación y puesta en práctica. II. Los tribunales competentes para resolver un divorcio en la Unión Europea: el reglamento (CE) n° 2201/2003 (“Bruselas II bis”). III. La Ley aplicable al divorcio en la Unión Europea: el reglamento (UE) n° 1259/2010 (“Roma III”). IV. Conclusiones.

I. EL DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA: LOS REGLAMENTOS APLICABLES Y SUS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN Y PUESTA EN PRÁCTICA

A la vista de las estadísticas consultadas, el número de divorcios y separaciones internacionales producidas anualmente en la Unión Europea (UE) no deja de aumentar. Así lo demuestran los datos aportados por la misma UE y por algunos Estados miembros (EE.MM), como es el caso de España¹, en relación con los divorcios y separaciones judiciales de parejas de diversa nacionalidad y/o residencia en EE.MM. diferentes².

- 1 Para consultar las estadísticas sobre divorcios y separaciones en la UE ver, entre otros, <http://www.inmujer.gob.es>. En ellas se demuestra el incremento de divorcios y separaciones en la UE, siendo Alemania, Reino Unido y España los países en los que mayor número se produce anualmente. Un Informe de la Comisión europea de 2005 demostraba la celebración anual de unos 2.200 millones de matrimonios, de los que unos 350.000 eran internacionales. Para entonces se producía ya un total de 875.000 divorcios, de los que un 20% (170.000 aproximadamente) era entre personas de diversa nacionalidad (“News Release Eurostat” 25/2006, 12.5.2006, *International Day of Families*, “The family in the EU25 seen through figures”, Luxemburgo, 2006). Estos datos se han ido incrementando según demuestra el Instituto Nacional de Estadística (INE) español en un estudio por países y otras variables como la edad, la nacionalidad, el sexo, etc. Disponible en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>. En España, en 2014 (última fecha disponible), hubo 100.746 divorcios, un 5,6% más que en el año anterior. La custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 21,3% de los casos de divorcio. Durante el año 2014 se produjeron un total de 105.893 sentencias de nulidades, separaciones y divorcios, lo que supuso una tasa de 2,3 por cada 1.000 habitantes. El total de sentencias en 2014 experimentó un aumento del 5,4% respecto al año anterior. El número de divorcios se incrementó un 5,6%, el de separaciones, un 2,7% y el de nulidades también un 2,7%. Por tipo de proceso, se produjeron 100.746 divorcios, 5.034 separaciones y 113 nulidades. Los divorcios representaron el 95,1% del total, las separaciones el 4,8% y las nulidades el 0,1% restante. La duración media de los matrimonios hasta la fecha de la sentencia fue de 15,8 años cifra similar a la de 2013. Los matrimonios disueltos por divorcio tuvieron una duración media de 15,4 años, mientras que la de los matrimonios separados fue de 22,2 años. Por su parte, el tiempo medio transcurrido entre el matrimonio y la declaración de nulidad fue de 7,4 años.
- 2 Esto es, las situaciones de carácter internacional, “por ejemplo, en las que los cónyuges son de nacionalidades diferentes, residen en Estados miembros distintos o en un Estado miembro del que al menos uno de los cónyuges no tiene la nacionalidad. Por lo tanto, se cumple la condición de la repercusión transfronteriza enunciada en el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (según la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la

• Rosario Espinosa Calabuig

Doctora en Derecho y Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Valencia (España). Tiene numerosas publicaciones en España y el extranjero, tanto monografías como artículos de temática variada. Sus áreas de especialización afectan, entre otras, al derecho de familia en el derecho internacional privado y el derecho del comercio internacional. Ha realizado Conferencias y Seminarios internacionales dentro y fuera de España (Brasil, Uruguay, Italia, Bolivia, Rusia...) y ha sido profesora visitante en universidades como NYU, GWU (EEUU), Roma, Verona, Génova (Italia) o Centros de investigación como el Instituto Max-Planck de Hamburgo (Alemania) o el Instituto Unidroit de Roma (Italia). rosario.espinosa@uv.es.

A todo ello hay que sumar el hecho de que en los últimos años ha aumentado el número de Estados en los que es posible el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En 2015 son ya 9 de los 28 EE.MM. en los que se permite (por ejemplo, en España, con la Ley 13/2005³), lo que se traduce en un potencial aumento de matrimonios en la UE y en una mayor probabilidad -correlativa a dicho aumento- de separaciones y divorcios en los EE.MM. en los que es posible⁴.

Es este aumento de litigios matrimoniales lo que habría justificado la intervención de la UE, desde hace tiempo⁵ y desde diversos frentes, para alcanzar una respuesta legislativa unificada a nivel europeo en este sector del derecho de familia. De una parte, el primero de los reglamentos elaborados en este ámbito ha sido el reglamento (CE) n° 2201/2003 (más conocido como “Bruselas II bis”)⁶ sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial, así como de responsabilidad parental. Junto a él, elaborado en un momento posterior, el Reglamento (UE) n° 1259/2010 (más conocido como “Roma III”) por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y la separación judicial⁷. De otra parte, hay que mencionar las Propuestas de reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales así como de efectos patrimoniales de las uniones registradas ambas de 16 de marzo de 2011⁸. Para que ambos reglamentos

separación judicial, Bruselas 24.3.2010, COM (2010) 105 final, p. 5). Por ejemplo, en España en 2014 el 83,7% del total de divorcios registrados en 2014 tuvo lugar entre cónyuges de nacionalidad española. En el 10,6% uno de los cónyuges era extranjero y en el 5,7% ambos cónyuges eran extranjeros. Disponible en <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/&file=inebase>.

- 3 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n° 157 de 2.7. 2005). Desde 2005 hasta 2014, se celebraron en España 31.610 bodas entre personas del mismo sexo, según datos del INE (12.200 entre mujeres y 19.410 entre hombre) y un 6,56% acabó en ruptura. Ver <http://www.ine.es>.
- 4 El último país europeo en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido Eslovenia (2015), que se une a Luxemburgo (2015), Francia (2013), Dinamarca (2012), Portugal (2010), Suecia (2009), España (2005), Bélgica (2003) y Países Bajos (2001). Fuera de la UE, otros países como Canadá, Sudáfrica, Noruega, Argentina, Brasil, Uruguay, Nueva Zelanda y algunos Estados de EE.UU. y México también lo han hecho.
- 5 En concreto, el 14 de marzo de 2005 se presentaba por la Comisión un “Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”. Más adelante, el 17 de julio de 2006, propuso un Reglamento destinado a modificar el Reglamento (CE) n° 2201/2003 (DO L 338 de 23.12.2003), por lo que se refiere a la competencia y para introducir normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial. El Consejo, reunido en Luxemburgo (5 y 6 de junio de 2008), concluyó que no había unanimidad sobre esta propuesta lo que condujo, el 12 de julio de 2010, a la adopción de la Decisión 2010/405/UE por la que se autorizaba una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal.
- 6 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27-11-2003, 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 (DO L 338, de 23-12-2003), conocido como reglamento *Bruselas II*. Este último fue derogado por ser considerado discriminatorio en la materia específica de la responsabilidad parental. Al respecto, ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el Espacio judicial europeo*, Madrid (2007), Marcial Pons, pp. 10 ss.
- 7 Reglamento (UE) n° 1259/2010, del consejo, de 20 de diciembre de 2010 (DO L 343, de 29.12.2010), en vigor desde el 21 de junio de 2012.
- 8 COM (2011), 126 y 127 final. A dichas Propuestas se une la Propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo” de 14.10.2009, COM (2009) 154 final). Sobre la situación actual de algunos de estos reglamentos ver GRAY, J. y

salgan adelante se requiere la unanimidad conforme al art. 81.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de ahí que no esté siendo sencilla su aprobación.

Está siendo sin duda un proceso largo y lleno de dificultades, la mayoría derivadas de las diferencias socio-culturales y legislativas entre los diversos EE.MM europeos. El flujo constante y creciente de ciudadanos de un Estado a otro, con la consiguiente “europeización” e “internacionalización” de las relaciones familiares, venía provocando desde hace tiempo un aumento cada vez mayor de conflictos familiares. Se multiplicaba el número de procesos abiertos en más de un país, con el desgaste que ello suponía tanto para los litigantes como para los respectivos sistemas judiciales. Crecían, igualmente, los supuestos de sustracción internacional de menores con los consiguientes riesgos y perjuicios para éstos y sus familias. El número de separaciones y divorcios aumentaba, de forma que el reconocimiento del divorcio en un concreto país condicionaba la posibilidad –o no– de poder celebrar un nuevo matrimonio o incluso el carácter legítimo de una filiación. Se producían cada vez más los llamados *limping marriages*, esto es, los matrimonios considerados como instituciones claudicantes, disueltos en un país pero considerados válidos en otro. Era urgente, pues, la unificación de una respuesta a escala europea que resolviera o, al menos suavizara, esta situación, a través de un sistema coordinado y eficaz de normas de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales. Dicho sistema sustituiría al vigente en los Estados europeos basado -en su gran mayoría- en una pluralidad de foros alternativos o jerárquicos que, con frecuencia, ocasionaba numerosos conflictos de competencia⁹.

La elaboración del reglamento (CE) n° 2201/2003 ha conllevado, por tanto, la unificación a nivel europeo de las normas sobre la competencia judicial (y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, con ciertas limitaciones como ahora veremos. No ha pasado lo mismo, sin embargo, en el sector de la ley aplicable a dicha materia a través del reglamento (UE) n° 1259/2010. Por desgracia el nuevo reglamento ha frustrado uno de los objetivos originarios de su elaboración como era la introducción de unas normas uniformes de conflicto en la UE, que fueran coherentes con las normas recién expuestas de competencia judicial del reglamento “Bruselas II bis”. Frustración que deriva de la limitación existente en su ámbito de aplicación, tanto geográfico (por el momento sólo 15 Estados miembros “participantes”) como material (con exclusiones más que discutibles como la

QUINZÁ REDONDO, P.: “Stress-testing the EU Proposal on Matrimonial property regimes: co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession”, *Familie & Recht*, 2013, pp. 1-37. Asimismo, QUINZÁ REDONDO, P.: “El devenir jurídico del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: aspectos de Derecho internacional privado”, en AA.VV.: *La encrucijada en Europa. Luces y sombras para un futuro común*, (dir por PARDO IRANZO, V. y coord. por CERVERA VALLTERRA, M.): Valencia (2015), Universitat de València, pp. 165-173.

9 Sobre este proceso, ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita*, cit., pp. 48 ss.

nulidad matrimonial). Dicha coherencia buscaba en realidad la identificación *forum-ius*, tan aconsejable en un sector como el derecho de familia en el que la regulación sustantiva y procesal está tan unida¹⁰.

Las limitaciones expuestas reciben, en general, una valoración crítica ya que, de un lado, se dejan fuera los litigios relativos a la nulidad matrimonial, a pesar de que sí se regulan en el reglamento "Bruselas II bis". Y, de otro, se trata de un texto que sólo ha podido ser adoptado en el marco de una "cooperación reforzada" (*enhanced cooperation*) en el ámbito del Derecho internacional privado (DIPr)¹¹, prevista en el art. 20 Tratado de la Unión Europea (TUE) y arts. 326-334 del TFUE, dadas las divergencias entre los EE.MM. en el derecho de familia. Dichas divergencias puestas de relieve por algunos países (en particular los escandinavos, pero también Irlanda y Reino Unido) suponían un rechazo frontal a las normas de conflicto propuestas por el reglamento y una reivindicación de sus tradicionales normas conflictuales favorables a la aplicación sistemática de la *lex fori* como única capaz de garantizar el divorcio y separación judicial. Impedían, así, que la Comisión europea pudiera aprobar un texto sobre el que no existía ni era posible alcanzar la unanimidad y creando, de este modo, una Europa a dos velocidades¹².

Dicha vía –la cooperación reforzada– era pues la única posible, desde que la Unión asumiera competencias para legislar en el DIPr: de la familia¹³, para sacar adelante un reglamento en materia de ley aplicable y ha supuesto que, hasta la fecha, resulte vinculante tan sólo en 15 EE.MM., a los que desde su fecha en vigor, se les considera como "Estados miembros participantes" en el reglamento. En concreto, se trata de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía. A través de la Decisión 2012/714/UE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2012, se confirmaba la participación de Lituania en la cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y

10 Son como las dos partes de una misma moneda, como señala FRANZINA, P.: "Una 'cooperazione rafforzata' fra l'Italia e altri tredici stati membri dell'Unione Europea per determinare la legge applicabile alla separazione e al divorzio", *Int'l Lis* (2011), pp. 95-96.

11 Ver, en general, CANNONE, A.: *Le cooperazione rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari (2005), Cacucci, pp. 10 ss. En particular, POCAR, F.: "Brevi note sulle cooperazione rafforzate e il diritto internazionale privato", *Riv.dir.int.pr.proc.* (2011), pp. 297-306; OTTAVIANO, I.: "La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazione e divorzi transnazionali", *Dir.Un.eur.* (2011), pp. 113-144; FRANZINA, P., "Una cooperazione", cit., pp.7-11; HARDING, M.: "The harmonization of private international law in Europe: taking the character out of family law", *Journ.Priv.Int.Law*, (2011), pp. 203-229; BARUFFI, M.C.: "Il regolamento sulla legge applicabile ai 'divorzi europei'", *Diritto dell'Unione europea*, (4/2011), pp. 841-845; LOPEZ PEGNA, O.: "La proposta de cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, N° 2, pp. 126-127; BOELE-WOELKI, K.: "For better or for worse: the europeanization of international divorce law", *Yearbook of Private international law*, vol. 12 (2010), pp. 21-25.

12 Ver HERRANZ BALLESTEROS, M.: "Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el reglamento (UE) n° 1259/2010, del consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 22 (2012), pp. 48-49.

13 Sobre la evolución y estado actual de tales competencias ver CARBONE, S.M., y TUO, C.: "Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona", en AA.VV.: *Nuove tendenze del Diritto dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, (dir. por PACE, L.F), Milán (2012): Giuffrè, pp. 113 ss.

a la separación judicial, quedando vinculada al reglamento desde el 22 de mayo de 2014¹⁴. De hecho, es posible que con el tiempo otros Estados decidan vincularse por el reglamento dada la posibilidad otorgada en dicho sentido por el art. 328.1 del TFUE¹⁵.

II. LOS TRIBUNALES COMPETENTES PARA RESOLVER UN DIVORCIO EN LA UNIÓN EUROPEA: EL REGLAMENTO (CE) N° 2201/2003 (“BRUSELAS II BIS”)

Para determinar la competencia judicial de los tribunales de los EE.MM. en un supuesto de divorcio (así como separación judicial o nulidad matrimonial) hay que estar a las normas del reglamento (CE) n° 2201/2003, si bien éste ha recogido un limitado ámbito de aplicación ya que, en relación con las resoluciones relativas a tales litigios el Reglamento “sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas como la causas del divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias” (considerando 8). Ello puede plantear problemas en países donde, como España, el juez puede ser competente para disolver el matrimonio y, a la vez, para liquidar el régimen económico matrimonial y fijar el nuevo régimen de las relaciones paterno-filiales, con base en el art. 91 y siguientes del código civil (C.c.)¹⁶. Partiendo de dicho ámbito, el reglamento establece una serie de normas de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, además de unas disposiciones comunes a la responsabilidad parental relativas al control de oficio, la litispendencia o las medidas provisionales o cautelares.

Según el art. 3.1 del reglamento serán competentes para conocer en los asuntos relativos a la nulidad, separación o divorcio los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre: a) La residencia habitual de los cónyuges o, b) El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí o, c) La residencia habitual del demandado o, d) En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges o, e) La residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda o, f) La residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su *domicile*.

14 DO L 323/18, de 22.11.2012.

15 Los días 28 julio y 12 de agosto de 2008 y el día 12 de enero de 2009, diez EE.MM. (Bulgaria, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Rumanía y Eslovenia) dirigían una solicitud a la Comisión en la que indicaban su intención de establecer una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial y pidiendo que la Comisión presentara al Consejo una propuesta en dicha línea. El 3 de marzo de 2010, Grecia retiró su solicitud. Ver considerandos 6, 7 y 8 del reglamento.

16 Ver ES ESPLUGUES MOTA, C.: “Las crisis matrimoniales”, en IGLESIAS BUHIGUES, J.L., ESPLUGUES MOTA, C., Y PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado*, Valencia (2015), Tirant lo Blanch, 9ª ed., p. 370. El reglamento (CE) n° 2201/2003 resulta aplicable, por otra parte, a las materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional (considerando 7).

Serán asimismo competentes, conforme al art. 3.2., los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del *domicile* común. En este caso, se aclara que, a efectos del Reglamento, el término *domicile* se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de la República de Irlanda.

Como puede observarse se regulan hasta siete foros de competencia, seis de carácter territorial (residencia habitual de uno o de ambos cónyuges) y uno más basado en la nacionalidad común de las partes; todos ellos de aplicación alternativa, lo que permite que las partes puedan ampararse en cualquiera de ellos de forma indistinta. Son muchas, pues, las posibilidades de que los tribunales de un Estado miembro puedan ser competentes. Dicha multiplicidad de foros posibles en materia matrimonial aumentará probablemente los casos de litispendencia, así como, sobre todo, el fenómeno del *forum shopping*.

Los tres primeros foros territoriales se fundamentan en la residencia habitual de los cónyuges, en la última que tuvieron cuando uno de ellos continuara residiendo en ella (la búsqueda de un vínculo de conexión real habría justificado la confirmación de este criterio como el que mejor refleja dicho vínculo) y en la residencia del demandado. En la práctica es previsible que la residencia habitual del matrimonio, incluso cuando sólo uno de los cónyuges siga viviendo en ella, sea el criterio por el que presumiblemente se resuelva la mayoría de casos, sin que deban plantearse excesivos problemas. Algo similar le ocurre al foro de la residencia habitual del demandado en cuanto criterio general de competencia basado en el *actor sequitur*.

Junto a estos tres criterios se regula el basado en la interposición de la demanda conjunta por los cónyuges, así como dos últimos criterios basados en la residencia habitual del demandante en un Estado miembro, si bien sometidos ambos a un requisito adicional. En el primer caso, se exige que el demandante haya residido en dicho Estado al menos un año con anterioridad a la presentación de la demanda. En el segundo, el tiempo de residencia se reduce a seis meses, pero se supedita a que el demandante sea nacional de dicho Estado miembro. Este último criterio fue incorporado como consecuencia de que el anterior había sido juzgado insuficiente por algún Estado, alegando la frecuencia con que la nueva residencia del cónyuge se fijaba en este tipo de casos en el Estado correspondiente a la nacionalidad de éste.

Con la previsión de estos foros de competencia, el reglamento (CE) nº 2201/2003 "no pretende excluir las competencias múltiples. Al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía" (STJUE de 16-7-2009, asunto C-168/08, *Hadadi*, s.r., considerando 49). Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) los foros del art. 3 deben interpretarse de forma autónoma, sin atender al derecho de los distintos Estados miembros. En el asunto *Hadadi*, el TJUE

debía valorar la aplicación del foro basado en la nacionalidad de las partes en un supuesto en el que éstas eran consideradas como nacionales por dos Estados miembros de la UE (Francia y Hungría). En ese sentido, ha considerado que, en relación con un supuesto de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (según el art. 64.4 del reglamento (CE) n° 2201/2003), la interpretación del art. 3.1 del Reglamento favorece que tanto los tribunales franceses como húngaros puedan ser competentes para conocer del litigio, por cuanto el art. 3.1.b) se refiere genéricamente a la nacionalidad común de los cónyuges, sin adjetivarla de ninguna manera (considerando. 43)¹⁷.

Los riesgos evidenciados con el asunto *Hadadi* explican algunas de las críticas que ha recibido la multiplicidad de foros del art. 3 del reglamento, ya que pueden potenciar el riesgo del *forum shopping* e, incluso, la posibilidad de fraude que puede derivar de la utilización voluntaria de cualquiera de los foros de competencia por parte de los cónyuges que podrían, de común acuerdo o no, cambiar de nacionalidad o, más fácilmente, de residencia habitual y ejercer así una influencia sobre los hechos y, en último término, sobre la competencia o incompetencia de unos u otros tribunales¹⁸.

Los foros del art. 3 se acompañan, por otra parte, de una serie de reglas que concretan el juego de los mismos. De un lado, el art. 4 establece que el órgano jurisdiccional ante el que sustancien los procedimientos de nulidad, separación o divorcio con arreglo al art. 3 del reglamento, también será competente para examinar la demanda reconvenzional, siempre que ésta entre en el ámbito de aplicación del Reglamento. De otro lado, el art. 5 considera que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación matrimonial, será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé.

A todos estos foros se les considera de carácter "exclusivo", según se deduce del art. 6, en el sentido de que "un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien sea nacional de un Estado miembro, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos EE.MM., sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro E.M. en virtud de los arts. 3, 4 y 5". Tal como se ha señalado en STJUE de 29 de

17 En el caso en cuestión, una de las partes consideraba que la nacionalidad francesa era más efectiva que la húngara porque coincidía con el lugar de residencia habitual del matrimonio, por lo que sólo los tribunales franceses podían ser competentes para conocer del litigio. Sin embargo, el TJUE afirma que ambos tribunales podrían ser competentes, pudiendo las partes elegir libremente el tribunal competente (considerando 58). Por otra parte, el riesgo de una duplicidad de procedimientos ante ambos tribunales los resuelve el alto Tribunal con una remisión al art. 19 del reglamento en materia de litispendencia y acciones dependientes (considerando 56).

18 DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P.: "La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe. Convention de Bruxelles II du 28 mai 1998 et proposition de règlement (C.E.) du Conseil", *Gazette du Palais* (1999), 17-18 diciembre, pp. 22-23.

noviembre de 2007 (asunto C-68/07), *Sundelind López*¹⁹, el art. 6 permitiría que un demandado que no cumple con los requisitos de dicho precepto y que, por tanto, carece de residencia habitual en un Estado miembro (ni tiene la nacionalidad de un Estado miembro), pueda ser requerido ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro conforme a las normas de competencia previstas en el Derecho nacional de este Estado, en virtud de lo dispuesto por el art. 7 del reglamento (considerando 22). Ahora bien, ello sólo será posible siempre que para ese supuesto no haya un tribunal que resulte competente conforme a los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento.

Por otra parte, a modo de “competencias residuales”, el art. 7 dictamina que “si de los arts. 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado” (apartado 1). Pero, además, según el apartado 2º de dicho precepto, “todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados”.

El art. 7 del reglamento ha sido igualmente objeto de interpretación por parte del TJUE en el mencionado asunto *Sundelind López*. En él se planteó una cuestión relativa al divorcio de una nacional sueca con residencia en Francia, cuyo marido, nacional cubano, se encontraba en Cuba en el momento de presentación de la demanda ante los tribunales suecos. Éstos se declararon incompetentes al considerar que los tribunales franceses eran los únicos competentes para conocer de la acción conforme al art. 3 del reglamento. Esta interpretación fue apoyada por el TJUE que consideró que, de acuerdo con el art. 7, los tribunales suecos debían declararse de oficio incompetentes, conforme al art. 17 del Reglamento, en el caso de que los tribunales franceses o cualquier otro tribunal de un Estado Miembro fueran competente según el art. 3 del reglamento.

Las posibilidades de aplicación del reglamento son, pues, muy numerosas, lo que llevará al juez de cada Estado miembro a comprobar, en primer lugar, si dicho texto resulta aplicable dentro de las muchas posibilidades que éste le otorga: si el demandado reside o es nacional de dicho Estado miembro dicho juez será competente conforme a lo dispuesto en el art. 7. De no ser así, en segundo lugar, se podrá recurrir a los foros de fuente interna, si bien sólo después de haber comprobado que ningún otro tribunal de otro Estado miembro es competente (por cualquiera de los criterios de los arts. 3 a 5), ya que en tal caso debería declararse

19 Rec., 2007, p. I-10403.

incompetente, según se establece en el art. 19 (relativo a las normas sobre la litispendencia). Estas amplias posibilidades de que el reglamento resulte aplicable desplazarán, en la práctica, la posible aplicación de las normas previstas en cada Estado miembro en la materia (por ejemplo, en España, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985), atribuyéndoles así un carácter ciertamente residual.

III. LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO EN LA UNIÓN EUROPEA: EL REGLAMENTO (UE) N° 1259/2010 (“ROMA III”)

El objetivo principal con que se ha concebido la elaboración del reglamento “Roma III” ha sido el de evitar el riesgo del *forum shopping* y la consecuente “carrera” a los tribunales para obtener la respuesta legislativa más acorde con los intereses de una u otra parte. Se perseguiría crear así, al menos desde un punto de vista teórico, flexibilidad, previsibilidad y seguridad jurídica²⁰, para lo que se han introducido una serie de criterios de conexión de aplicación subsidiaria, como son:

1º) La elección de una ley por las partes conforme a unos criterios establecidos en el art. 5.

2º) En defecto de la anterior, varios criterios de conexión subsidiarios que designan la ley aplicable a través del art. 8, como son: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; b) la ley del Estado 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) la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) la ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

3º) La *Lex fori*, en cuanto cláusula de salvaguardia (art. 10).

De todos ellos destaca, sin duda alguna, la proclamación de la autonomía de la voluntad como criterio principal de conexión que va a permitir a las partes del litigio elegir una ley, conforme a un listado taxativo que facilita el mismo reglamento. Nunca hasta ahora la autonomía de las partes se había convertido en el bastión de la regulación del derecho de familia, en particular, del divorcio y la separación judicial. Y nunca hasta ahora había suscitado tantas “susceptibilidades” que tendrían su base en las disparidades sociales, culturales y de tradición jurídica existentes entre los EE.MM.

20 Ver ESPINOSA CALABUIG, R.: “Elección de una ley por las partes al divorcio y separación judicial: la solución limitada del Reglamento Roma III”, en AA.VV.: *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali. Scritti di diritto privato europeo ed internazionale*, (coord. por QUEIROLO, I., BENEDETTI, A.M., y CARPANETO, L.), Roma (2014): Aracne, pp. 213-239.

en dicho sector; que han hecho imposible alcanzar la unanimidad en la aprobación de un texto elaborado en el seno de la UE²¹.

El reglamento recoge, además, una serie de reglas para convertir la separación en divorcio (art. 9.1. y 2), así como normas de aplicación de la norma de conflicto como el rechazo del reenvío, la no contrariedad al orden público o la remisión a un sistema plurilegislativo. Con todas ellas, el reglamento aspira a “crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses”.

Tales objetivos no esconden la compleja realidad a la que se deberá enfrentar el operador jurídico nacional europeo que deba resolver un litigio sobre divorcio, nulidad o separación en el marco de la UE, ya que deberá manejar textos diversos según cuál sea : a) la fuente jurídica de producción : institucional, internacional o interna; b) el sector del DIPr. afectado (competencia judicial, eficacia extraterritorial de decisiones o ley aplicable); c) el Estado que se vea implicado (miembro o miembro participante o tercero); d) la naturaleza del litigio (divorcio, separación o nulidad matrimonial...); e) todos los aspectos –previos o autónomos- que no se hayan regulado o hayan quedado expresamente excluidos de los diversos Reglamentos, que obligará a utilizar las normas internas de los respectivos EE.MM. La confusión está asegurada.

I. Características principales del Reglamento “Roma III”.

Los objetivos recién expuestos aspiran a proteger los intereses de las partes y a obtener, de este modo, la ley más vinculada con el litigio. Dicha ley se obtiene mediante el principio de proximidad, importado del DIPr. Belga²², que introduce diversos criterios de conexión para permitir que el divorcio o separación de los cónyuges se regulen por la ley que suponga los menores “costes conflictuales” para ellos²³.

21 Sobre la valoración de la autonomía de la voluntad en los litigios familiares en el Reino Unido ver CARRUTHERS, J. : “Party autonomy in the legal regulation of adult relationships: what place for party choice in private international law”, *International and comparative law quarterly*, (2012), pp. 881 ss.

22 Ver “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 7.

23 Esto es, la proximidad equivaldría a una norma de conflicto eficiente, que llevaría a distinguir entre dos tipos de divorcio regulados por el reglamento en función de la vinculación con los Estados. De un lado, el divorcio “Tipo 1”, en el que el vínculo más estrecho sería aquel con el país elegido por las partes. Y el divorcio “Tipo 2”, aquél en el que el vínculo se encontraría en la residencia habitual de las partes en un mismo Estado miembro, cuando no haya habido una elección por las partes. Según expone CAR CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2012), Vol.

Cabe puntualizar que, aunque el Reglamento “Roma III” se ocupa de regular el divorcio (además de la separación) en la UE, no busca el *favor divortii* a toda costa, aunque ciertas disposiciones lo propician. En concreto, si la ley aplicable al litigio resultase contraria al divorcio no se aplicaría por entender que se vulnera el orden público²⁴. Así, según el art. 12, “solo 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”.

Otras disposiciones del reglamento estarían propiciando también el *favor divortii* como es el caso del art. 9.2., que regula la conversión de la separación judicial en divorcio. En este caso, “si la ley aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5”. E igualmente, el art. 10 in fine dispone que “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, se aplicará la ley del foro”.

Por el contrario, otras disposiciones recogidas en el reglamento estarían impidiendo o cuanto menos restringiendo el *favor divortii*²⁵. Sería el caso del art. 13 relativo a las “Diferencias en las legislaciones nacionales” según el cual “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”.

Esta última norma ha sido objeto de críticas diversas y es vista con recelo por ciertos EE.MM. por los “riesgos” que una aplicación práctica del reglamento podría suponer para ellos. De una parte, parece una norma coherente con el proceso actual de la UE muy dependiente todavía de las idiosincrasias de los EE.MM. individualmente considerados. Habría sido, pues, “una solución de compromiso justificable en clave jurídica”²⁶. Pero, de otra parte, es también una norma discutible y criticable desde diversos puntos de vista, como luego se expone, susceptible de entrañar riesgos

4, N° 1, pp. 58-60. Dicho autor se refiere, así, a una “lógica económica” del reglamento. Ver también CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Y SEATZU, F.: “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento “Roma III”, *Studi sull'integrazione europea* (2010), n. 1, pp. 49-78.

24 Ver ampliamente sobre la manifestación y sentido del *favor divortii* en el reglamento CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable”, cit., p. 66.

25 *Ibidem* pp. 66- 67.

26 Siguiendo así a GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el art. 13 del Reglamento Roma III”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (ed. por ESPLUGUES MOTA, C. Y PALAO MORENO, G.), Valencia (2012): Tirant lo Blanch, p. 52, quien recuerda los antecedentes del Reglamento como parte de los orígenes de la comprensión del art. 13 actual.

efectivos, más allá de los que a simple vista podría dar a entender y lejos, quizás, del objetivo con el que—aparentemente al menos— se ha pretendido elaborar:

2. Alcance y límites del ámbito aplicativo del Reglamento “Roma III”.

El art. 1.1. del reglamento (UE) nº 1259/2010 se limita a regular el divorcio y la separación judicial en “las situaciones que impliquen un conflicto de leyes” que, aunque no lo precisa, serán consecuencia de la presencia de algún elemento extranjero que no sea la mera elección de un derecho extranjero por las partes, y con independencia de que la ley que resulte aplicable lo sea de un Estado, miembro o no, participante o no, o que esté fuera de la UE. Serán, por tanto, situaciones con “repercusión transfronteriza” en el sentido del art. 81.3 TFUE²⁷. Ello es así por el carácter universal del reglamento, derivado del art. 4, según el cual “la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante”.

Tal como indica el considerando 10 del reglamento éste tan sólo regula “la disolución o relajación del vínculo matrimonial”, sin contemplar otras cuestiones que en otros EE.MM., como puede ser España, se resuelven en el mismo procedimiento, por lo que deberán ser resueltas por otra norma de conflicto²⁸. Una limitación, por otra parte, que también se produce en el ámbito de la competencia judicial con el reglamento 2201/2003 que, de igual modo, deja sin regular aspectos como las causas del divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras medidas accesorias. Ello puede plantear, como ya se expuso, ciertos inconvenientes en países en los que el juez sea competente para disolver el matrimonio y, a la vez, liquidar el régimen económico matrimonial y fijar el nuevo régimen de las relaciones paternofiliales²⁹.

Junto a la limitación anterior el reglamento excluye expresamente una serie de materias, alguna de las cuales merece algún comentario. En concreto, el art. 1.2. excluye varias situaciones privadas, “aun cuando se planteen como mera cuestión

27 El carácter internacional de la relación vendrá dado por el momento en que dicha internacionalidad tiene que producirse y la vinculación con la UE. Más ampliamente, HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El régimen jurídico”, cit., pp. 51-52; BARUFFI, M.C.: “Il regolamento”, cit., p. 848; FRANZINA, P., “Una cooperazione”, cit., p. 103; LOPEZ PEGNA, O.: “La proposta”, cit., p. 128.

28 El mismo considerando 10 indica, aunque no aclara, que *La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial*. Según señalan CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., se estaría haciendo referencia a una serie de cuestiones aludidas en el proceso de elaboración del reglamento como la admisión del divorcio o separación, los efectos de la interposición de la demanda, los efectos de la reconciliación sobre el procedimiento, el régimen del divorcio o separación en caso de desacuerdo, entre otros. En cambio, se excluirían la disolución y liquidación de dicho régimen o la asignación del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico a uno de los ex-cónyuges. Ver CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2009), nº 1, p. 64. Asimismo, CAMPUZANO DÍAZ, B.: “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 judicial”, *Revista de Derecho comunitario europeo* (2011), p. 565.

29 Arts. 91 ss Código civil.

prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial”, como son: 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 (art. 1.2.).

Una vez más, se obliga al operador jurídico a hacer un esfuerzo en el manejo de fuentes posibles aplicables, que le permitan regular un litigio relativo a un divorcio en su globalidad³⁰, que incluya cuestiones como la responsabilidad parental o los alimentos, además de otra serie de cuestiones accesorias. No será una tarea sencilla ya que, entre otras, habrá que acudir a textos como, por ejemplo:

1º) El reglamento 2201/2003 (“Bruselas II bis”) relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución, tanto para el divorcio (separación y nulidad matrimonial) como para la responsabilidad parental.

2º) El reglamento 4/2009 para la competencia judicial, el reconocimiento y la ley aplicable a los alimentos (en este último caso, además, mediante la remisión obligada que el reglamento hace al Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a los alimentos)³¹.

3º) El reglamento 1259/2010 (“Roma III”) sobre la ley aplicable al divorcio y separación. En cambio, la nulidad matrimonial y otros aspectos no regulados o excluidos del reglamento, conservarán sus respectivas normas de conflicto internas (por ejemplo, en España el art. 107.1. C.c. regulará la nulidad matrimonial).

4ª) Normas igualmente internas serán las que determinarán la ley aplicable a las cuestiones de responsabilidad parental.

5º) En un futuro, los reglamentos que resulten aplicables en materia, por ejemplo, de régimen económico matrimonial.

De todas las exclusiones realizadas por el reglamento “Roma III” la más llamativa, por injustificada, pues sí que se regula en el reglamento *Bruselas II bis*, es la relativa a la nulidad matrimonial. Llama la atención la explicación dada por el mismo reglamento,

30 De este modo, como señala NASCIBENE, B.: “Le norme di conflitto in tema di separazione e divorzio nel regolamento 1259/2010”, *Diritto del Commercio internazionale* (2012), p. 349, el creciente activismo de la UE en la materia del derecho de familia puede generar una fragmentación en el derecho regulador de dicha materia, contraria al objetivo de crear normas uniformes.

31 Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 de 10 de enero de 2009). Sobre las críticas y sinsentidos de la dispersión normativa en este ámbito ver ESPINOSA CALABUIG, R.: “Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los reglamentos 4/2009 y 2201/2003”, en AA.VV., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e le successioni*, (dir. por BARUFFI, M.C., y CAFFARI-PANICO, R.), Padova (2009): Cedam, pp. 51-110.

en su considerando 10, según la cual “El ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) nº 2201/2003. No obstante, el presente Reglamento no debe aplicarse a la anulación del matrimonio”.

Esa “coherencia” en la que se apoya el reglamento es, en realidad, todo lo contrario, y convierte a la exclusión de la nulidad del ámbito de “Roma III” en injustificada por varias razones³². Por una parte, no tiene sentido si se recuerdan los objetivos de elaboración del reglamento, básicamente evitar la “carrera” a los tribunales y favorecer la seguridad jurídica, pues se trata de objetivos que se dan tanto en la separación y el divorcio como en la nulidad matrimonial. Por otra, tampoco cabe argumentar que la autonomía privada de las partes no es procedente para regular la nulidad matrimonial, pues habría bastado con introducir una norma diversa que la excluyera. De igual modo, tampoco tiene sentido argüir que hay países donde no se reconoce la nulidad matrimonial –según se desprende de los trabajos preparatorios del reglamento- pues hay otros donde, por ejemplo en Alemania, no se reconoce la separación. Por último, la exclusión está igualmente injustificada aludiendo al hecho de que el reglamento no regula la celebración del matrimonio, pues hubiera bastado con que cada Estado miembro participante hubiera conservado sus propias normas al respecto.

Otra de las cuestiones excluidas, e igualmente discutible, es la “existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio”, a la que se refiere el art. 1.2 del reglamento. Se dejan sin resolver de este modo situaciones diversas. Por ejemplo, aquéllas en las que se quiera solicitar el divorcio en relación con un matrimonio que fuera potencialmente nulo o inexistente conforme a la *lex fori* como, por ejemplo, el matrimonio celebrado entre menores de edad o el celebrado por la segunda esposa de un matrimonio poligámico o proveniente de un matrimonio concertado³³.

Pero, sobre todo, se trata de una exclusión que conecta directamente con una de las normas antes expuestas, como es la del art. 13, que parece destinado a calmar susceptibilidades de algunos Estados en los que no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo como sí ocurre, hasta hoy, en 9 de los 28 EE.MM. Se trata de impedir, de esta forma cualquier riesgo interpretativo favorable a un eventual reconocimiento de matrimonios que, siendo válidos en ciertos EE.MM. (por ejemplo, España), no lo son en otros tantos (por ejemplo, Italia). Ello explicaría el tono “tranquilizador” del considerando 26.2, según el cual “Las referencias del presente

32 Teniendo presentes los diversos trabajos preparatorios del reglamento y siguiendo las críticas de OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley* (2012), nº 7913, pp. 5-6. Asimismo críticas por la incoherencia del reglamento en este punto, CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El reglamento”, cit., p. 565; HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Régimen jurídico”, cit., pp. 46-47.

33 Ver GUZMAN ZAPATER, M.: “Divorcio”, cit., p. 528.

Reglamento al hecho de que la ley de Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado miembro. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a pronunciar una sentencia de divorcio o separación judicial en virtud del presente Reglamento”.

Sin embargo, la exclusión del art. 1.2. lo que provocará, paradójicamente, es la “carrera a los tribunales” amparada en las posibilidades que otorga el reglamento “Bruselas II bis” para justificar la competencia judicial de los tribunales de los EE.MM. (hasta 6 criterios basados en la residencia habitual y uno en la nacionalidad común de las partes), que harán posible la disolución de una pareja de homosexuales que se haya casado en uno de los 7 EEE.MM en los que se reconoce su matrimonio, pero cuya residencia habitual se encuentre en un EM que, por el contrario, no le reconoce validez³⁴ (*vid supra*).

Todas estas limitaciones explican las calificaciones varias que ha recibido el art. 13, entre otras, como norma de garantía de ciertos valores conservadores³⁵ o como norma compleja que serviría, de un lado, para dar entrada a las normas imperativas contenidas en el derecho del foro y, de otro, para permitir al juez vinculado por los imperativos del foro que decida si se desconecta del reglamento y somete el litigio a tales imperativos o, por el contrario, construye soluciones más acordes con el tráfico internacional³⁶.

Por último, cabe señalar que el reglamento *Roma III* no alude en ningún momento a las normas de aplicación necesaria (ni de origen europeo ni internacional). Dicha solución quedaría justificada, según las profesoras QUEIROLO y CARPANETO, en el reducido ámbito aplicativo del reglamento, pero también sería consecuencia de los límites derivados de la aplicación de la Ley extranjera, por cuanto, en materia

34 Como apunta OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación”, cit., p. 6, cabría la posibilidad de argumentar una especie de foro de necesidad –siempre que exista un vínculo con nuestro país como sería la nacionalidad de uno de los cónyuges- para reivindicar la competencia judicial del tribunal español y poder, así, disolver el matrimonio que, en cambio, no es reconocido como tal, en este caso, en Italia. De hecho, cabe recordar la Declaración del Consejo de 26 de noviembre de 2010 (JUSTCIV 214, JAI 1008) en la que se solicitaba la modificación de *Bruselas II bis* para introducir un *forum necessitatis*, esto es, un foro para casos en que las autoridades judiciales competentes estén situadas en EE.MM. cuya ley no prevé el divorcio o no reconoce la validez del matrimonio para poder obtener una decisión de divorcio. Al respecto, BARUFFI, M.C.: “Il regolamento”, cit., p. 861; CLERICI, R.: “Il ruolo dell'autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel regolamento (CE) N. 1259/2010 sulla legge applicabile al Divorzio e alla separazione legale, *Diritto del Commercio internazionale* (2012), p. 357. Ver igualmente la interesante tesis de FRANZINA P.: “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2011), Vol. 3, n° 2, pp. 101-102, a favor de una noción amplia de matrimonio en *Roma III* que pudiera favorecer la inclusión de las parejas del mismo sexo y, en general, de cualquier unión con carácter formal y estable creada a través de un procedimiento regulado por ley y susceptible de ser disuelto conforme a dicho procedimiento. Al respecto, en general, ver FRANZINA P.: “Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo”, *Riv.dir.int.*, 2009, pp. 1121-1129.

35 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La nueva regulación”, cit., p. 6.

36 Ver GUZMÁN ZAPATER, M.: “Divorcio”, cit., p. 530.

de disolución del vínculo matrimonial las exigencias materiales relevantes parecen reducirse a garantizar a ambos cónyuges, en un plano de igualdad de condiciones, la posibilidad de disolver su matrimonio y ello quedaría suficientemente tutelado por el art. 10 y la aplicación de la *lex fori* en cuanto cláusula de salvaguardia. En concreto, 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, se aplicará la ley del foro³⁷.

3. Consideraciones en torno al principio de autonomía de la voluntad regulado en el Reglamento “Roma III”.

Como ya se ha expuesto, los cónyuges pueden elegir de común acuerdo la ley aplicable al divorcio y la separación personal siempre que se trate de una de las cuatro leyes previstas en el art. 5. Se limita, por tanto, dicha elección por razones varias que ahora se exponen.

La proclamación de la autonomía de la voluntad como criterio principal de conexión choca frontalmente con algunos sistemas estatales de DIPr: de la UE en los que dicho principio se ha rechazado tradicionalmente para regular el derecho de familia³⁸, prefiriendo otros criterios clásicos de dicho sector como, sobre todo, la *lex fori*³⁹. En España, por ejemplo, ni siquiera la última reforma del Código civil introdujo un margen de libertad a las partes para determinar la ley aplicable a su divorcio o separación, de modo que la norma de conflicto del art. 107.2 (sustituída hoy por las reglas de *Roma III*) permitía tan sólo una elección indirecta, si bien de la *lex fori* española, en el caso de que las partes hubieran presentado previamente la demanda ante el tribunal español, conjuntamente o uno con el consentimiento del otro⁴⁰.

37 QUEIROLO, I., y CARPANETO, L.: *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento “Roma III”*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* (2012), p. 84.

38 Sobre el rol atribuido a la voluntad de las partes en ordenamientos como el italiano, el alemán, el belga o el holandés, entre otros, ver VIARENGO, I.: “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il criterio della volontà delle parti”, in *Riv. dir. int. priv. proc.* (2010), p. 611.

39 Más ampliamente sobre la evolución de la autonomía de la voluntad en la UE y el uso de la *lex fori* por ordenamientos como el inglés, y el rechazo de las soluciones de *Roma III* por los EE.MM. que no han decidido vincularse, ver BOELE-WOELKI, K., “For better”, cit., pp. 26-27; CARRUTHERS, J.: “Party autonomy”, cit., pp. 888-892; QUEIROLO, I., y CARPANETO, L.: “Considerazioni”, cit., pp. 59-62; CARRASCOSA GONZALEZ, J.: “La ley aplicable”, cit., pp. 67-68; FRANZINA, P.: “La cooperazione”, cit., pp. 94-96.

40 El art. 107, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30 de septiembre establecía en su párrafo 2º que: “La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. 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 este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”). En precepto sigue vigente para regular la nulidad matrimonial que queda sometida a la ley aplicable a su celebración (art. 107.1).

¿Por qué la UE ha decidido aprobar un texto que, no obstante las disparidades todavía existentes entre los EE.MM, prioriza la autonomía de la voluntad en este sector temático del derecho de familia? ¿Cuáles son sus objetivos con esta opción y con qué límites ha sido posible?

A) Objetivos de la autonomía de la voluntad.

La libertad concedida a las partes para regular su divorcio o separación habría tenido para el legislador de la UE varios objetivos claros, según se desprende de los considerandos y de los trabajos preparatorios del reglamento⁴¹, como son⁴²:

1º) Dar soluciones que favorezcan la flexibilidad y seguridad jurídica. Se busca, sobre todo, la proximidad, el “centro de gravedad” de la relación jurídica⁴³.

2º) Evitar que la ley elegida por las partes pueda afectar a sus derechos y a la igualdad de oportunidades, que mejor pueda proteger a la que sería la “parte débil” de la pareja.

3º) Que las partes sean conscientes de la relevancia jurídica de la elección que están realizando, de ahí que deba ser una “elección informada”⁴⁴, y de ahí que se aconseje que los cónyuges tengan acceso a una información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la UE y de los procedimientos de divorcio y separación judicial. Consejo que se concreta en el mismo reglamento con la referencia al mecanismo de la red judicial europea y que, según se asegura en el considerando 17, la Comisión “actualiza periódicamente los datos del sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE”. La utilidad de la red judicial es, en efecto, incuestionable, aunque no siempre está tan actualizada como se afirma en el mencionado Considerando.

4º) Fomentar que la ley elegida sea la más vinculada con el litigio (el considerando 14 habla de una ley “con la que tengan vínculos estrechos”) o bien que sea la ley del foro, pero no una sin conexión alguna con las partes. Deberá ser, además, “conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”⁴⁵.

Según se establecía en la Propuesta de reglamento de 24 de marzo de 2010 la autonomía de la voluntad en este tipo de litigios presentaba indudables ventajas ya

41 Véase la propuesta de reglamento presentada el 24.3.2010 (COM (2010) 105 final).

42 Ver ESPLUGUES MOTA, C.: “Crisis matrimoniales”, cit., pp. 391-392.

43 Un centro de gravedad que lleva a aplicar una ley que comporta un coste más reducido para las partes tal como señala CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable”, cit., pp. 58-59. Ver también el “Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, de 14.3.2005, COM (2005) 82 final.

44 Considerando 18.

45 Considerando 16.

que “podría resultar particularmente útil en los casos de divorcio por consentimiento mutuo. Eso constituirá un fuerte incentivo para que las parejas que se enfrenten a una situación de este tipo organicen de antemano las consecuencias de una posible ruptura del vínculo marital y favorecerá los divorcios por consentimiento mutuo, lo que es crucial para los matrimonios con hijos. El Reglamento «Roma III» contribuiría también a la integración de los nacionales de terceros Estados, dándoles la posibilidad de substituir la ley de su nacionalidad por la de su nueva residencia”. Sin embargo, dichas ventajas y objetivos corren el riesgo de verse frustrados por todas las limitaciones que comportará la aplicación práctica del reglamento.

B) Criterios de conexión utilizados para matizar la autonomía de la voluntad.

El Reglamento “Roma III” proclama la autonomía de la voluntad de las partes dentro de unos límites que estarían buscando, sobre todo, que el derecho regulador del divorcio o la separación esté vinculado con el litigio. En particular, los cónyuges podrán designar como aplicable cualquiera de las siguientes leyes:

1º) La ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;

2º) 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;

3º) La ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o

4º) La ley del foro.

La regulación de la autonomía de la voluntad por el reglamento puede ofrecer a las partes grandes posibilidades a la hora de regular su divorcio o separación según los estándares más o menos restrictivos fijados al respecto en el derecho sustantivo elegido, sin olvidar el posible juego del art. 12 (orden público) y el art. 13 (diferencias en las legislaciones nacionales).

Incluso si la pareja hubiera decidido en su momento elegir el derecho más restrictivo, bastará con hacer un uso interesado de “Bruselas II bis” para restar eficacia al acuerdo de ley realizado con un simple cambio de residencia en un Estado miembro no participante en el que, por tanto, las disposiciones de “Roma III” no resulten aplicables y, en definitiva, el acuerdo de ley no tenga validez.

Ahora bien, si se tratara, por ejemplo, de una pareja del mismo sexo, una de nacionalidad italiana y la otra española, que contrajeron matrimonio en España y en

dicho país fijaron su residencia habitual, su elección será en principio más limitada por el juego del art. 13, en el caso de que resolviera el tribunal español (competente con base en “Bruselas II bis”, por ejemplo, por la residencia habitual de la demandante superior a 1 año en España). En tal caso, las partes ya no podrían elegir el derecho italiano conforme al criterio de la nacionalidad de una de las partes (art. 5. c), sino tan sólo el derecho español atendiendo al resto de criterios de conexión previstos, porque es el único que reconoce la validez de su matrimonio y, en consecuencia, les puede divorciar.

Esto significa que las parejas del mismo sexo que contraigan matrimonio en algún Estado en que se reconozca su matrimonio, bien de los EE.MM. “participantes” (Bélgica, Francia o España), del resto de EE.MM. (Dinamarca, Portugal, Suecia y Holanda) o de un tercer Estado (por ejemplo, Argentina, Uruguay, Canadá o Brasil, entre otros), podrán elegir el derecho de cualquiera de dichos Estados siempre que coincida con el país al que conduce cualquiera de los criterios del art. 5 de “Roma III” y el litigio se resuelva conforme a “Bruselas II bis”.

Dicha disparidad en la valoración de la validez del matrimonio de una pareja del mismo sexo, provocará una evidente carrera al tribunal –competente sobre la base del “Bruselas II bis”- del Estado Miembro participante en el que “Roma III” permita elegir una legislación favorable a la disolución de su matrimonio, o de un Estado Miembro no participante pero cuya norma de conflicto lleve al mismo resultado (sería el caso, por ejemplo, de Holanda cuyos tribunales aplicarían la *lex fori* y, por ende, permitiría el divorcio de la pareja homosexual).

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que la autonomía de la voluntad regulada en el art. 5 se apoya fuertemente en el criterio de la residencia habitual (apartados a y b del precepto, aunque también el apartado d basado en la *lex fori*, que coincidirá tendencialmente con la residencia de uno o ambos cónyuges). Dicho concepto debe, una vez más, matizarse de un modo autónomo conforme a la jurisprudencia del TJUE que privilegia una interpretación fáctica del mismo, que lo lleva a prevalecer sobre una eventual residencia anagráfica diversa⁴⁶.

Sin embargo, la determinación de la residencia habitual común de las partes puede conllevar dificultades prácticas, dado su carácter mutable, que impida concretar dicho lugar cuando los cónyuges, de nacionalidad diversa, no hayan vivido nunca en el mismo Estado, o hayan vivido juntos en más de un Estado o bien uno

46 Por ejemplo, STJUE de 2 abril 2009, asunto C-523/07, en relación con la residencia habitual del menor en el reglamento 2201/2003. Ver VIARENGO, I.: “Il regolamento”, cit., pp. 611, nota 33. Igualmente, SILBERMAN, L.: “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What can we learn from Europe?”, *Tulane Law Review* (2008), p. 2011, quien alude a la situación similar que se produce en EE.UU., donde tampoco existe un control del vínculo existente entre la residencia habitual (referido al foro) y la controversia matrimonial, lo que favorece que el litigio pueda ser resuelto por el juez del *domicile* del cónyuge demandante que aspira a obtener una sentencia de divorcio conforme a la *lex fori* de dicho Estado.

de ellos, tras un periodo de residencia en común, se traslade a vivir a otro Estado. Se debería haber incluido, por tanto, un abanico más amplio y flexible de conexiones. La opción por la residencia habitual común de las partes no es, desde luego, de gran utilidad, pues además de lo expuesto coincide con los criterios establecidos para determinar la ley aplicable en ausencia de acuerdo entre las partes en el art. 8. Una mayor flexibilidad en las conexiones habría favorecido la coordinación entre la normativa conflictual reguladora del divorcio y aquella reguladora de otras cuestiones estrechamente vinculadas, en las que se permite también la elección de las partes en favor de la residencia de uno sólo de los cónyuges⁴⁷.

C) Características del acuerdo de las partes.

Uno de los aspectos fundamentales del reglamento es la validez del acuerdo realizado por los cónyuges para regular su divorcio o separación matrimonial, ya que de ello dependerá el éxito final del principio de autonomía de la voluntad en este ámbito. Si las partes desean un divorcio consensual y parte de este consenso es, además, determinar qué ley estatal va a regirlo, deberán estar muy atentas a que éste sea válido desde un punto de vista formal y sustancial. Ello explica las normas del reglamento en dicho sentido, si bien son varios los aspectos que silencia y que, en la práctica, podrá generar problemas interpretativos.

1º) Momento de realización del acuerdo.

El acuerdo por el que las partes designan la ley aplicable a su divorcio o separación se podrá celebrar y modificar “en cualquier momento”, pero “a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional” (art. 5.2.). Pero incluso se contempla la posibilidad, si la *lex fori* así lo establece, de que los cónyuges puedan designar la ley aplicable “en el curso del procedimiento”, en cuyo caso el órgano jurisdiccional deberá registrar la designación hecha con arreglo a la ley del foro (art. 5.3).

No parece que una modificación del acuerdo de ley durante el proceso despierte especiales dificultades, al menos en ordenamientos que, como la Ley de Enjuiciamiento Civil española, permite pasar de un procedimiento contencioso de separación o divorcio a uno consensual. En tales casos, las partes podrían comunicar al órgano jurisdiccional el sometimiento a una de las leyes establecidas en el art. 5 en el mismo escrito en el que se solicita el cambio de sustanciación procesal⁴⁸.

47 Tal como expone VIARENGO, I.: “El reglamento”, ct., pp. 612-614, en relación con las obligaciones alimenticias reguladas por el art. 8 del Protocolo de la Haya de 2007 o el régimen económico matrimonial regulado por la propuesta de reglamento (art. 16).

48 Según señala ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *Diario La Ley*, nº 7613, 2011, p. 6. Tal como indica el autor, en los ordenamientos en los que no fuera posible modificar el acuerdo de elección después de la interposición de la demanda, se impondría la regla del art. 5.2. del reglamento.

2º) Requisitos formales del acuerdo.

El acuerdo de ley aplicable deberá realizarse por escrito (incluido el realizado por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del mismo), fechado y firmado por ambos cónyuges, según reza el art. 7.1. En el caso de que el EM participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual -en la fecha de celebración del acuerdo- establezca requisitos formales adicionales para ese tipo de acuerdo éstos resultarán también aplicables (art. 7.2.)⁴⁹, por ejemplo, la necesidad de inscripción del acuerdo en un registro civil o de su autenticación por una autoridad pública oficial, un notario o incluso el juez. Estos requisitos adicionales se deberían haber comunicado por los Estados participantes antes del 21 de septiembre de 2011 a la Comisión Europea, que las hubiera publicado a través de la red judicial europea, pero de momento ningún Estado ha manifestado nada al respecto⁵⁰.

Todas las posibilidades que ofrece el art. 7 respecto a las exigencias formales del acuerdo pueden crear problemas aplicativos de la norma y, por ende, de interpretación del acuerdo sobre la ley aplicable, al poder variar según el EM participante de que se trate, y según cuál sea la residencia habitual de uno o de ambos cónyuges. En principio, la autoridad que deba aplicar el acuerdo de ley elegida por las partes deberá reputarlo como válido desde el punto de vista formal, aunque la *lex fori* establezca requisitos más restrictivos, si así se ha estipulado por ellas con arreglo a las leyes indicadas por "Roma III"⁵¹.

El art. 7 no parece, pues, destinado a proteger a ultranza la validez del acuerdo de ley, sino que está abierto a exigencias formales más estrictas que las fijadas por la regla general del párrafo 1º (escritura, fecha y firma de las partes)⁵².

3º) Requisitos sustanciales del acuerdo.

Bajo el título "consentimiento y validez material" el reglamento "Roma III" regula la existencia y validez del convenio de elección de la ley aplicable a través de la ley putativa del acuerdo, esto es, "la ley por la que se regiría el convenio en virtud del presente Reglamento si el convenio o cláusula fuera válido" (art. 6.1.)⁵³. Por tal motivo,

49 Se indica, además, que "si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones (art. 7.3.). Y "si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación" (art. 7.4.).

50 Siguiendo a QUEIROLO, I., Y CARPANETO, L.: "Considerazioni", cit., p. 77.

51 Ver VIARENGO, I.: "Il regolamento", cit., pp. 619.

52 Según señala ÁLVAREZ DE TOLEDO, L.: "El pacto", cit., 13.

53 Fórmula muy similar a la del art. 10 del Reglamento *Roma I*. Cfr. HAMME, P.: "Le nouveau Règlement (UE) n. 1259/2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps", *Revue critique droit int. Privé* (2011), p. 322.

debe tratarse de una “elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable”⁵⁴, sobre todo por parte del cónyuge “débil”. De ahí la necesidad de que los cónyuges tengan acceso a una información “actualizada”, “pertinente” y “de calidad” sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la UE y de los procedimientos de divorcio y separación judicial (mediante la consulta de la red judicial europea)⁵⁵. Será, por tanto, el juez que resuelva el litigio quien deba verificar discrecionalmente que la ley elegida por los cónyuges para regularlo ha sido fruto, en efecto, de un acuerdo consciente e informado para ambos⁵⁶, que no afecta a sus derechos ni a la igualdad de oportunidades⁵⁷.

No obstante, el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento a dicho acuerdo 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 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” (art. 6.2).

El sentido de esta última norma parece referirse a los acuerdos en favor de determinadas leyes de países de religión islámica, concluidos entre cónyuges actualmente residentes en la UE, para permitir que la mujer pueda escapar de las consecuencias no deseables, resultantes de la ley elegida, que le pudieran perjudicar. El apartado 2^º del art. 6 permitirá, pues, que una mujer que haya sufrido alguna presión o no haya sido informada en igualdad de condiciones que su marido, por aplicación de la ley elegida inicialmente para regular su divorcio, pueda impugnar en juicio la validez de su propio consentimiento a dicha elección. De este modo, se estarían anticipando los efectos del orden público –regulado en el art. 12– al hacer posible que la ley elegida por las partes se descarte en favor de otra que resulte de criterios objetivos⁵⁸, por lo general la residencia habitual de los cónyuges.

4^ª) Tipología de acuerdos.

Entre los aspectos sobre los que el reglamento guarda silencio están los referidos a los tipos de acuerdos que podrían realizar las partes para elegir la ley reguladora de su divorcio o separación. No se dice nada, por ejemplo, sobre los siempre más habituales pactos prenupciales, esto es, realizados con anterioridad al matrimonio,

54 Considerando 18.

55 Considerando 17.

56 Ver QU QUEIROLO, I., Y CARPANETO, L.: “Considerazioni”, cit., p. 77; VIARENGO, I.: “Il regolamento”, cit., p. 616; BARUFFI, M.C.: “Il regolamento”, cit., p. 848.

57 En el sentido del considerando 18.

58 Según señala VIARENGO, I.: “Il regolamento”, cit., p. 616. Ver también ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El pacto”, cit., p. 9, quien alude al cauce procesal apropiado para impugnar la validez del consentimiento al acuerdo de ley aplicable, que en España sería el del incidente de previo pronunciamiento regulado en los arts. 390 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

como tampoco sobre los acuerdos realizados después del matrimonio, en previsión de una posible crisis matrimonial, ni los estipulados tras surgir la crisis ante la inminencia de un proceso de separación o divorcio.

Sin embargo, un análisis comparativo con la Propuesta de reglamento sobre el régimen económico matrimonial⁵⁹, permite comprobar como el reglamento “Roma III” sólo alude a los cónyuges en cuanto sujetos artífices del acuerdo, mientras que la Propuesta no sólo se refiere indistintamente a la pareja y a los cónyuges, sino que además menciona expresamente los acuerdos realizados durante y después del matrimonio. En línea con dicha Propuesta habría, por tanto, que admitir los pactos de ley aplicable al divorcio y separación que puedan realizarse tan sólo después de haber contraído matrimonio, sea antes o después del procedimiento judicial, con exclusión de los pactos prenupciales⁶⁰.

IV. CONCLUSIONES.

Mucho se ha hecho en la UE en favor de la unificación normativa en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. Sin embargo, son todavía muchas las deficiencias y limitaciones que han malogrado, en buena parte, el éxito de dicha unificación. En particular; la elaboración del reglamento (UE) n° 1259/2010 (“Roma III”) ha frustrado uno de los objetivos originarios de su elaboración como era la introducción de unas normas uniformes de conflicto en la UE que fueran coherentes con las normas uniformes de competencia judicial en dicho espacio a través del reglamento (CE) n° 2201/2003 (“Bruselas II bis”). De este modo se aspiraba a una identificación *forum-ius*, tan aconsejable en el derecho de familia en el que las normas sustantivas y procesales están tan unidas.

La frustración de tales objetivos es consecuencia de la limitación existente en el ámbito de aplicación de “Roma III”, tanto geográfico (por el momento sólo 15 EE.MM. “participantes”), como material (con exclusiones más que discutibles como la nulidad matrimonial). Muy al contrario, lo que parece potenciarse es un empleo interesado del reglamento “Bruselas II bis” como instrumento para aplicar -o no- las soluciones del reglamento “Roma III”, según el resultado material que se quiera

59 Ver arts. 16 y 18 de la “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales” (COM/2011/0126 final).

60 Ver QUEIROLO, I. y CARPANETO, L.: “Considerazioni”, cit., p. 81, quienes aluden al problema no previsto de la incertidumbre sobre la duración del acuerdo realizado después del matrimonio pero antes del procedimiento de divorcio, ya que puede haber transcurrido mucho tiempo desde que fuera suscrito por los cónyuges. Ello puede provocar un posible cambio, tanto legislativo en cuyo marco se realizó el acuerdo, como también de las circunstancias personales de la pareja o de uno de ellos que influyen claramente sobre el acuerdo. Por su parte, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El pacto”, cit., 4, considera fuera de duda la exclusión de los *prenups* o pactos prenupciales del ámbito del reglamento, desde el momento en que éstos tienen una “proyección predominantemente extraprocesal”, mientras que un pacto de elección de ley, aunque se suscriba antes del matrimonio, tiene una “proyección marcadamente procesal”.

alcanzar por las partes, en función de sus intereses, y como consecuencia de las divergencias en los derechos sustantivos de los mismos EE.MM. participantes.

A los problemas de coordinación normativa, consecuencia de la falta de coherencia entre los citados reglamentos, hay que añadir las dificultades prácticas que tendrá el operador jurídico nacional, dentro de la UE, que deba enfrentarse a un litigio de índole familiar. No será fácil, desde luego, manejar textos diferentes que puedan resultar aplicables a dicho litigio según cuál sea la fuente jurídica (europea, internacional o estatal), el sector del DIPr: afectado (competencia judicial, ley aplicable...), el Estado implicado (miembro de la UE, miembro « participante » de la UE o tercer Estado fuera de la UE), la naturaleza del litigio (divorcio, separación judicial, nulidad matrimonial, alimentos, régimen económico matrimonial...), así como todos los aspectos que no se hayan regulado o hayan quedado expresamente excluidos de los Reglamentos aplicables en la UE.

Todos estos problemas y dificultades no desaniman, sin embargo, al legislador de la UE que sigue incansable en su sueño de unificación normativa en un sector de tanta relevancia práctica como es el Derecho de familia. Tiempo al tiempo...