

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

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 15.01.2012 / Aceptado: 19.01.2012

Resumen: Los litigios internacionales de divorcio y separación judicial son, en la actualidad, muy numerosos. El Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 contiene un sistema de normas de conflicto que señalan la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en estos casos internacionales. A falta de elección de Ley, el art. 8 de dicho Reglamento recoge diversos puntos de conexión que determinan la Ley aplicable. En este trabajo se analiza la lógica económica de dichas soluciones conflictuales y se demuestra que el legislador de la UE ha acertado con dichas conexiones. La precisión de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial se ha llevado a cabo con atención a los intereses de los cónyuges y se ha procurado que el proceso internacional de divorcio o separación judicial comporte costes conflictuales reducidos para los cónyuges.

Palabras clave: divorcio, separación judicial, Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, normas de conflicto, lógica económica, proceso internacional, costes conflictuales, tutela judicial efectiva, libre circulación de personas.

Abstract: International litigation in the field of divorce and legal separation is now very numerous. Council Regulation 1259/2010 of 20 December 2010 (EU) contains a system of conflict rules that indicate the specific State Law applicable to divorce and legal separation in international cases. In the absence of choice of law by the parties, art. 8 of Council Regulation 1259/2010 includes a number of connecting factors which determine the applicable law. This paper analyzes the economic logic of such solutions and shows that the EU legislator is successful with these connections. The accuracy of the law applicable to divorce and legal separation has been carried out with regard to the interests of the spouses. Hence, international divorce or legal separation process implies reduced costs for litigants. Therefore, free movement of persons in the EU is enhanced.

Keywords: divorce, legal separation, Council Regulation 1259/2010 of 20 december 2010, conflict rules, Law and Economics, international procedure, conflict costs, equitable process of law and Conflict of Laws, free movements of persons.

Sumario: I. Aspectos generales. 1 El largo y sinuoso camino hacia el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. 2. La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. Puntos de conexión. 3. Tutela judicial efectiva, eficiencia conflictual y puntos de conexión en materia de divorcio y separación judicial. II. El art. 8 del Reglamento 1259/2010 y la Ley aplicable al divorcio ya la separación legal en defecto de elección de ley. Aspectos generales. 1. Supuestos de aplicación del art. 8 R. 1259/2010. 2. Aspectos metodológicos del art. 8 R. 1259/2010. A) Enfoque conflictual-multilateral del precepto. B) Puntos de conexión comunes al divorcio y a la separación judicial. C) Orientación conflictual pura vs. orientación material y art. 8 R.1259/2010. D) Rechazo del modelo

«*Lex Fori Approach*» anglosajón en el Reglamento 1259/2010. 3. Escalera kegeliana de conexiones, principio de proximidad y reducción de costes conflictuales. III. Análisis de las distintas conexiones. 1. Residencia habitual común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a R.1259/2010). A) Justificación de la conexión «residencia habitual común». Costes conflictuales y *Social Ties*. B) Concepto de «residencia habitual de los cónyuges». C) Supuestos de ruptura de la ecuación «residencia habitual = país más conectado con los cónyuges». D) Análisis económico de la «solución *Rivière*». 2. Última residencia habitual común de los cónyuges (art. 8.b R.1259/2010). 3. Nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c R.1259/2010). A) Justificación del punto de conexión «nacionalidad». Costes conflictuales y «*Cultural Ties*». B) Precisión de la nacionalidad de cada cónyuge. C) Eliminación de los problemas de conflicto móvil. D) La degradación del valor conflictual de la conexión «nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda» en la escalera conflictual del art. 8 R. 1259/2010. E) Nacionalidad y principio de no discriminación. F) Problemas derivados de la múltiple nacionalidad y apatridia de los cónyuges. G) Sujetos nacionales de Estados plurilegislativos. H) Análisis económico del punto de conexión «nacionalidad común de los cónyuges». 4. Conexión final: la *Lex Materialis Fori* (art. 8.d R.1259/2010). IV. Consideraciones finales.

I. Aspectos generales

1. El largo y sinuoso camino hacia el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

1. El aumento cuantitativo del número de «matrimonios mixtos» (= en los que los cónyuges ostentan nacionalidades diferentes) y de «matrimonios deslocalizados» (= formados por sujetos con la misma nacionalidad pero que residen habitualmente en otro país), constituye un dato objetivo incontrovertible. A partir de dicha afirmación, es fácil comprender que el número de divorcios internacionales ha crecido también de manera exponencial. Así, en 2009 el 8,4% de los divorcios dictados en España lo fueron en relación con parejas en los que un cónyuge ostentaba nacionalidad extranjera y el 4,4% se dictó entre cónyuges extranjeros¹. En la UE, los divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad fueron, en el año 2005, un total de 170.000. Ello supone que más del 20% de los divorcios en la UE son divorcios «transfronterizos»². Por otro lado, las parejas matrimoniales internacionales (= formadas por personas de distinta nacionalidad y, especialmente, en el caso de sujetos procedentes de ambientes sociales y culturales alejados entre sí), son «parejas de alto riesgo», cuyos índices de fracaso son más elevados que los que se observan en parejas culturalmente homogéneas o parejas matrimoniales meramente nacionales³.

2. Por otra parte, el divorcio, como hoy se concibe, es el producto de una tortuosa y delicada evolución histórica propia de cada país y de cada área cultural. En consecuencia, existen diversos «modelos legales de divorcio» (= «modos de entender jurídicamente el divorcio» como causa de disolución intervivos del vínculo matrimonial), diferentes de país a país⁴. No se trata sólo de «admitir o no admitir»

¹ Datos extraídos del *diario ABC* 7 septiembre 2010.

² *Vid.* News Release Eurostat 25/2006, 12 mayo 2006, International Day of Families, «The family in the EU25 seen through figures», Luxemburgo, 2006.

³ N. DETHLOFF, «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe», en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; A. DAVI, «Separazione personale», *Enciclopedia del Diritto*, 1989, vol.XLI, pp. 1412-1434; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78; J. CARRASCOSA GONZALEZ / F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento 'Roma III'», *RDIPP*, 2009-3, pp. 567-588.

⁴ F. SCHWIND, «Le divorce en droit international privé», *RCADI*, 1966, vol.117, pp. 445-501; B. PLITZ, *Internationales Scheidungsrecht*, Munich, Beck, 1988, pp. 13-19; D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, Francfort a.M., 1988; *Id.*, *Internationales Scheidungsrecht*, 1998, *passim*.

el divorcio, sino también de «cómo se llega» al divorcio y de qué «consecuencias jurídicas» se derivan del divorcio⁵. Las diferencias entre los distintos Derechos estatales a la hora de regular la disolución del matrimonio son muy pronunciadas⁶.

3. Frente a una realidad social y jurídica tan relevante, sorprende el fracaso de la regulación internacional del divorcio durante el siglo XX por parte de la Conferencia de La Haya de DIPr. Conscientes de la repercusiones internacionales del divorcio (= siempre han sido muy frecuentes los supuestos de ciudadanos extranjeros que buscan un divorcio rápido y sencillo [*quick divorces*] ante autoridades de otro país para luego solicitar que la resolución de divorcio produzca efectos en el país de origen de los cónyuges), la Conferencia de La Haya de DIPr. elaboró el Convenio de La Haya de 12 junio 1902 [conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y de separación de cuerpos]. Dicho convenio internacional fue firmado pero no ratificado por España y que jamás entró en vigor para España. Tampoco fue incorporado al Derecho español el Convenio de La Haya de 1 junio 1970 [reconocimiento de divorcios y de separación de cuerpos], cuyo éxito fue relativo, pero que, en todo caso, no fijaba la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

4. La entrada en vigor del Reglamento 1259/2010 constituye, por tanto, un auténtico hito histórico para el DIPr. europeo. La elaboración de este Reglamento 1259/2010 debe contemplarse en una línea histórico jurídica definida en la que resulta preciso distinguir diversos momentos de marcada importancia⁷.

5. El Convenio de Bruselas de 28 mayo 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (DOCE núm. C 221 de 16 julio 1998), antecedente de los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003, contenía normas sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de separación, nulidad y divorcio, pero no abordó la cuestión de la Ley aplicable a las crisis matrimoniales internacionales⁸. Nada se disponía sobre la cuestión. Este convenio internacional no llegó a entrar en vigor debido a que el Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997, que reformó los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, abrió la puerta a la llamada «comunitarización del DIPr.» (*vid.* art. 65 TCE). De ese modo, las autoridades comunitarias prefirieron elaborar ellas mismas los instrumentos legales de DIPr. y decidieron abandonar la vía de los convenios internacionales de DIPr. Los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003 (= Reglamento CE 1347/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes y Reglamento CE 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resolucio-

⁵ A. DEVERS, «De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international», *Droit et patrimoine*, 2005, núm. 138, pp. 89-94; N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, «The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen», *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 107-119.

⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Crisis matrimoniales», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011, pp. 183-246, esp. pp. 184-185.

⁷ Entre la documentación oficial relativa a la elaboración de este Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «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; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio», Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005; Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 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)), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, elaborado por la Ponente EVELYNE GEBHARDT, y Ponente de opinión CARLO CASIN, Documento de sesión A6-0361/2008, de 19 septiembre 2008; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (13 diciembre 2006), Dictamen relativo a 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, *on line version*.

⁸ Texto del Convenio de Bruselas de 28 mayo 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial, en DOCE núm. C 221 de 16 julio 1998.

nes judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento CE 1347/2000 tampoco abordaron la cuestión de la Ley aplicable a la nulidad, separación y divorcio⁹.

6. El Consejo Europeo que tuvo lugar en Viena los días 11 y 12 diciembre 1998 lanzó el llamado «Plan de Acción de Viena». El objetivo de este «plan de acción» radicada en configurar el espacio judicial europeo como un objetivo jurídico en sí mismo. Se pretendía, de este modo, facilitar la vida cotidiana de los ciudadanos de la UE en cuestiones jurídicas que se presentan con frecuencia en la vida diaria de los mismos, como es el caso de la separación judicial y el divorcio. Fue en ese Consejo europeo cuando, por vez primera, de un modo oficial, se estimó que sería muy conveniente elaborar un conjunto de reglas legales para señalar la Ley aplicable al divorcio en casos internacionales. El Consejo europeo estimó que en un plazo de cinco años a contar desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 1997 debería procederse a la redacción de dicho texto legal.

7. El Consejo europeo celebrado los días 4 y 5 noviembre 2004 elaboró el relevante «Programa de La Haya *Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*». Dicho Consejo Europeo invitó a la Comisión de la UE a presentar un Libro Verde que contuviera un conjunto de normas de conflicto en asuntos relacionados con el divorcio.

8. La Comisión de la UE adoptó, el 14 marzo 2005, un Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (*vid.* Cons. (3) R.1259/2010)¹⁰.

9. El Comité Económico y Social Europeo emitió un Dictamen de fecha 28 septiembre 2005 acerca de dicho Libro Verde. El Comité se congratuló por la iniciativa de la Comisión UE y abrió un período de «consulta pública» en el que personas e instituciones podían exponer argumentos a favor o en contra de esta iniciativa legal y también poner de relieve su opinión jurídica sobre la misma (*vid.* Cons. (3) R.1259/2010). El 6 diciembre 2005 tuvo lugar en Bruselas una reunión oficial de expertos de los Estados miembros y de diversas asociaciones e incluso de representantes de terceros Estados en la que se debatió sobre el documento presentado por la Comisión UE. Dicha reunión fue seguida por otra que tuvo lugar el 14 marzo 2006 en la que ya sólo participaron expertos de los Estados miembros y en la que éstos pusieron de relieve su opinión oficial en torno al texto presentado por la Comisión.

10. El 17 julio 2006 vio la luz la Propuesta de la Comisión para la elaboración de este Reglamento (= «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») (*vid.* Cons. (4) R.1259/2010). Esta propuesta formaba parte del Programa permanente de la Comisión Europea para la actualización y simplificación del acervo comunitario. Esta propuesta requería la unanimidad del Consejo Europeo y exigía, igualmente, un previo dictamen preceptivo pero no vinculante que debía emitir el Parlamento Europeo.

11. El Comité Económico y Social Europeo elaboró y difundió, el presentó, el 13 diciembre 2006, un Dictamen sobre esta Propuesta de Reglamento (= Dictamen del Comité Económico y Social Europeo 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’)¹¹. El Comité dejó claro que veía con buenos ojos la reforma de las defectuosas normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003 y la introducción de nuevas normas de conflicto relativas a la ley aplicable. El Comité subrayó que este futuro instrumento no perseguía el objetivo de armonizar las normas nacionales sustantivas en materia de divorcio, y que su finalidad era, exclusivamente, fijar la Ley aplicable en los supuestos internacionales de divorcio mediante

⁹ Texto de ambos Reglamentos en DOCE L 160 de 30 junio 2000 y DOUE L 338 de 23 diciembre 2003, respectivamente.

¹⁰ Libro Verde sobre el divorcio Doc COM (2005) 82 final de 14 marzo 2005.

¹¹ Documento COM (2006) 399 final. SOC/253, Bruselas, 13.12.2006.

normas de conflicto uniformes para la UE. Ello potenciaría la circulación de las sentencias judiciales sin necesidad *exequatur*. En dicho contexto, las importantes divergencias entre las legislaciones sustantivas de los Estados miembros en materia de divorcio no supondrían obstáculos para la aplicación de este futuro Reglamento conflictual.

12. El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE trató esta cuestión en su Sesión 2794, que tuvo lugar en Luxemburgo el 19/ 20 abril 2007 (sesión 8364/07). El Consejo acordó que prosiguieran los trabajos sobre la Propuesta de Reglamento sobre varios puntos cardinales: a) Libre elección del tribunal competente y del Derecho aplicable por las partes; b) Determinación de las normas aplicables a falta de elección de ley; c) Respeto de las leyes y de las tradiciones de los Estados miembros en materia de Derecho de familia; d) Solución de los problemas derivados de la nacionalidad múltiple de los cónyuges.

13. El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE celebrado en Luxemburgo el 5/6 junio de 2008, 9956/08 (sesión 2673) puso de relieve que resultaba conveniente que estas cuestiones fueran tratadas, en profundidad, por el Comité de Derecho Civil. A partir de este momento, se hizo evidente que la unanimidad de los Estados miembros requerida para la aprobación del Reglamento no sería posible. Durante las negociaciones de los representantes de los Estados miembros para la elaboración del Reglamento 1259/2010, diversos Estados miembros, en especial los Estados escandinavos, se opusieron a la elaboración de las normas de conflicto hoy recogidas en el mismo por estimar que el divorcio debería regirse en todo por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Fundaban su posición en que, con arreglo a sus respectivos Derechos sustantivos nacionales, el divorcio es un derecho subjetivo de toda persona, razón por la cual todo individuo debe tener derecho a divorciarse en tales Estados miembros mediante la aplicación de tal Derecho sustantivo. Es evidente que la argumentación incurre en un *non sequitur*: una Ley extranjera también puede permitir el divorcio, con lo que tal derecho subjetivo al divorcio queda perfectamente garantizado para toda persona. Además, para el caso de que el divorcio no fuera posible, podían incorporarse mecanismos legales para lograr dicho divorcio de modo que éste no quedase «bloqueado» o «impedido» por la Ley reguladora del mismo (*vid. ad ex.* art. 10 R.1259/2010). Tras esta postura se 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 a extranjeros, se debe regir siempre por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Estos Estados miembros hicieron valer, realmente, razones de «comodidad judicial», pues sus normas de conflicto nacionales nunca obligan a sus tribunales a aplicar Leyes extranjeras en materia de divorcio. Sin embargo, este enfoque, como se ha visto, cuenta con una argumentación muy débil y, además, comporta un efecto negativo innegable. Si cada Estado miembro aplica su propia Ley sustantiva a los divorcios que deben pronunciar sus tribunales, subsistirá la diversidad de Leyes aplicables Estado por Estado, de manera que seguirán presentes los obstáculos la libre circulación de personas en la UE derivados de la diversidad de normas de conflicto en los Estados miembros. En consecuencia, el Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 [cooperación reforzada y ley aplicable al divorcio] no podía fundarse sobre una norma de conflicto que proclamase la aplicación de la *Lex Materialis Fori*, porque en tal caso, habría sido un Reglamento inútil. Ante la negativa de estos Estados miembros a seguir adelante en la elaboración de las normas uniformes de conflicto de leyes relativas al divorcio / separación judicial, y ante la imposibilidad de alcanzar la unanimidad en el seno del Consejo UE, los demás Estados miembros que sí deseaban dotarse de normas de conflicto comunes en materia de divorcio, activaron un procedimiento llamado «cooperación reforzada» (*enhanced cooperation*), previsto en el art. 20 TUE y arts. 326-334 TFUE. Este procedimiento permite a ciertos Estados miembros dotarse de un «set de normas de conflicto comunes» para determinar la Ley aplicable al divorcio y separación judicial. El Consejo UE, reunido en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio 2008, tomó nota de la situación (*vid.* Cons. (5) Reg. 1259/2010) y adoptó el 12 julio 2010, la Decisión 2010/405/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial a estos Estados miembros (*vid.* Cons. (7) Reg. 1259/2010). Las cooperaciones reforzadas están abiertas permanentemente a todos los Estados miembros (art. 328.1 TFUE) y se adoptan por el Consejo UE como «último recurso», esto es, «cuando

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, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros» (vid. art. 20.2 TUE y Cons. (8) R.1259/2010) (B. CAMPUZANO DIAZ)¹².

14. Una nueva sesión del Consejo Europeo que tuvo lugar los días 24 y 25 julio 2008 en Bruselas (sesión 2887 del Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE, 11653/08) debatió el hecho de que, ante la unanimidad imposible, al menos ocho Estados miembros (España, Italia, Francia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Rumanía y Eslovenia) tenían la seria intención de solicitar a la Comisión la apertura de un «procedimiento de cooperación reforzada» y la prestación, por ésta, de una nueva Propuesta acorde con la nueva iniciativa, circunscrita ya sólo a los aspectos de la Ley aplicable al divorcio y separación judicial. Otros Estados miembros (Alemania, Bélgica, Portugal, Eslovaquia y Lituania), manifestaron que podrían, en el futuro, participar en la iniciativa de cooperación reforzada tras la prestación, por la Comisión UE, de la nueva Propuesta legal. La Comisión aceptó el envite y acepto estudiar una solicitud formal de «cooperación reforzada» que pudieran presentar los citados Estados miembros.

15. Diez Estados miembros (Bulgaria, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Rumanía y Eslovenia, si bien Grecia se retiró de la iniciativa el 3 marzo 2010) presentaron, los días 28 julio y 12 agosto 2008 y 12 enero 2009, ante la Comisión Europea una solicitud formal para iniciar un procedimiento de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial con el fin de que la Comisión de la UE pudiese presentar una Propuesta legal al Consejo. Efectivamente, el 24 marzo 2010, por Decisión del Consejo Europeo 2010/405/UE, éste autorizó una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal.

16. 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, fue presentada por la Comisión Europea el 24 marzo 2010¹³.

17. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre 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», de fecha 14 julio 2010, puso de relieve que el Comité Económico y Social Europeo aprobaba y apoyaba el proyecto de Reglamento, así como la iniciativa bajo la forma de «cooperación reforzada», a fin de que, en adelante, se *«permita que Europa progrese en ámbitos que requieren unanimidad pero en los que esta unanimidad no sea factible a corto plazo»*, de modo que se eviten *«posibles bloqueos o retrasos en la adopción de legislaciones o de medidas comunes»* y que los *«países que lo deseen puedan incrementar su cooperación pese a la ausencia de unanimidad o de quórum»*¹⁴.

18. Finalmente, el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial vio la luz y fue oficialmente publicado en el DOUE¹⁵.

¹² B. CAMPUZANO DIAZ, «Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation», en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48.

¹³ Doc COM (2010) 105 final.

¹⁴ Doc COM (2010) 105 final/2 – 2010/0067 (CNS), DOUE núm. C 44, de 11 de febrero de 2011.

¹⁵ DOUE núm. L 343 de 29 de diciembre de 2010. En torno al Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, la bibliografía es ya abundante. Pueden verse, *inter alia*, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Crisis matrimoniales», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011, pp. 183-246; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010», *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7; N.A. BAARMSMA, *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*, Groningen, Ulrik Huber Inst. for Private International Law, 2010; J. CARRASCOSA GONZALEZ / F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento ‘Roma III’», *RDIPP*, 2009-3, pp. 567-588; A.-L. CALVO

2. La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. Puntos de conexión

19. El Reglamento 1259/2010 contiene diversos puntos de conexión estructurados «en cascada» (*Kegel's Ladder, échelle de rattachements*), para determinar la Ley aplicable a distintos tipos de divorcio / separación judicial. A cada tipo de divorcio / separación judicial corresponde una Ley estatal aplicable diferente. Esta solución legal se justifica por diversas razones.

- 1º) La Ley aplicable se precisa con arreglo a las «vinculaciones espaciales» que el concreto supuesto de divorcio / separación judicial presenta con los diferentes Estados. El Reglamento persigue «localizar» el concreto supuesto de divorcio / separación judicial en el Estado más estrechamente vinculado con el supuesto, cuya Ley es aplicable. En palabras del Cons. 21 R.1259/2010, «[e]sos 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». Añade también el Cons. (14) R.1259/2010 que los cónyuges deben poder «designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos». En el Reglamento 1259/2010, todos los puntos de conexión que determinan la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, incluido, naturalmente, la autonomía conflictual de los cónyuges (= Ley elegida por éstos), están inspirados por el «principio de proximidad». La aplicación de la Ley estatal que presenta una «mayor vinculación» con el caso concreto (= Ley del Estado donde se localiza el «centro de gravedad de la relación jurídica») permite «garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad» Cons. (9) R.1259/2010). Ello significa que la Ley reguladora del divorcio / separación legal es la Ley estatal que permite resolver el litigio a un coste menor para los cónyuges. Para

CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III», *CDT*, 2009, vol. 1, nº 1, pp. 36-71; B. CAMPUZANO DIAZ, «Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation», en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48; N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, «The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen», *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 107-119; N. DETHLOFF, «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe», en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; A. DEVERS, «De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international», *Droit et patrimoine*, 2005, núm. 138, pp. 89-94; M. EKSTRÖM, «Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement 'Bruxelles II' à la proposition 'Rome III'», *L'observateur de Bruxelles*, 2007, p. 19; P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *CDT*, 2011-II, pp. 85-129; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136; P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable a u divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338; O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *CDT*, 2010, pp. 126-139; P. MCELEAVY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642; K. MCQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; I. OTTAVIANO, «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*, vol. 11, núm.1, 2011, pp. 113-144; I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880; F.R. PAULINO PEREIRA, «Rome III : la compétence jurisdictionnelle et la loi applicable en matière matrimoniale», *RMCUE*, 2007, núm. 509, pp. 390-402; I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880; F. POCAR, «Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio», en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278; Id., «Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n.2201/2003 en ce qui concerne la compétence du et la loi applicable au divorce», en *Mélanges M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-255; C. RICCI, «Il foro della residenza abituale nel Regolamento n° 2201/2003 e nella proposta Roma III», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431; S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78; L.-J. SILBERMAN, «Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?», *82 Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la UE sobre separación y divorcio», *BIMJ* núm. 2043 de 1 septiembre 2007, pp. 3313-3332.

el legislador de la UE, la ecuación «mayor vinculación» o «centro de gravedad de la relación jurídica» = aplicación de la Ley que comporta un coste más reducido, es clara. Por ello, puede también afirmarse que en este Reglamento 1259/2010, resulta válida la equivalencia entre «principio de proximidad» y «norma de conflicto eficiente»¹⁶.

- 2º) El Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 distingue, así, diversos posibles «tipos» de divorcio / separación judicial, en función de sus vinculaciones espaciales con los distintos Estados. De ese modo, cada «tipo» de divorcio / separación judicial se sitúa en un peldaño de la escalera conflictual y se le asigna una Ley estatal aplicable específica. Así, por ejemplo, el legislador entiende que los litigios de divorcio / separación judicial respecto de los cuales los cónyuges han elegido la Ley aplicable, pertenecen al «tipo 1», de forma que el art. 5 R.1259/2010 considera que tales tipos de divorcios presentan un vínculo más estrecho con el país cuya Ley ha sido elegida. Igualmente, el legislador entiende que los litigios de divorcio / separación judicial respecto de los cuales los cónyuges residen habitualmente en el mismo Estado pero no han elegido la Ley aplicable, pertenecen al «tipo 2», de forma que el art. 8.a R.1259/2010 considera que tales tipos de divorcios presentan un vínculo más estrecho con el Estado de la residencia habitual actual de los cónyuges y la Ley de ese país debe aplicarse. Y así sucesivamente.
- 3º) El objetivo material de la «escalera conflictual» consiste en lograr que el divorcio / separación judicial quede sujeto a la Ley estatal cuya aplicación genera los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges. Se trata de que el litigio de divorcio / separación judicial se resuelva al menor coste posible para los cónyuges implicados en el litigio, sea cual sea la solución material que la Ley aplicable ofrezca a la crisis matrimonial (= un divorcio fácil, difícil, lento, rápido, exigente o flexible).
- 4º) Esta escalera de puntos de conexión está muy claramente inspirada en el Derecho internacional privado belga (*vid.* art. 55 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004)¹⁷. Así lo indica el «Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio»¹⁸.

20. Los concretos puntos de conexión que determinan la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, son los que siguen (arts. 5-8 R.1259/2010): 1º) El divorcio y la separación judicial se rigen por la Ley elegida por las partes en los términos de los arts. 5-7 R.1259/2010; 2º) En defecto de Ley válidamente elegida por los cónyuges, se aplica la Ley del país en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a R.1259/2010); 3º) En defecto del anterior criterio, se aplicará 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 (art. 8.b R.1259/2010); 4º) A falta del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c R.1259/2010); 5º) Finalmente, en defecto de todos los anteriores criterios, se aplicará la Ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (*Lex Fori*) (art. 8.d R.1259/2010).

¹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

¹⁷ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 572-578.

¹⁸ *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio», Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 7 *in fine*. El citado precepto de la Ley belga de Derecho internacional privado indica: «§ 1º. *Le divorce et la séparation de corps sont régis: 1º par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle lors de l'introduction de la demande; 2º à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel se situait la dernière résidence habituelle commune des époux, lorsque l'un d'eux a sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat lors de l'introduction de la demande; 3º à défaut de résidence habituelle de l'un des époux sur le territoire de l'Etat où se situait la dernière résidence habituelle commune, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 4º dans les autres cas, par le droit belge.* § 2. *Toutefois, les époux peuvent choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants: 1º le droit de l'Etat dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 2º le droit belge. Ce choix doit être exprimé lors de la première comparition.*».

3. Tutela judicial efectiva, eficiencia conflictual y puntos de conexión en materia de divorcio y separación judicial

21. En el sector del Derecho aplicable (= los tradicionales «conflictos de Leyes», la «*parte noble del Derecho internacional privado*»), en palabras de P. MAYER / V. HEUZÉ¹⁹, la tutela judicial efectiva (art. 24 CE 1978 y art. 6 CEDH 1950) significa que los titulares de los derechos recogidos en la Constitución y en las Leyes disponen del derecho subjetivo a exigir y a realizar tales derechos de una manera real y verdadera mediante la intervención de los tribunales de Justicia. La tutela judicial «efectiva» se opone, por tanto, a una tutela judicial «meramente nominal», «puramente formal», «quimérica» o «dudosa». Las normas de conflicto deben ofrecer una «tutela judicial efectiva» por mandato del art. 24 CE 1978 y del art. 6 CEDH 1950. Ello significa que en los litigios internacionales de divorcio / separación judicial, no basta con señalar, mediante una «norma de conflicto de Leyes» puramente localizadora, que la Ley estatal aplicable a un concreto litigio internacional de divorcio, es la Ley de un Estado X. Es preciso, además, que la solución ofrecida por dicha «norma de conflicto» sea una solución real y verdadera a las pretensiones jurídicas de los particulares. Pues bien, en tal sentido, deben introducirse diversas precisiones.

22. La tutela judicial efectiva exige que la Ley estatal designada por la norma de conflicto relativa al divorcio / separación judicial, sea la Ley de un país estrechamente vinculado con tal situación. Es decir, que debe tratarse de la Ley de un país que comporta costes reducidos para los particulares implicados (= costes conflictuales reducidos para los cónyuges). En caso contrario (= esto es, si la Ley designada por la norma de conflicto es la Ley de un país sin conexión real con el litigio internacional de divorcio), el derecho subjetivo tutelado por las leyes y que debe ser garantizado por la acción de los tribunales de justicia (= la tutela judicial efectiva en el sector del divorcio) resulta penalizado. En efecto, en tal caso, el proceso judicial se desarrollaría a un coste desproporcionado, de modo que la tutela judicial no sería ni «real» ni «verdadera». La norma de conflicto resultaría, en tal caso, inconstitucional, pues conduciría a una solución no efectiva. La norma de conflicto comportaría una solución jurídica meramente nominal, puramente formal, una mera fachada cosmética (= solución inconstitucional).

23. La doctrina norteamericana ha enfatizado esta idea de modo muy perspicaz, y ha señalado que la aplicación de la Ley de un Estado a una situación privada internacional fáctico con la que dicho Estado no presenta «contactos suficientes» lleva a un proceso injusto en términos constitucionales (= solución ineficiente del conflicto internacional entre sujetos privados). En efecto, las partes se verían «sorprendidas» por la aplicación de una Ley cuya aplicación no pudieron razonablemente prever. Lo que significa que dicha Ley les obliga a litigar a un coste desproporcionado que convierte la tutela judicial efectiva en una mera y vana ilusión óptica²⁰. Como ha recordado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, «*that for a State's substantive law to be selected in a constitutionally permissible manner, that State must have a significant contact or significant aggregation of contacts, creating state interests, such that choice of its law is neither arbitrary nor fundamentally unfair*» (Sent. TS USA *Allstate Insurance Co. vs. Hague*, y en el mismo sentido, Sent. TS USA *Phillips Petroleum Co. vs. Shutts*)²¹. Como indica F. VISCHER, «*visto que el control del Tribunal Supremo [norteamericano] está principalmente basado en la cláusula 'Due Process', lo que se controla es cuándo [la aplicación de una Ley de un Estado] resulta una sorpresa para las partes*»²².

¹⁹ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 345.

²⁰ L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, 2nd ed., Boston, Little Brown and Company, 1995, pp. 249-263; ID., «Post-modernism in American Choice of Law», *Liber memorialis François Laurent*, Bruselas, Story Scientia, 1989, pp. 695-706, esp. pp. 702-705; ID., «Rights, Fairness and Choice of Law», *Yale Law Journal*, 1989 (7), vol.98, pp. 1277-1319; ID., «The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules», *RCADI*, 1993, vol.252, pp. 19-112; T.S. KOGAN, «Towards a Jurisprudence of Choice of Law: The Priority of Fairness over Comity», *New York University Law Review*, 1987, pp. 651-714.

²¹ E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3th ed., West Group, St. Paul Minn., 2000, pp. 151-155.

²² F. VISCHER, «General Course on Private International Law», *RCADI*, 1992, vol.232, pp. 21-246, esp. p. 71: «*as the control of the Supreme Court is mainly based on the Due Process Clause, the controlling question must of whether it came as a surprise to the parties*».

24. En consecuencia, para declarar la aplicación de la Ley de un concreto Estado a un litigio internacional de divorcio / separación judicial, es necesario acreditar la existencia de unos «contactos significativos» entre tal litigio y el país cuya Ley va a ser aplicada (= *Significant Contacts*). El fundamento constitucional de la eficiencia de las normas de conflicto ha sido expresado, tradicionalmente, mediante el conocido «principio de proximidad». En dicha perspectiva, la norma de conflicto debe conducir a la Ley del país con el que supuesto presenta los «vínculos más estrechos»²³. La norma de conflicto debe responder al principio de proximidad para sintonizar con la tutela judicial efectiva (= como exigencia constitucional). Sólo así el proceso judicial resulta justo y equitativo. De ese modo, se concreta la idea de «previsibilidad del Derecho aplicable» para los particulares, pues una norma de conflicto guiada por el principio de proximidad no genera costes excesivos ni desproporcionados para los particulares implicados en el litigio internacional de divorcio, pues permite una respuesta judicial real y verdadera a las pretensiones jurídicas de los cónyuges)²⁴.

25. De ese modo se explica, también en el sector del divorcio internacional, la conocida «paradoja de Alaska». En efecto, si una norma de conflicto española o europea indicara que el divorcio entre dos marroquíes que residen habitualmente en Madrid se debe regir por el Derecho de Alaska, dicha norma de conflicto sería inconstitucional porque obligaría a los particulares (= cónyuges marroquíes) a seguir un proceso de divorcio con costes muy elevados (= un divorcio a coste muy elevado equivale a una tutela judicial «no efectiva», a un proceso judicial «no equitativo», a un divorcio prácticamente imposible, obstaculizado por la misma Ley). La norma de conflicto vulneraría el art. 24 CE 1978 y el art. 6 CEDH 1950. Sería una norma de conflicto en flagrante contradicción con la tutela judicial efectiva.

26. La norma de conflicto sintoniza con la tutela judicial efectiva cuando designa como aplicable la Ley de un Estado que presenta vínculos sustanciales con un concreto Estado. Ahora bien, las situaciones privadas internacionales presentan, por definición, vínculos sustanciales y reales con distintos países (= por ello son, precisamente, situaciones «internacionales»). El legislador puede declarar aplicable la Ley de cualquiera de estos Estados mediante la norma de conflicto y, en tal caso, la respuesta jurídica encajará correctamente con la tutela judicial efectiva.

Así, en el supuesto, de nuevo, de un divorcio entre dos cónyuges marroquíes que residen habitualmente en Madrid, una norma de conflicto será constitucional y resultará ajustada a los derechos humanos (= en concreto, al derecho a un proceso equitativo, a la tutela judicial efectiva), tanto si indica que la Ley reguladora de tal divorcio es la Ley marroquí (= Ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda) como si precisa, por el contrario, que el divorcio se rige por el Derecho español (= Ley del país de residencia habitual común de los cónyuges en dicho momento).

Ambas soluciones conflictuales constituyen soluciones constitucionalmente ajustadas (= ambas respetan la tutela judicial efectiva, pues ambas soluciones conducen a un proceso de divorcio que genera un coste razonable para los particulares implicados y no un coste o carga desproporcionada para éstos). La tutela judicial ofrecida es, en ambos casos, una tutela judicial real y verdadera.

Sin embargo, aunque ambas opciones de política jurídica son constitucionales (= ambas respetan la tutela judicial efectiva), no comportan los mismos costes para los particulares implicados. El legislador debe, entonces, elegir una concreta conexión para señalar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. Entre las varias opciones conflictuales posibles, una será, en todo caso, mas

²³ B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)», *RCADI*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 274; P. LAGARDE, «Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain», en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 17-33, pp. 10-20; Id., «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, (Cours général de droit international privé)», *RCADI*, 1986, vol.196, pp. 9-238.

²⁴ B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)», *RCADI*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275: «si leur attention est attirée sur lui, leur souhait sera de voir appliquer une loi qui ne les surprenne pas; en d'autres termes, que la solution du conflit de lois soit pour eux intelligible».

eficiente que la otra. La solución conflictual más eficiente es aquella que comporta costes globales menores para los particulares implicados (= los cónyuges) en la situación privada internacional (= en el divorcio internacional). Es la solución que optimiza los costes que provoca un litigio internacional de divorcio (= los atribuye a la parte que los puede afrontar a un coste más reducido, de modo que ambos litigantes / cónyuges se ven favorecidos).

27. Por ello, puede afirmarse que toda solución conflictual que respeta el principio de proximidad es «efectiva» y por tanto «constitucional». Pero también puede afirmarse que no toda solución conflictual «efectiva» es «eficiente». En efecto, por el contrario, toda solución conflictual eficiente es efectiva y por ello, constitucional. Así, el art. 8 R.1259/2010 de 20 diciembre 2010, indica que, en defecto de elección de Ley por los cónyuges, el divorcio debe regirse por la Ley del país donde los cónyuges tiene su residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda. Ello es así porque el legislador estima que la aplicación de dicha Ley comporta un reparto eficiente de los costes conflictuales. Es una solución «efectiva» y también «eficiente». El legislador europeo considera que la aplicación de dicha Ley suscita los costes menores globales para los cónyuges (= es la solución más «eficiente» entre las posibles soluciones «efectivas» a falta de Ley elegida por los cónyuges).

28. Como es natural, no siempre resulta sencillo detectar cuál es la solución conflictual más eficiente de entre las varias que se presentan como «efectivas». Es por ello que los distintos legisladores estatales seleccionan conexiones diferentes para los mismos casos (= todos los legisladores buscan la eficiencia, pero lo hacen por caminos distintos, con conexiones diferentes, perspectivas conflictuales distintas). Y también es por ello que el legislador cambia de idea con frecuencia y sustituye una conexión por otra cuando estima que la anterior no optimiza los costes del litigio internacional y que la nueva solución encaja mejor con la eficiencia conflictual.

29. En definitiva, en este trabajo se intentará demostrar que las conexiones elegidas por el legislador europeo para señalar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial son conexiones que han sido preferidas porque fomentan la «eficiencia conflictual». Constituyen y representan la solución conflictual más «eficiente» entre todas las posibles soluciones conflictuales «efectivas» en relación con los litigios internacionales de divorcio / separación judicial.

II. El art. 8 del Reglamento 1259/2010 y la Ley aplicable al divorcio ya la separación legal en defecto de elección de ley. Aspectos generales

1. Supuestos de aplicación del art. 8 R. 1259/2010

30. En numerosas ocasiones, el divorcio / separación judicial de carácter «internacional» no puede regirse por la Ley elegida por los cónyuges. Ello sucederá en diversos casos: a) Los cónyuges no han alcanzado un acuerdo sobre la Ley que desean que regule su divorcio / separación judicial. Ello será frecuente, por ejemplo, en los supuestos de divorcios contenciosos en los que los cónyuges adoptan posturas muy hostiles contrarias a llegar a todo tipo de acuerdos, en los casos de cónyuges que llevan mucho tiempo viviendo en lugares o Estados distintos, así como en los casos en los que los cónyuges ni siquiera conocen la posibilidad legal que les ofrece el Reglamento 1259/2010 de elegir la Ley estatal reguladora de su divorcio / separación judicial²⁵; b) Los cónyuges han elegido la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, pero en dicha elección no han respetado las condiciones o requisitos de fondo y/o forma exigidos por los arts. 5-7 R.1259/2010. Pues bien, en ambos supuestos, el Reglamento 1259/2010 recoge una «escalera de conexiones objetivas» que determinan el Derecho regulador del divorcio o separación judicial.

²⁵ I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880.

2. Aspectos metodológicos del art. 8 R. 1259/2010

A) Enfoque conflictual-multilateral del precepto

31. El Reglamento 1259/2010 contiene normas de conflicto multilaterales que designan la Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial y el art. 8 de dicho texto legal confirma dicho enfoque general del Reglamento. Esta sencilla afirmación comporta consecuencias de envergadura.

32. El Reglamento 1259/2010 no unifica los Derechos sustantivos de los Estados miembros en materia de divorcio y separación judicial. Cada Estado miembro participantes regula el divorcio / separación judicial como tiene por conveniente y sin ninguna «imposición» por parte de la UE. La UE carece de competencia objetiva para unificar el Derecho de Familia sustantivo de los Estados miembros. La UE sí dispone de competencia para elaborar «normas de conflictos de leyes» (art. 81.2 TFUE) incluso, en relación con el «Derecho de Familia» (art. 81.3 TFUE)²⁶. De este modo, el Reglamento 1259/2010 preserva, salvaguarda y defiende la diversidad legislativa, y por tanto, cultural y social, en la UE.

33. El Reglamento 1259/2010 tampoco contiene una normativa material propia y específica del divorcio / separación judicial en los supuestos internacionales, distinta a la regulación legal de los divorcios «meramente nacionales». Nada tiene que ver el Reglamento 1259/2010 con la construcción de un hipotético «Código Civil europeo» en materias de Derecho de Familia, de carácter material o sustancial. La elaboración de este cuerpo legal comportaría diversos y graves inconvenientes: (a) Resultaría contrario al principio de subsidiariedad y proporcionalidad; (b) Es innecesario si se cuenta con normas de conflicto uniformes en la UE; (c) Es un objetivo de difícil realización, pues el grado de acercamiento valorativo de los Derechos de los Estados miembros no es elevado, lo que dificulta todo proceso de redacción de un Código material de Derecho de Familia en Europa; (d) En el estado actual del Derecho de la UE, la UE carece de competencia para elaborar un Derecho sustantivo de Familia común a los Estados miembros²⁷.

34. El art. 8 R. 1259/2010 contiene una norma de conflicto multilateral. Dicha norma localiza el divorcio / separación judicial en el Estado con el que el litigio presenta los vínculos más estrechos y hace aplicable la Ley sustantiva de dicho país. Este precepto contiene una norma de conflicto «multilateral», por lo que puede conducir a la aplicación de la Ley de cualquier Estado, sin preferencias por uno u otro. El Reglamento 1259/2010 no es legefórista. No ha recurrido al método fácil, pero simplista y con frecuencia costoso para los cónyuges, de proclamar, con carácter general, la aplicación de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) a los litigios de divorcio / separación judicial²⁸. La aplicación al divorcio / separación judicial de la *Lex Fori* es, en el Reglamento 1259/2010, y salvo casos excepcionales, una medida meramente residual (art. 8.d R.1259/2010).

35. El art. 8 R.1259/2010 conduce, en todo caso, a la aplicación de una «Ley estatal». No designa, en ningún caso, como aplicable a un divorcio / separación judicial, una «normativa religiosa» (*Lex Religiosa*). Tampoco los cónyuges pueden elegir, como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial, una normativa exclusivamente religiosa no estatal (art. 5 R.1259/2010 *a contrario*).

36. El legislador de la UE no ha empleado, en el art. 8 R. 1259/2010, «normas unilaterales» para precisar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. La evidente y palmaria preferencia del legislador de la UE por normas de conflicto multilaterales responde a su intención de potenciar la claridad legal, la certeza del Derecho y la seguridad jurídica (Cons. (9) R.1259/2010). Se ha descartado así la utilización

²⁶ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *CDT*, 2011-II, pp. 85-129.

²⁷ A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, Defrénois, Paris, 2005, pp. 204-205.

²⁸ F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

del «método unilateral francés» (actual art. 310 *Code*) a tenor del cual, los litigios de divorcio / separación judicial vinculados con casos vinculados con Francia se sujetaban al Derecho francés y los no vinculados con Francia se debían regir por la Ley designada por las normas de conflicto extranjeras de los Estados vinculados con el caso. Este sistema habría comportado los clásicos problemas de la «laguna» (= ninguna Ley estatal de autodeclara aplicable al litigio) y del «cúmulo» (= varias Leyes estatales son aplicables al mismo litigio porque varias normas de conflicto de distintos Estados así lo indican). El sistema unilateral complica la designación del Derecho aplicable (= lo que incrementa los costes conflictuales) y no comporta ninguna ventaja material. Por el contrario, el art. 8 R.1259/2010 contiene una norma de conflicto multilateral. Esta tipo de norma es la que de mejor modo garantizan una designación clara, directa, cierta y segura, de la Ley estatal reguladora de estos litigios internacionales (Cons. (9) R.1259/2010).

37. Tampoco contiene el Reglamento 1259/2010 ninguna norma que autorice a aplicar las normas de Derecho interno conocidas como «normas de policía» o «normas internacionalmente imperativas», que regulen el divorcio / separación judicial (= otra forma más de «unilateralismo» larvado). La imposibilidad de interferencia de estas normas en el mecanismo conflictual del Reglamento 1259/2010 aumenta la claridad normativa, la certeza del Derecho y la seguridad jurídica en los litigios internacionales de divorcio / separación judicial. Esta decisión de política jurídica responde al hecho de que las materias relativas al Derecho de Familia experimentan en la actualidad un proceso de «contractualización» o «liberalización». Ello significa que el Estado renuncia a regular los pormenores de las relaciones privadas familiares y concede autonomía regulativa a los cónyuges. El «orden público de dirección» (= conjunto de normas que salvaguardan un determinado modelo de familia), desaparece progresivamente y queda, exclusivamente, un «orden público de protección» que garantiza los derechos individuales de toda persona²⁹. Ese orden público de protección queda preservado a través de la cláusula general de orden público internacional (art. 12 R.1259/2010), de modo que no es necesario «dirigir» u «obligar» a los cónyuges a seguir un determinado modelo de familia y matrimonio mediante normas (internacionalmente) imperativas.

38. Las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 y también, naturalmente, su art. 8, se acompañan, además, de un *set* de normas de aplicación que resuelven los problemas característicos de las normas de conflicto: reenvío, orden público, remisión a sistemas plurilegislativos, cuestión previa, etc. Ello facilita la aplicación autónoma del Reglamento 1259/2010 sin que sea preciso recurrir a las normas de cada Estado miembro para solventar estas cuestiones. De ese modo, se incrementa la seguridad jurídica, la claridad normativa y se reducen, para los cónyuges, los costes de información de la normativa conflictual.

39. El Reglamento 1259/2010 recoge un sistema conflictual técnicamente muy cuidado y construido sobre principios conflictuales coherentes y sólidos. Es, por ello, un «Reglamento elegante», ya que contiene un escaso número de normas de conflicto que proporcionan soluciones sencillas que responden a una lógica conflictual clara y que permite alcanzar resultados positivos. El Reglamento contiene, en efecto, un «marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes» y garantiza «soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad» (Cons. (9) R.1259/2010). Se aleja así este Reglamento, del carácter puntilloso, burocratizado, farragoso y, a fin de cuentas, poco práctico y de escasa calidad técnico jurídica, propio de recientes normas de DIPr., como el Reglamento 4/2009 [alimentos] y el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños], conjuntos normativos que se convierten, en sí mismos, en problemas jurídicos que se añaden a los problemas sociales que tratan de resolver.

40. El Reglamento 1259/2010 tampoco obligaba, de ninguna manera, a los Estados miembros que no contemplaban el divorcio en su ordenamiento jurídico, como ha sido el caso de Malta, a introducirlo en su legislación interna (Cons. (26) R.1259/2010). En la fecha de elaboración del Reglamento,

²⁹ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *CDT*, 2011-II, pp. 85-129.

Malta no regulaba el divorcio en sus leyes. La posterior reforma de las leyes maltesas que ha introducido el divorcio en su legislación se ha producido en virtud de una decisión completamente interna de los ciudadanos y órganos legislativos de Malta y no por imposición de la UE ni del Reglamento 1259/2010³⁰.

B) Puntos de conexión comunes al divorcio y a la separación judicial

41. El art. 8 R.1259/2010 designa la Ley aplicable tanto al divorcio como a la separación judicial³¹. Varias observaciones deben realizarse al respecto.

42. Esta opción de técnica conflictual resulta perfectamente justificada. Ambos supuestos, divorcio y separación judicial, presentan características similares, esto es, se trata de instituciones jurídicas que cancelan o disminuyen la intensidad del vínculo matrimonial, pues persiguen la disolución o relajación del mismo. En consecuencia, los contactos espaciales de los dos supuestos deben ser valorados con arreglo a los mismos parámetros³².

43. Debe recordarse que, por excepción, el art. 9 R.1259/2010, procura que la eventual conversión de la separación judicial en divorcio quede sujeta a la Ley estatal que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido elegir otra Ley para regular la conversión de la separación judicial en divorcio. En este caso, la regla general es que la Ley aplicada a la separación judicial (*Lex Separationis*) coincida con la Ley que va a ser aplicable el divorcio (*Lex Divortii*).

44. La dicción literal del título del Reglamento y de todos sus preceptos coloca, en primer lugar, al «divorcio» y en segundo lugar, a la «separación judicial», al contrario de lo que ocurre en numerosos sistemas estatales de DIPr., en los que se fija la Ley aplicable a la «separación judicial y al divorcio», en ese preciso orden (art. 107.2 CC España, art. 31 *Legge* 218/1995 Italia). Sigue así el Reglamento 1259/2010 el «modelo belga» contenido en el art. 55 Ley belga DIPr. 16 julio 2004, que, a su vez, siguió la senda trazada por el art. 61 Ley DIPr. Suiza 18 diciembre 1987. Esta presentación de ambas instituciones (= primero el «divorcio», después la «separación judicial») no es casual ni materialmente indiferente. Refleja la intención del legislador de atender, con carácter preferente, a la regulación conflictual del divorcio. Ello se produce por varios motivos: (a) El divorcio es una institución conocida y regulada en casi todas las legislaciones del mundo, mientras que la separación judicial sólo se conoce y regula en determinados Derechos estatales; (b) En las legislaciones sustanciales de numerosos países el divorcio tiende a liberalizarse, a expandirse y a concederse por mera voluntad de los cónyuges o de uno solo de ellos. Por el contrario, la separación judicial pierde protagonismo jurídico. Es cada vez menos utilizada, y aparece ligada a concepciones religiosas que no permiten la disolución del matrimonio *intervivos* por divorcio; (c) El divorcio encaja mejor con el derecho a la libertad decisiva del individuo en el interior de su núcleo familiar (art. 8 CEDH 1950, art. 7 Carta DFUE 2000, con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978) y con la libertad individual de la persona; 4º) Por el contrario, la Ley aplicable a la nulidad del matrimonio debe fijarse mediante puntos de conexión distintos y propios. En efecto, la nulidad del matrimonio, excluida del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, debe regirse por las Leyes previamente aplicadas a la formación del matrimonio.

C) Orientación conflictual pura vs. orientación material y art. 8 R.1259/2010

45. La preferencia dada por el Reglamento 1259/2010 a soluciones conflictuales construidas sobre el «principio de proximidad» explica de manera sencilla por qué, a la hora de determinar la Ley aplicable

³⁰ Vid. *Diario El País* 29 mayo 2011 y Ley de 25 julio 2011, que modifica el Código Civil maltés.

³¹ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

³² F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

al divorcio / separación judicial, es indiferente, para el Reglamento 1259/2010, el contenido material de la Ley reguladora de dicho divorcio y resulta indiferente, también, el resultado final al que conduce la aplicación de dicha Ley sustantiva (= es irrelevante si el divorcio / separación judicial es posible o no es posible, si es más sencillo y rápido o si resulta lento y complejo). Con carácter general, debe afirmarse, pues, que las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 1259/2010 no son normas de conflicto «materialmente orientadas» (= normas que declaran la aplicación de una u otra Ley estatal en función del resultado material concreto que pueda alcanzarse con la aplicación de la misma, como el divorcio mismo, por ejemplo).

46. No obstante lo anterior, existen varios supuestos puntuales en los que sí resulta relevante el contenido material de la Ley estatal que debe regular el divorcio / separación judicial y/o el resultado al que dicho contenido conduce: 1º) Cuando la Ley reguladora del divorcio / separación judicial produce efectos negativos e intolerables sobre la regulación jurídica fundamental de la sociedad del Estado miembro participantes cuyos tribunales conocen del asunto. En dicho supuesto, entra en escena la excepción del orden público internacional para evitar la aplicación de dicha Ley (art. 12 R.1259/2010); 2º) Cuando la Ley estatal aplicable designada con arreglo a los arts. 5 u 8 R.1259/2010 no contempla el divorcio. En tal supuesto, entra en funcionamiento una cláusula específica que ordena la aplicación de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 10 *in primis* R.1259/2010); 3º) Cuando la Ley estatal designada con arreglo a los arts. 5 u 8 R.1259/2010 no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (art. 10 *in fine* R.1259/2010). En tal caso, se aplicará también la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (Ley del foro). En estos tres supuestos, el contenido de la Ley sustantiva aplicable es relevante para «re-sintonizar» la localización del divorcio / separación judicial y señalar otra Ley estatal aplicable distinta a la que, en principio, debería regir el litigio a tenor de los arts. 5 y 8 R.1259/2010.

47. El Reglamento 1259/2010 tiene como objetivo fundamental proporcionar soluciones de DIPr. que permitan una solución segura, sencilla, estable y clara a los litigios internacionales de divorcio / separación judicial que se suscitan en la UE. Dicho objetivo no prejuzga el resultado material de dichos litigios. Es decir, el Reglamento no busca garantizar, a toda costa, el divorcio / separación judicial de los cónyuges. El art. 8 R.1259/2010 no emite «juicios de valor» sobre la Ley estatal que resulta designada para regular el divorcio / separación judicial.

No obstante, el Reglamento contiene diversas disposiciones que propician el divorcio / separación judicial de los cónyuges y otras que no siguen dicha orientación «conflictual pura» y que se compensan, en cierta medida, entre sí. En esta línea, las disposiciones más relevantes que reflejan un *favor divortii* son las que siguen: (a) La primacía de la Ley elegida por las partes en la escala de conexiones empleada para designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (art. 5 R.1259/2010). Es cierto que si los cónyuges pueden elegir la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, se fomenta la posibilidad de que éstos elijan una Ley estatal que les permita un divorcio / separación judicial más rápido y sencillo (= por ejemplo, un divorcio / separación judicial sin causa objetiva, por mutuo consentimiento de los cónyuges); (b) Las cláusulas de orientación sustancial *pro* divorcio contenidas en el art. 12 R.1259/2010 (= si en el Derecho del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto el *favor divortii* constituye un principio esencial, el orden público internacional operará para permitir el divorcio incluso en contra de lo dispuesto por la *Lex Causae*), en el art. 10 *in primis* R.1259 (= cuando la Ley estatal aplicable designada con arreglo a los arts. 5 u 8 R.1259/2010 no contempla el divorcio, se aplica la Ley sustantiva del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto), en el art. 10 *in fine* R.1259/2010 (= cuando la Ley estatal designada con arreglo a los arts. 5 u 8 R.1259/2010 no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará también la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto) y en el art. 9.2 R.1259/2010 (= si la Ley estatal aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicarán las Leyes a las que remite el art. 8 R.1259/2010, salvo que las partes hayan elegido otra Ley para regular su divorcio).

Por otro lado, también ciertas disposiciones del Reglamento 1259/2010 impiden o restringen el *favor divortii*: (a) La primacía de la Ley elegida por las partes en la escala de conexiones empleada para

designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (art. 5 R.1259/2010) puede ser empleada por los cónyuges para elegir una Ley que no favorezca, de modo particular, el divorcio; (b) El Reglamento no obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del Reglamento (art. 13 R.1259/2010). Este inciso estaba previsto para que los jueces malteses no debieran dictar una sentencia de divorcio aunque la *Lex Causae* designada por el Reglamento así lo hubiera indicado. La situación, no obstante, ha cambiado desde que Malta ha introducido el divorcio en su legislación interna (Ley de 25 julio 2011 que introduce el divorcio en Derecho maltés); (c) Las disposiciones *pro* divorcio antes citadas (arts. 10 *in primis*, 10 *in fine* y 12 R.1259/2010) sólo imponen la aplicación de la Ley material del foro en casos extremos en los que el divorcio no es posible o resulta discriminatorio. Por tanto, si el divorcio, aunque sea complejo y lento, es factible con arreglo a la *Lex Causae* designada por las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010, dicha Ley se aplicará a pesar de que ello no favorece, en modo particular, el divorcio de los cónyuges. Y aún hay más: si la Ley sustantiva del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), aplicable en virtud de los arts. 10 y 12 R.1259/2010 no prevé el divorcio o lo hace muy lento, complejo y difícil, el Reglamento no contempla un remedio por divorcio a dicha situación. En efecto, no se ha recogido en el texto del Reglamento 1259/2010 un «orden público internacional *a contrario*» que pudiera permitir la aplicación de una Ley extranjera si la *Lex Fori* no contempla el divorcio o lo hace muy difícil *in casu*³³; (d) El Reglamento 1259/2010 no contiene un conjunto de normas de conflicto alternativas que conducen a la potencial aplicación de varias Leyes estatales con el objetivo de que se aplique la Ley más favorable al divorcio / separación judicial, sino un sistema de conexiones colocado en forma de escalera conflictual construida sobre el principio de proximidad, particularmente visible en las distintas conexiones recogidas en el art. 8 R.1259/2010.

D) Rechazo del modelo «Lex Fori Approach» anglosajón en el Reglamento 1259/2010

48. El Reglamento 1259/2010 ha rechazado categóricamente el modelo *Lex Fori in Foro Proprio*, característico de los países anglosajones y escandinavos en las materias de Derecho de Familia y en particular, con especial énfasis, en relación con el divorcio internacional. Según este modelo, los tribunales deben aplicar, en todo caso, su legislación material a todo supuesto de divorcio / separación judicial que se les presente y respecto del que resulten competentes³⁴. Este *Lex Fori Approach* arranca del principio de territorialidad, que en el Derecho inglés tiene una tradición histórica muy marcada. Los *Foreign Cases* (= o casos «alejados de la esfera británica»), no pueden ser decididos ni fallados por los tribunales ingleses. La razón es simple. Es un modo de respetar la «Soberanía extranjera». Y al contrario: los casos «más cercanos» a la esfera británica, deben ser fallados, como no puede ser de otro modo, con arreglo, exclusivamente, al Derecho sustantivo inglés. Por otro lado, el *Jurisdictional Approach* o *Lex Fori Approach*, así como todas las teorías que tratan de justificar la existencia de normas de aplicación necesaria en materia de Derecho de Familia, arrancan de la idea de considerar que dicha legislación en materia de Derecho de Familia es una legislación con connotaciones muy cercanas al Derecho Penal. En materia de divorcio, el método *Lex Fori Approach* se ha mantenido del modo más inalterado y puro hasta hoy en Inglaterra³⁵. Varían, naturalmente, los criterios utilizados para llegar al destino final, que es siempre la aplicación de la *Lex Fori*. La evolución histórica en esta materia es compleja. Al inicio, los tribunales ingleses utilizaron el criterio «domicilio del marido» (= lo que era lógico, pues el domicilio era siempre el común de los cónyuges, ya que la esposa no tenía domicilio propio), como criterio fun-

³³ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable a u divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

³⁴ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 944-1028; K. MCQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. pp. 105-115.

³⁵ P.M. NORTH, «Development of rules of private international law in the field of family law», *RCADI*, 1980-I, vol.166, pp. 9-118.

damental de competencia judicial internacional. Y ello llevaba siempre a la Ley material inglesa. Tras varias reformas legales en el Derecho material inglés, inspiradas muchas de ellas en el principio de «no discriminación», se permitió a la esposa adquirir su propio domicilio y también instar el divorcio. Ello ha hecho más complejas las soluciones. Pero no debe olvidarse que la *Substantial Lex Fori* continúa siendo la única Ley aplicable al divorcio en DIPr. inglés. El *leading case* fue y sigue siendo *Zanelli vs. Zanelli* (1948).

49. Sin embargo, este modelo *Lex Fori Approach* presentaba dos grandes inconvenientes: 1º) No conducía necesariamente a aplicar la Ley estatal que permitía resolver el litigio de divorcio / separación judicial a un coste más reducido. En efecto, puede existir una Ley sustantiva bien conocida por los cónyuges cuya aplicación al supuesto de divorcio / separación judicial permitía solventar el litigio a un coste más reducido que la *Lex Fori*; 2º) Generaba *Forum Shopping*, puesto que la Ley reguladora del divorcio / separación judicial sería diferente según cuál fuera el Estado cuyos tribunales eran competentes para fallar el litigio de divorcio / separación judicial. Ello fomentaba la carrera hacia los tribunales y favorecía al cónyuge mejor posicionado desde un punto de vista económico. Visto que el Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 perseguía, entre otros objetivos, acabar con el *Forum Shopping* en el sector de la disolución y relajación del vínculo matrimonial, esta opción metodológica fue rechazada. El art. 8 R.1259/2010, como ya se ha indicado, no es un precepto legeforista y el *Lex Fori Approach*, que hubiera arruinado totalmente la unidad y la estabilidad de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial en la UE, ha sido arrumbado por dicho precepto al baúl de los recuerdos.

3. Escalera kegeliana de conexiones, principio de proximidad y reducción de costes conflictuales

50. La «escalera de conexiones» recogida en el art. 8 R.1259/2010 está construida e inspirada por el «principio de proximidad», propio de los países que siguen el modelo conflictual latino-germánico de la «mayor vinculación» o «centro de gravedad de la relación jurídica». Esta afirmación precisa diversos comentarios. En primer lugar, el «principio de proximidad» significa que el legislador de la UE sujeta el divorcio / separación legal a la Ley del Estado cuya aplicación al caso genera los menores «costes conflictuales» para los cónyuges. Es la Ley que permite resolver el divorcio / separación judicial a un coste más reducido para los cónyuges (Cons. (21) R.1259/2010). En segundo término, un sistema de puntos de conexión construido sobre el principio de proximidad y que utiliza criterios de vinculación claramente definidos, no dejados a la discrecionalidad judicial, es un sistema que garantiza la seguridad jurídica y la previsibilidad del resultado jurídico de la controversia (Cons. (21) R.1259/1010).

51. El art. 8 R.1259/2010 persigue dar aplicación a la Ley del país «más próximo a la situación de divorcio» porque se supone que los cónyuges conocen o pueden conocer dicha Ley estatal a bajo coste, y con arreglo a la cual es muy posible que hayan ajustado su comportamiento conyugal en el pasado³⁶. Esta idea la expresa el Cons. (21) R.1259/2010, al expresar que «[a] falta de elección de la ley aplicable, es conveniente que el presente Reglamento establezca normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate». En esta línea, indica también el mismo Cons. (21) R.1259/2010 que 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». Debe destacarse cómo el legislador enfatiza la relación entre «los cónyuges», por un lado, y la «ley de que se trate», por otro lado. Lo relevante es la «cercanía espacial» de los cónyuges con un Estado (= las vinculaciones espaciales del caso concreto con un determinado país). A mayor cercanía o proximidad espacial, mayor beneficio conflictual para los cónyuges, que podrán resolver su controversia jurídica a un coste más reducido. En efecto, la Ley del país con el que el litigio está más estrechamente conectado es la Ley cuya aplicación permite solventar dicho litigio a un coste más reducido para los cónyuges. Sólo las «vinculaciones espaciales» del caso con los distintos Estados constituyen criterios

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

útiles para identificar la Ley estatal que permite resolver el divorcio / separación judicial a un coste menor³⁷. El resto de circunstancias de la controversia, como por ejemplo, el hecho de que el divorcio / separación judicial sea «de mutuo acuerdo» o sea «contencioso», no son útiles para tal fin. La reducción de costes conflictuales no beneficia al Estado, sino a los cónyuges litigantes, que pueden solucionar sus diferencias jurídicas internacionales a un coste más reducido. El doble énfasis que el Cons. (21) pone en la vinculación de los «cónyuges» con el Estado cuya Ley es aplicable al divorcio / separación judicial permite destacar que, a juicio del legislador de la UE, la determinación de la Ley aplicable debe beneficiar a tales cónyuges mediante a la aplicación de una Ley que les comporta costes reducidos. No a los Estados (= cuya soberanía no se halla implicada en los litigios internacionales de divorcio) ni a los tribunales (= que deben aplicar la Ley del Estado más vinculada a los cónyuges, no la Ley estatal cuya aplicación resulta más cómoda y sencilla a los jueces competentes).

52. En dicho orden de ideas, si los cónyuges no han elegido la Ley reguladora del divorcio / separación judicial o si dicha elección no es válida, el divorcio se regirá por las siguientes Leyes.

- 1º) En primer término, se aplicará la Ley sustantiva del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a R.1259/2010).
- 2º) En defecto del criterio anterior, se aplicará la Ley sustantiva 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 (art. 8.b R.1259/2010).
- 3º) En defecto de los anteriores criterios, se aplicará la Ley sustantiva del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c R.1259/2010).
- 4º) A falta de los anteriores criterios, se aplicará la Ley sustantiva del Estado miembro participante ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (*Lex Fori*) (art. 8.d R.1259/2010).

III. Análisis de las distintas conexiones

1. Residencia habitual común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a R.1259/2010)

A) Justificación de la conexión «residencia habitual común». Costes conflictuales y *Social Ties*

53. En primer lugar, y en defecto de elección de Ley válidamente realizada por los cónyuges, el divorcio / separación judicial se regirá por la Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda. La precisión de la residencia habitual de los cónyuges, precisamente, «en el momento de la interposición de la demanda», evita problemas de conflicto móvil y garantiza que esa Ley corresponde a un Estado que, en el momento del divorcio / separación legal, presenta una conexión real con el litigio (*vid.*, antes del Reglamento 1259/2010: SAP Málaga 31 marzo 2004, SAP Bilbao, 24 mayo 1993, SAP Madrid 16 enero 1996, SAP Barcelona 19 marzo 2003, SAP Barcelona 8 noviembre 2002). El art. 8.1 R.1259/2010 ha apostado claramente por la prevalencia (= mayor peso conflictual) de la «conexión social» (= «*proximité sociale*») sobre la «conexión cultural» (= «*proximité culturelle*»)³⁸. En otras palabras, puede decirse que el punto de conexión «residencia habitual de los cónyuges» en esta materia presenta innegables ventajas, lo que le ha valido para ocupar el escalón más alto de la escala conflictual. Es hora de analizar tales ventajas.

³⁷ H. GAUDEMET-TALLON, «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel), cours général», *RCADI*, 2006, pp. 1-488, esp. p. 297.

³⁸ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 572-578.

54. a) Menores costes conflictuales. El país donde los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda es el país donde se encuentra el «centro social de vida» de ambos sujetos. Es el país donde contratan habitualmente, donde reside el núcleo de su familia, donde normalmente residirán también con carácter habitual los hijos de los cónyuges y donde tales hijos están escolarizados. Es el país donde, normalmente, los cónyuges tendrán sus trabajos y/o negocios, es el país donde se relacionan con terceros todos los días, donde normalmente serán propietarios o poseedores de bienes, bienes que con frecuencia, serán inmuebles. Es el país en cuya sociedad se encuentran integrados los cónyuges. Por ello, la residencia habitual de los cónyuges es una «conexión social» (= los cónyuges están vinculados con un Estado porque están integrados en la sociedad de ese Estado). El legislador de la UE entiende que la «conexión social» conduce a una Ley que genera costes conflictuales menores que los que comporta la aplicación de la Ley estatal a la que conduce una «conexión cultural», como es la nacionalidad. Es decir, el legislador de la UE prefiere la residencia habitual de los cónyuges como conexión (= «*criterio de vinculación*» dice el Cons. (21) R.1259/2010) porque arranca de la idea de que los cónyuges conocen mejor o se encuentran en una situación en la que pueden conocer mejor, y por tanto a un coste más reducido, la Ley del país de su residencia habitual común, que la Ley de cualquier otro Estado, incluida la Ley del país de su nacionalidad común en el momento de presentación de la demanda. La Ley del país en que los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda es una Ley de «aplicación previsible» para los cónyuges. Los cónyuges que instalan voluntariamente su domicilio en un concreto país, crean una «situación internacional» cuyas consecuencias jurídicas está en condiciones de asumir a un coste más reducido que cualquier otro sujeto, argumento que ya hizo valer el mismo F.K. VON SAVIGNY³⁹. Puede presumirse que los cónyuges que habitan de manera estable en un concreto país, conocen o están en posición óptima para conocer el Derecho de tal país, y están habituados a comportarse con arreglo a los criterios jurídicos del mismo. Igualmente, parece justo poder exigir a los cónyuges que habitan de manera estable en un país, que conozcan las normas de dicho país, en el que voluntariamente, han instalado su residencia habitual. La Ley del país donde los cónyuges tienen su residencia habitual es la Ley estatal que permite resolver el litigio de divorcio / separación judicial a un coste más reducido. En principio, y desde el punto de vista conflictual, la calidad de la vinculación que representa el punto de conexión «residencia habitual» es superior a la calidad de la vinculación propia de la conexión «nacionalidad». Ello se explica porque la residencia habitual está basada, necesariamente, en contactos «sustanciales» de los cónyuges con un país (= es el país donde, efectivamente, viven los cónyuges, país en cuya sociedad dichos cónyuges se hayan integrados), mientras que la «nacionalidad» es un punto de conexión basado en contactos que pueden ser puramente «formales» o «meramente aparentes» (= se puede ostentar la nacionalidad de un país sin haber vivido jamás en dicho país o habiendo abandonado dicho país hace años). La residencia habitual representa, por ello, en los litigios de divorcio, la conexión «más real y sustancial» de una situación con un concreto Estado⁴⁰.

El fundamento de la conexión «residencia habitual común» de los cónyuges reviste carácter económico⁴¹. En efecto, la aplicación de la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges es una solución eficiente, porque, en términos generales, dicha Ley comporta los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges (= solventa el divorcio / separación judicial al coste más reducido). Desde este punto de vista, el art. 8.a R.1259/2010 supone la sublimación de la «jurisprudencia *Rivière*» (Sent. Cour Cass. Francia 17 abril 1953 [divorcio entre esposa francesa y marido ruso de origen pero nacionalizado

³⁹ F.K. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005, p. 1374.

⁴⁰ D. HENRICH, «Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends», en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 41-51; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 129; TH.M. DE BOER, «Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century», en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (Eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers / Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 193-214; P. Mc.ELEAVY, «The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law», *JCLQ*, vol.51, oct. 2002, pp. 883-908.

⁴¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

ecuatoriano ambos con residencia habitual en Ecuador])⁴². En esta famosa sentencia, la *Cour* prefirió la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges no por el motivo de respetar así la soberanía del Estado donde ambos residen, sino porque dicha Ley es la que permite resolver la cuestión del divorcio a un menor coste global para ambos cónyuges (= es la solución conflictual más eficiente). Ahora bien, la «solución *Rivière*» era sólo aplicable a divorcios entre cónyuges de nacionalidades distintas, mientras que el art. 8.a R.1259/2010 la ha elevado a la cúspide de las conexiones objetivas en defecto de elección de Ley, de modo que la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges opera también cuando ambos ostentan la misma nacionalidad. La «jurisprudencia *Rivière*» ha alcanzado su sublimación (= ha ganado la batalla a la conexión «nacionalidad común de los cónyuges y se ha alzado en la cúspide de la escala de conexiones, tan sólo tras la autonomía de la voluntad conflictual de los cónyuges). El art. 8.a R.1259/2010 representa, también, la venganza de la jurisprudencia *Rivière* contra el legislador francés, pues el precepto citado vuelve a una solución jurisprudencial que existía en Francia antes de que en 1975, el legislador introdujera el hoy art. 309 *Code*, que contiene una norma de conflicto unilateral nunca bien vista por la doctrina francesa. El art. 8.a R.1259/2010 supone, para Francia, el retorno de la norma de conflicto en materia de divorcio, tal y como estableció la jurisprudencia *Rivière* antes del art. 309 *Code*. La preferencia del art. 8.a R.1259/2010 por la conexión «residencia habitual común» no obedece al motivo de respetar la soberanía del Estado donde ambos cónyuges residen. Se prefiere la aplicación de dicha Ley porque es la Ley que permite resolver la cuestión del divorcio a un menor coste global para ambos cónyuges (= es la solución conflictual más eficiente). El divorcio entre un alemán y una francesa con hijos comunes, es, como indicaba J.M. BISCHOFF, «una tragedia humana, no un asunto de Estado»⁴³. El divorcio entre dos cónyuges no afecta a la soberanía de los Estados, razón por la que la solución conflictual debe tener en cuenta los intereses de los cónyuges, no los intereses del Estado.

55. b) Reflejo de la movilidad social actual. La sociedad actual se caracteriza por su movilidad espacial. Las personas cambian, con extrema facilidad, de país de residencia. Este punto de conexión permite, en sintonía con lo anterior, la movilidad de la Ley aplicable y la aplicación de la Ley que responde al ambiente social actual de los cónyuges (= «conexión presente»). La nacionalidad, como es sabido, es un punto de conexión muy rígido. La pérdida y adquisición de la nacionalidad siguen procedimientos jurídicos muy estrictos, que no reflejan adecuadamente la movilidad de las personas propia del momento presente.

56. c) Ley neutral para los cónyuges. La Ley del país de la residencia habitual de los cónyuges es una Ley «neutral» para las partes. Dicha Ley no privilegia las circunstancias de uno o de otro de los cónyuges. No se trata de la Ley propia «de un cónyuge» cuya aplicación se impone sobre la Ley «del otro cónyuge». Es la Ley de un Estado con el que ambos cónyuges presentan un vínculo común.

57. d) Proporciona una aceptable estabilidad jurídica a los cónyuges. El criterio de la residencia habitual de ambos cónyuges constituye además un criterio dotado de un aceptable nivel de estabilidad jurídica. En efecto, la Ley aplicable no cambia por el hecho de que uno de los cónyuges traslade a otro país su «residencia de hecho», ni por el hecho de que cambie de nacionalidad o realice un viaje, más o menos prolongado a otro país o de que se traslade temporalmente a otro país por motivos de trabajo. Debe añadirse que, debido a que una buena parte de los foros de competencia judicial internacional en materia de divorcio / separación judicial están contruidos sobre el criterio de la residencia habitual de los cónyuges, la regla de la aplicación de la Ley de la residencia habitual común conducirá con frecuencia a la aplicación del Derecho de Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Ello evita aplicar Leyes extranjeras en materia de divorcio y separación judicial, lo que puede constituir una ventaja para los cónyuges en ciertos casos, pues dichos cónyuges no deberán probar el contenido de la Ley extranjera reguladora del divorcio / separación judicial⁴⁴.

⁴² Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8ª ed., París, Dalloz, 2004, pp. 170 y 420-423; F. MOSCONI, «Exceptions to Operation of Choice of Law Rules», *RCADI*, 1989, vol.217, pp. 9-214, esp. p. 88.

⁴³ J.M. BISCHOFF, «Mariage», *Enc. Dalloz Droit international*, vol.II, 1969, pp. 285-307.

⁴⁴ *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el

58. e) *Es un punto de conexión que garantiza el efecto útil de la función ordenadora del Derecho sobre la sociedad.* Los Estados legislan para ordenar «su sociedad» de un modo concreto. Este punto de conexión permite al Estado realizar, en relación con la inmensa mayoría de su población, los objetivos que persigue su ordenamiento jurídico en lo relativo al Derecho de la persona y Familia⁴⁵. Aunque este punto de conexión se dirige a los cónyuges a fin de que logren solventar el divorcio a un coste reducido para ambos, de modo paralelo también permite al Estado organizar la disolución / relajación del vínculo matrimonial en relación con los matrimonios que disponen de su hogar conyugal en el territorio de dicho Estado.

59. f) *Es un punto de conexión fácilmente comprobable y perceptible por el tribunal y por terceros.* La residencia habitual constituye una vinculación «material y exterior» de una persona con un Estado. Se trata de un criterio objetivo, exterior y físicamente observable por la misma persona y por terceros⁴⁶.

D) Análisis económico de la «solución Rivièrè»

60. Un ejemplo práctico permitirá descubrir la verdadera justificación (= justificación económica en el sentido de «divorcio a coste reducido para ambos esposos» / «eficiencia conflictual»), de este punto de conexión «residencia habitual común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda». Este ejemplo muestra, de manera sencilla, que, en efecto, este punto de conexión constituye la solución conflictual más adecuada en defecto de elección de Ley por los cónyuges⁴⁷.

61. Pues bien, marido alemán y esposa marroquí residen desde hace siete años en Cádiz. El marido alemán conoce y/o está en óptima posición para conocer, con un reducido esfuerzo, su propio Derecho nacional, esto es, el Derecho alemán (= coste: 10). Por otra parte, la esposa marroquí conoce y/o está en perfecta posición para informarse, a un coste reducido, el contenido del Derecho marroquí (= coste: 10).

Imponer imperativamente la aplicación del Derecho marroquí al marido alemán carece de sentido económico, pues propicia un divorcio a coste muy elevado (= coste 90 para el cónyuge alemán, que, en principio ni conoce ni está en buena posición para conocer, a un coste bajo, el Derecho marroquí). Y viceversa, pues imponer obligatoriamente la aplicación del Derecho alemán a la esposa marroquí carece también de sentido económico, pues conduce a un divorcio a coste muy elevado para la esposa (= coste 90 para la esposa marroquí, que, en principio, ni conoce ni está en buena posición para conocer, a un coste moderado, el Derecho alemán). No existe, por tanto, ninguna «razón conflictual» (= ni dogmático-jurídica ni económica) por la que deba aplicarse a este divorcio el Derecho alemán o el Derecho marroquí. Aplicar la Ley nacional del marido (= Derecho alemán) no sólo constituye una solución discriminatoria contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, *vid.* art. 14 CEDH 4 noviembre 1950), sino que es también una «solución no eficiente». Por la misma razón, aplicar el Derecho marroquí a este divorcio porque se trata del Derecho nacional de la esposa resultaría igualmente discriminatorio e igualmente ineficiente.

Por el contrario, ambos sujetos se encuentran en una óptima posición global para conocer el Derecho español, ya que residen habitualmente en España (= coste para cada cónyuge: 60). La aplicación de la Ley de la residencia habitual común de los esposos (art. 8.a. y b R.1259/2010 [conexión tercera]) es, efectivamente, una solución eficiente. En términos generales, dicha Ley comporta los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges (= permite un divorcio a un coste reducido para ambos cónyuges). En efecto, es la Ley que corresponde al país de la «sede del matrimonio» (= sede del hogar conyugal), la Ley del país en cuya sociedad los cónyuges viven y, presumiblemente, se encuentran integrados. Es, por razón de esta «cercanía espacial de los cónyuges», la Ley cuyo contenido estos su-

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(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 11.

⁴⁵ T. WOLFF, «Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Disputes», *UnivPaLRev*, 2005, pp. 2215-2250; G.P. ROMANO, «La bilatéralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes», *RCDIP*, 2006, pp. 457-520.

⁴⁶ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-450.

⁴⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

jetos están en situación de conocer a un coste menor. La eficiencia de la solución conflictual del art. 8.a R.1259/2010 no se calcula exclusivamente en términos de «costes conflictuales totales» (= los costes menores en términos absolutos [120 - 100]), sino en que debe medirse preferentemente en «costes conflictuales globales» (= un enfoque holístico que tiene en cuenta toda la situación jurídica). La solución más eficiente es aquélla que distribuye de modo más equilibrado los costes conflictuales. Es la solución que no permite que una parte tenga asignados costes conflictuales muy reducidos y que, por el contrario, otro cónyuge tenga que soportar costes conflictuales muy elevados. Si el divorcio, en este ejemplo, quedase regulado por la Ley marroquí, ello comportaría unos costes conflictuales muy elevados para el cónyuge alemán. Y viceversa. Es razonable, por ello, pensar que el cónyuge marroquí prefiere ver aplicada la Ley sustantiva española (= Ley del país donde tiene su residencia habitual, cuya aplicación le comporta costes conflictuales moderados) antes que ver aplicada la Ley alemana (= de la que nada o poco sabe, y cuya aplicación, precisamente por eso, le supondría costes conflictuales muy elevados). Y al contrario: el cónyuge alemán, en circunstancias normales, siempre preferirá la aplicación de la Ley española antes que la aplicación de la Ley marroquí.

62. Este ejemplo pone de manifiesto, como antes se ha señalado, que la conocida como «solución *Rivière*» (Sent. Cour Cass. Francia 17 abril 1953 [divorcio entre esposa francesa y marido ruso de origen pero nacionalizado ecuatoriano ambos con residencia habitual en Ecuador]) es una solución edificada sobre razones económicas (= «eficiencia conflictual»). En los casos de divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad, se prefiere la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual común no por el motivo de que así se respeta la soberanía del Estado donde ambos residen, sino porque dicha Ley es la que permite resolver la cuestión del divorcio a un menor coste global para ambos cónyuges (= es la solución conflictual más eficiente). El legislador europeo «fuerza a colaborar» a los cónyuges y les sujeta a la Ley del país de su residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda. De ese modo, logra que el divorcio se solvete a un coste reducido para ambos litigantes.

Tabla núm. 1

Divorcio entre marido alemán y esposa marroquí ambos con residencia habitual en España (análisis económico de la «jurisprudencia *Rivière*» y del art. 8.a y b R.1259/2010 [conexión «residencia habitual de los cónyuges» en materia de divorcio])

	Coste de aplicación de la Ley marroquí (Ley nacional de la esposa)	Coste de aplicación de la Ley alemana (Ley nacional del marido)	Coste de aplicación de la Ley española (Ley de la residencia habitual común)
Cónyuge 1 (marido alemán)	90	10	60
Cónyuge 2 (esposa marroquí)	10	90	60
TOTAL	=100	= 100	= 120 (solución conflictual eficiente)

B) Concepto de «residencia habitual de los cónyuges»

63. El Reglamento 1259/2010 no recoge un concepto legal de «residencia habitual de los cónyuges». El concepto de «residencia habitual» contenido en el Reglamento Roma I (art. 19) no resulta útil para el Reglamento 1259/2010. En primer lugar, porque el legislador de la UE, pudiendo haberlo hecho, no se ha remitido a tal concepto. En segundo lugar porque dicho precepto no define el concepto de «residencia habitual de la persona física no profesional», que es el concepto que, por el contrario, resulta imprescindible en el cuadro del Reglamento 1259/2010. El concepto de «residencia habitual» debe ser

concretado de manera uniforme (= válido para todos los Estados participantes) y a los solos efectos del Reglamento 1259/2010. No debe tomarse de un concreto Derecho estatal. Dicho concepto presenta un carácter «fáctico». El tribunal competente debe determinar cuál es el país donde los cónyuges tienen su residencia habitual a través de meros datos de hecho que revelan cuál es el lugar que constituye el centro social de vida de los sujetos. El concepto «residencia habitual» debe ser el mismo que se mantiene en el Reglamento 2201/2003 (art. 2 y Cons. (10.I) R. 1259/2010). En consecuencia, la residencia habitual de los cónyuges es el «centro social de vida» o lugar donde los cónyuges «*han fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable*» (Sent. *Cour Cassation* Francia, 14 diciembre 2005). Ello significa que la residencia habitual resulta de una combinación de elementos objetivos (= presencia física de los esposos en un país) y elementos subjetivos (= voluntad de que dicha presencia sea estable y no pasajera)⁴⁸.

64. En consecuencia, y aunque el Reglamento 1259/2010 no exige una duración determinada de dicha residencia habitual, ésta será siempre, *per definitionem*, una conexión de consistencia real (= *réelle consistance*). Por ello, debe ponerse de relieve lo siguiente: (a) No es relevante que sea una residencia «temporal». Lo relevante es que el sujeto tenga su centro social de vida en un Estado concreto, ya sea de modo temporal, permanente o semi-permanente; (b) No es relevante que el sujeto tenga intención de retornar a otro país. Lo relevante es el Estado en el que el sujeto tiene su centro social de vida en el momento presente; (c) No es relevante que el sujeto esté o siga inscrito en Registros oficiales de otro país a efectos fiscales, electorales o municipales. Por ello, la inscripción del sujeto en Registros públicos o Padrón de un lugar no supone, automáticamente, que el sujeto tenga en dicho lugar su «residencia habitual» (erróneamente: SJPI Estepona 23 febrero 1990 y SAP Granada 14 enero 1991); (d) La «mera estancia» del sujeto en un Estado no constituye «residencia habitual» a efectos del Reglamento 1259/2010 (SAP Murcia 8 noviembre 1999, SAP Barcelona 7 marzo 2001, SAP Alicante 5 mayo 2000, SAP La Coruña 17 junio 2002); (e) La mera «residencia pasajera» o «precaria» del sujeto en un Estado miembro tampoco constituye «residencia habitual» a efectos de los Reglamentos 2201/2003 y 1259/2010; (f) La mera «intención de residir habitualmente en un país» no es suficiente para crear la residencia habitual en dicho Estado⁴⁹; (g) El concepto de residencia habitual de los cónyuges no equivale al concepto italiano de «*prevalente localizzazione della vita matrimoniale*», empleado por el art. 31 *Legge* 218/1995 para fijar la Ley aplicable al divorcio en defecto de nacionalidad común de los cónyuges⁵⁰. El concepto aludido es, más bien, un «mecanismo de aproximación a la Ley aplicable» en el que la residencia habitual juega un papel evidente, pero que puede concurrir incluso si los cónyuges no residen habitualmente en un mismo país⁵¹.

65. En suma, el país de la residencia habitual de los cónyuges es aquél donde se halla el «centro habitual de intereses de la pareja». El análisis jurídico que debe realizar el tribunal para acreditar cuál es ese país exige una cierta «retrospección temporal». En efecto, la residencia habitual se concreta en el lugar donde los esposos se encuentran con vocación de cierta permanencia y dicha vocación de permanencia requiere acreditar que los esposos se hallan en dicho lugar «durante un cierto tiempo». Lo que no resulta procedente es examinar toda la trayectoria vital del matrimonio para descubrir en qué lugar tienen los cónyuges su común residencia habitual, ya que el art. 8.a R.1259/2010 indica con claridad que la residencia habitual relevante es la que se tiene «*en el momento de la interposición de la demanda*» (con evidente confusión, pero con buena voluntad, *vid.* SAP Asturias 16 julio 2009 [divorcio entre marido italiano y esposa española casados en Gibraltar]). Visto que el concepto de residencia habitual

⁴⁸ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

⁴⁹ F. SALERNO, «I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale», *RDIPP*, 2007, pp. 63-84.

⁵⁰ R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 162-164.

⁵¹ J. CARRASCOSA GONZALEZ / F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento 'Roma III'», *RDIPP*, 2009-3, pp. 567-588; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

es un concepto fáctico y no jurídico, resulta más sencillo saber en qué país tienen los cónyuges su «residencia habitual», que saber en qué país tienen éstos su «domicilio». En ciertos supuestos, también puede resultar más sencillo concretar el país de la residencia habitual de los cónyuges que saber y probar qué nacionalidad ostentan. En efecto, tanto el «domicilio» como la «nacionalidad» son «conceptos jurídicos» y, por ello, su comprobación es más dificultosa.

C) Supuestos de ruptura de la ecuación «residencia habitual = país más conectado con los cónyuges»

66. La preferencia de legislador por la «residencia habitual» en perjuicio de la nacionalidad como punto de conexión en el art. 8 R.1259/2010, constituye una «regla de base». Como tal, puede fallar en ciertos casos concretos⁵². En efecto, puede suceder que los cónyuges tengan su residencia habitual en un país en el que no se hayan socialmente integrados y que se sientan todavía muy ligados al país de su nacionalidad, cuyas normas legales observan pese a habitar en otro país distinto desde hace tiempo. También puede ocurrir que piensen regresar, tarde o temprano, al país de su nacionalidad. En estos supuestos, podría suceder que la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges comportase una solución al divorcio más costosa que la que resultaría de la aplicación de la Ley nacional común de los mismos. Pues bien, el Reglamento 1259/2010, sensible a dicha posibilidad, permite que los cónyuges puedan elegir, como Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, la Ley del país cuya nacionalidad común ostentan en el momento de la interposición de la demanda de divorcio / separación judicial. De ese modo, si la aplicación de la Ley nacional común genera costes conflictuales menores que los provocados por la Ley de la residencia habitual común, el art. 5 R.1259/2010 permite a los cónyuges que hagan prevalecer la «conexión cultural» del supuesto en perjuicio de la «conexión social» del mismo⁵³. De todos modos, esta última situación caracterizada por el hecho de que los cónyuges no se han integrado en la sociedad del país donde residen habitualmente y por el hecho de que todavía se sienten más vinculados con el país de su nacionalidad común, debe considerarse menos frecuente que la contraria. Lo normal será que los cónyuges se hallen integrados en la sociedad del país en el cual tienen su residencia habitual. Por ello, el legislador ha establecido que, en defecto de Ley elegida por las partes, la regla básica consiste en la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda. Las normas se elaboran no para supuestos o personas concretas, sino para los «casos generales», como escribió el gran jurista ULPIANO (*Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*)⁵⁴.

2. Última residencia habitual común de los cónyuges (art. 8.b R.1259/2010)

67. En defecto de residencia habitual de los cónyuges en el mismo país en el momento de la interposición de la demanda, el divorcio / separación judicial se regirán por 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. Se trata de una residencia habitual común «prolongada» o «diferida» (*vid.*, antes del Reglamento 1259/2010: SAP La Coruña 26 abril 2007 [divorcio entre cónyuges español y suiza con última residencia habitual común en Suiza]). Varios aspectos deben subrayarse en torno a esta conexión.

68. a) *Integración social*. La razón de ser esta conexión se explica fácilmente. El país donde los cónyuges han tenido su última residencia habitual común manifiesta, en los casos normales, un alto grado de vinculación sustancial con la situación matrimonial por las razones antes vistas en relación con el art. 8.a R.1259/2010. En efecto, será frecuente que en dicho país los cónyuges tengan bienes comunes, hijos escolarizados, negocios varios, otros familiares, etc. Por ello, se tratará de una Ley cuyo conocimiento y aplicación al caso generará «costes conflictuales» reducidos para los cónyuges, ya que es una

⁵² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 92.

⁵³ CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, pp. 21-26.

⁵⁴ Ulpiano, en *Digesto*, 1.3.8.

Ley que dichos sujetos pueden conocer fácilmente o respecto de la cuál, se hallan en una posición que les permite conocer sus disposiciones legales de una manera sencilla. En otras palabras, se trata de una Ley de aplicación previsible para los cónyuges.

69. b) Residencia habitual común diferida. Aunque en el momento de interposición de la demanda de divorcio / separación judicial ya no residan ambos cónyuges habitualmente en dicho país, es cierto que las vinculaciones del litigio y de los cónyuges con ese Estado siguen siendo muy sólidas: (a) Es el país donde uno de los cónyuges todavía reside habitualmente en el momento de interposición de la demanda de divorcio / separación judicial (*vid.* un caso de circunstancias interesantes en el que no hubiera podido operar este punto de conexión: SAP Barcelona 22 diciembre 2011 [español fallecido en Ghana, esposa con residencia en Irlanda y última residencia habitual común del matrimonio en España]); (b) Es el país en el que ambos han residido de forma habitual; (c) No ha transcurrido más de un año desde que dejó de ser el país de residencia habitual común de los cónyuges. Por ello, con carácter general, puede afirmarse que la aplicación de esa Ley genera todavía costes conflictuales más reducidos que la aplicación de la Ley de cualquier otro Estado. La residencia habitual común de los cónyuges no pierde automática y repentinamente su valor como conexión desde el mismo instante en que uno de los cónyuges deja de residir habitualmente en ese país. El valor conflictual de la residencia habitual se prolonga en el tiempo, y en concreto, durante un año. El legislador de la UE estima que, al menos durante ese año, no hay otro Estado más estrechamente vinculado al litigio de divorcio / separación judicial (= persiste la proximidad temporal y personal de los cónyuges con ese país)⁵⁵. El plazo diferido de «un año» puede parecer escaso. Sin embargo, resulta oportuno no prolongar en demasía el valor como conexión de una residencia habitual común que ya ha dejado de ser común. En efecto, un plazo más prolongado habría provocado incertezas legales, ya que, pasado ese primer año, es muy posible que existiera otro Estado con el que la vinculación espacial del supuesto fuera mayor, otro Estado cuya Ley habría podido resolver el litigio con costes conflictuales más reducidos.

70. c) Descarte de la conexión para lograr una disminución de los costes conflictuales. Como sucede en relación con el punto de conexión anterior (= residencia habitual común presente), la residencia habitual común diferida conduce a aplicar una Ley «neutral» para las partes, una Ley cuya aplicación que no privilegia a ninguno de los cónyuges. Debe recordarse, de nuevo, que los cónyuges siempre pueden «descartar» la aplicación de la Ley del país de su última residencia habitual común mediante la elección de otra Ley estatal aplicable al divorcio (= art. 5 R.1259/2010: primer punto de conexión: elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial efectuada por los cónyuges). De ese modo, si los cónyuges estiman que el divorcio / separación judicial puede resolverse a un coste menor si se aplicase otra Ley estatal, pueden elegir como aplicable esa «otra Ley estatal» y lograr una disminución de los costes conflictuales de su divorcio / separación judicial.

3. Nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c R.1259/2010)

A) Justificación del punto de conexión «nacionalidad». Costes conflictuales y «Cultural Ties»

71. En defecto de elección de Ley por los cónyuges y en defecto, también, de los dos anteriores puntos de conexión fundados sobre la vinculación «residencia habitual», el divorcio / separación judicial se regirá por la Ley nacional común de los cónyuges. La precisión de la nacionalidad de los cónyuges debe realizarse «en el momento de la interposición de la demanda». Ello evita problemas de conflicto móvil, refuerza la seguridad jurídica y garantiza que esa Ley es la Ley de un Estado que, en el momento de iniciarse el proceso judicial de divorcio / separación, presenta una conexión real con dicho litigio. Anteriores o posteriores nacionalidades de los cónyuges no son relevantes.

⁵⁵ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable a u divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

72. La justificación de esta conexión es clara. Cuando resulta complejo o imposible identificar un país en el que los cónyuges tienen su residencia habitual, la «conexión social» falla (= los cónyuges no están ya integrados, ambos, en la misma sociedad). Ello significa que no existe «una» sociedad correspondiente a «un» Estado en el que ambos cónyuges estén efectivamente integrados. En defecto, por lo tanto, de una «conexión social», el legislador de la UE tiene presente la «conexión cultural» (= *Cultural Attachment*), la nacionalidad de ambos cónyuges, que representa, en estos casos, la vinculación más estrecha del litigio de divorcio / separación judicial con un concreto país⁵⁶. En efecto, si los cónyuges ostentan la misma nacionalidad pero no residen habitualmente en el mismo país, la conexión cultural (= «*cultural ties that an individual has to his country of origin*») subsiste⁵⁷. Tal conexión, normalmente, conducirá a la Ley cuya aplicación genera los costes conflictuales menores para los cónyuges (= la Ley que permite solventar el pleito de divorcio / separación judicial a un coste más reducido).

Con otras palabras, puede afirmarse que cuando los cónyuges no residen habitualmente en el mismo Estado y hace ya más de un año que no residen habitualmente en el mismo país, la aplicación de la Ley nacional común es la solución que genera los costes conflictuales menores para los cónyuges.

Por lo tanto, el fundamento de la conexión «nacionalidad común de los cónyuges» reviste también carácter económico. El art. 8.c R.1259/2010 ordena aplicar la Ley de la nacionalidad común de los cónyuges no para respetar con ello la soberanía del Estado cuya nacionalidad ostentan los cónyuges⁵⁸. En efecto, como ha subrayado P. LAGARDE, no se trata de aplicar el Derecho del Estado que dispone de una «autoridad natural sobre la pareja» (= «*le droit de l'Etat qui avait une autorité naturelle sur le couple*»), sino de aplicar el Derecho del Estado más próximo a los cónyuges (= «*le droit de l'Etat le plus proche de ce couple*»), esto es, el Derecho del Estado al que ambos esposos están más estrechamente vinculados (= «*l'Etat auquel les deux époux se rattachent le plus étroitement*»)⁵⁹. Como indica este autor, el «principio de proximidad» a un Estado ocupa ahora el lugar conflictual del principio de «lealtad a ese Estado» en el sentido de «subordinación al soberano» (= «*le principe de proximité a pris la place du principe d'allégeance*»).

Se prefiere la aplicación de la Ley nacional común porque es la Ley que permite resolver la cuestión del divorcio a un menor coste global para ambos cónyuges cuando no existe residencia habitual común ni «presente» ni «diferida» (= es, en dicho caso, la solución conflictual más eficiente)⁶⁰. La nacionalidad constituye, en el art. 8.c R.1259/2010, un elemento importante que refleja la proximidad del litigio con un país (= «*un élément important du lien du proximité*»), en palabras de J. BASEDOW⁶¹.

73. Los cónyuges se hallan en una buena posición para informarse, aun coste reducido y razonable, sobre la legislación del país cuya nacionalidad ostentan⁶². Aunque ha sido relegada a un lugar

⁵⁶ V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. pp. 115-127.

⁵⁷ L.-J. SILBERMAN, «Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?», 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016: «*This aspect of Rome III also illustrates the continuing role that «nationality» has in Europe and the view that the cultural ties that an individual has to his country of origin should have a role in the choice of applicable law*».

⁵⁸ F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

⁵⁹ P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *RCADI*, 1986, vol.196, pp. 9-238, esp. p. 90: «*Sans doute recherche-t-on toujours un droit régissant le statut de ce couple, car on ne peut admettre qu'il échappe à toute règle, mais ce droit n'est plus par hypothèse celui de l'Etat qui avait une autorité naturelle sur le couple, car il y en aurait deux, mais le droit de l'Etat le plus proche de ce couple, celui de l'Etat auquel les deux époux se rattachent le plus étroitement. Le principe de proximité a pris la place du principe d'allégeance*».

⁶⁰ P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *RCADI*, 1986, vol.196, pp. 9-238, esp. pp. 29-31; B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Economica, 2008, p. 82.

⁶¹ J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit del union europeenne», *RCDIP*, 2010, pp. 427-456; Id., «Theory of Choice of Law - Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts», *RabelsZ*, 2011, pp. 32-59.

⁶² N. DETHLOFF, «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe», en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters

secundario en la economía conflictual del art. 8 R.1259/2010, la nacionalidad puede reflejar un vínculo significativo de los cónyuges con el Estado cuya nacionalidad ostentan. Vínculo que explica el hecho de que, en ciertas ocasiones, la aplicación de la Ley nacional comporta costes conflictuales reducidos y por ello, puede resultar una «conexión de calidad». La conexión entre la persona y el país cuya nacionalidad ostenta es, en efecto, una vinculación real con un valor conflictual notable. Por varios motivos: (a) Visto que la persona suele poder votar en las elecciones políticas de su país, la persona no es un mero «objeto de la Ley», sino que participa de modo indirecto pero real, en su creación⁶³. Por ello, el sujeto se encuentra jurídica y culturalmente conectado con su país y con la legislación de su país; (b) La Ley de un país es el «precipitado histórico» de una identidad cultural y el sujeto que ostenta dicha nacionalidad recibe dicha herencia y dicha identidad cultural, con la que de algún modo, sigue conectado.

B) Precisión de la nacionalidad de cada cónyuge

74. El art. 8 R.1259/2010 no define qué se entiende por «nacionalidad». El precepto hace referencia a la «nacionalidad» en sentido jurídico, no a la nacionalidad en sentido sociológico o psicológico. Por dicha razón, no resulta necesario definir dicha noción (= «noción abstracta de nacionalidad»). En efecto, es práctica jurídica acrisolada en todo el mundo, entender que la «nacionalidad» constituye el «vínculo político y jurídico que liga a una persona física con su Estado» (= *vid.*, por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley 36/2002, que emplea esta noción), esto es, la condición que tienen las personas físicas por pertenecer a un Estado, de manera que los sujetos que ostentan una concreta nacionalidad conforman la población de dicho Estado⁶⁴. Por otra parte, para concretar la nacionalidad que ostenta *de jure* cada cónyuge debe ser consultado el Derecho del Estado cuya nacionalidad dice ostentar el cónyuge en cuestión. Cada Estado determina, de modo unilateral, qué sujetos ostentan su nacionalidad. El Reglamento 1259/2010 indica, en este sentido, que «*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 interposición de la demanda (...)*». Por tanto, no exige que dicha nacionalidad sea «efectiva» ni que reúna otras cualidades adicionales (= inscripción en registros civiles o padrones municipales, por ejemplo). Basta con ostentar, *de jure*, una nacionalidad determinada. La nacionalidad *de facto* (= aquella que el sujeto puede utilizar sin que le realmente corresponda con arreglo al Derecho de dicho país), resulta irrelevante desde el punto de vista del art. 8.c R.1259/2010.

C) Eliminación de los problemas de conflicto móvil

75. El art. 8.c) R.1259/2010 retiene como punto de conexión la nacionalidad común de los cónyuges que éstos ostentan «*en el momento de la interposición de la demanda*». En consecuencia, no es relevante ni la nacionalidad que ambos hayan podido ostentar en un momento anterior o la que puedan ostentar en un momento posterior. El precepto no otorga relevancia conflictual, en el caso de esposos de diferente nacionalidad, a la última nacionalidad común de los cónyuges incluso si uno de ellos todavía ostenta la que fuera en el pasado, una nacionalidad común de los esposos⁶⁵.

against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 113.

⁶³ J.F. REZEK, «Le droit international de la nationalité», *RCADI*, 1986, vol.198, pp. 333-400; F. TERRÉ, «Reflexions sur la notion de nationalité», *RCDIP*, 1975, vol.64, pp. 197-214; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 124; H.P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat - und - verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, Munich, 1988; *Id.*, «L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 aout 1896», *Liber Memorialis François Laurent*, Bruselas, 1989, pp. 869-880.

⁶⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad (Estudio práctico)*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 1-7.

⁶⁵ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable a u divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

D) La degradación del valor conflictual de la conexión «nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda» en la escalera conflictual del art. 8 R. 1259/2010

76. La colocación sistemática de la nacionalidad en el cuarto lugar, y penúltimo, de la escalera conflictual del Reglamento 1259/2010 se explica por varios motivos.

77. a) *La mayor «calidad conflictual» de la conexión «autonomía de la voluntad conflictual» y de la conexión «residencia habitual común de los cónyuges».* En efecto, con carácter general, ambos puntos de conexión conducen a una Ley que genera menores costes conflictuales que los que puede provocar la aplicación de la Ley nacional común de los cónyuges⁶⁶.

78. b) *Europa, territorio de receptores de emigrantes y la «paradoja de la nacionalidad».* La mayoría de los Estados miembros de la UE son, en la actualidad, países receptores de emigrantes. Tales sujetos, con frecuencia, viven durante toda su vida en dichos Estados miembros y raramente regresan a sus países de origen (= están perfectamente integrados en la sociedad del Estado receptor, aunque mantengan ciertos rasgos de su identidad cultural de origen). El punto de conexión «nacionalidad» incrementa injustificadamente la aplicación de Leyes extranjeras en los Estados miembros, pues provoca la llamada «paradoja de la nacionalidad». Los extranjeros que residen permanentemente en un Estado entablan relaciones jurídicas con otras personas en dicho Estado con una frecuencia cada vez mayor. Sin embargo, su capacidad jurídica y de obrar sigue siendo regulada por su Ley nacional, que es una Ley extranjera. El resultado de esta situación es paradójico, pues cuanto más integrado se halla un sujeto en una sociedad concreta de un Estado concreto, más veces se le aplica una Ley extranjera (= «paradoja de la nacionalidad»). Ello, como subraya A. FLESSNER, no parece adecuado⁶⁷. Por ello, el valor conflictual del punto de conexión «nacionalidad» está sometido a una fuerte «degeneración»⁶⁸. La sociedad del siglo XXI está fuertemente internacionalizada. Ello significa que cada vez más, en cada Estado conviven grandes grupos de personas procedentes de Estados diferentes, con nacionalidades diversas. España, Francia, Italia, Alemania, son Estados que aunque mantienen un fuerte contingente de nacionales en el extranjero, hoy día pueden ser catalogados como Estados receptores de emigrantes. Ello supone que a una sociedad más internacionalizada, corresponde un papel más amplio de la conexión «residencia habitual» y una progresiva reducción de la conexión «nacionalidad». Por otro lado, la conexión «nacionalidad» sintoniza con momentos históricos de formación de los Estados contemporáneos (= es necesario reunir a una población dispersa por varios territorios, bajo el manto de una única Ley, la Ley nacional), como sucedió en el siglo XVIII en Francia (= la Revolución acabó con el regionalismo jurídico francés: 365 *coutumes* existentes en Francia antes de 1789, *le droit coutumier*), y en el siglo XIX en Alemania e Italia (= países en los que se exterminó la diversidad legislativa local y códigos civiles estatales entraron en escena). Superados estos momentos, debe admitirse que la conexión «residencia habitual» de la persona presenta una mayor «calidad conflictual» en una época de Globalización y sociedades muy internacionalizadas.

79. c) *Nacionalidad «sociológica» vs. nacionalidad «legal».* En la actualidad, la rigidez normativa de la adquisición y pérdida de la nacionalidad ha hecho surgir el concepto de «nacionalidad sociológica». Se trata de un concepto que supera al tradicional concepto de «nacionalidad formal» (= nacionalidad realmente ostentada *de jure*). La nacionalidad sociológica se identifica muy frecuentemente con la residencia habitual. La «nacionalidad sociológica» refleja la vinculación personal y psicológica del sujeto con un país, país de cuya sociedad se considera miembro integrante. Dicho vínculo presenta un carácter más sustancial y menos formal que el vínculo tradicional representado por la nacionalidad

⁶⁶ J. BASEDOW / B. DIEHL-LEISTNER, «Das Staatangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland», en E. JAYME / H.-P. MANSEL (Hrsg.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, C.F. Müller, 1990, pp. 13-43.

⁶⁷ A. FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1990; Id., «Fakultatives Kollisionsrecht», *RabelsZ.*, 1970, vol.34, pp. 547-584.

⁶⁸ R.D. KOLLEWIJN, «Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno», *DI*, 1959, vol. XIII, pp. 508-525; J.V. LONG, «Domicil v. Nationality», *RabelsZ.*, 1953, pp. 247-262; P. LOUIS-LUCAS, «Le probleme de la loi applicable a l'état et a la capacité des personnes», *TCFDIP*, 1946-1947 y 1947-1948, París, 1951, pp. 95-110.

que se ostenta en el pasaporte. La nacionalidad formal «se ostenta», pero la nacionalidad sociológica «se vive»⁶⁹. Por otro lado, la altísima movilidad de la sociedad actual hace que el perfil de los emigrantes haya cambiado de modo muy notable. Los emigrantes del siglo XXI no necesariamente regresan a su país de origen y no necesariamente están interesados en la eficacia de la sentencia de divorcio en el país cuya nacionalidad ostentan. La nacionalidad ya no presenta el «potencial localizador» que mostraba en el siglo XIX, tiempos en los que el vínculo de la persona con el país de su nacionalidad era más estrecho.

80. d) Complejidad de la precisión de la nacionalidad. La nacionalidad es un punto de conexión intrínsecamente complicado desde el punto de vista legal. Es frecuente que la precisión de la «nacionalidad» de los cónyuges se convierta en el «centro del litigio de divorcio / separación judicial» (= un litigio dentro del litigio), al constituir una cuestión extremadamente compleja pero, en todo caso, preliminar al mismo divorcio si éste se rige por la Ley nacional común de los cónyuges. En efecto, puede resultar muy difícil precisar si una persona ha adquirido o ha perdido una determinada nacionalidad, y además, los casos de múltiple nacionalidad y apatridia dificultan la precisión de la «nacionalidad» de la persona. Todo ello encarece el coste necesario para obtener una sentencia de divorcio / separación judicial (= el coste conflictual).

81. e) La nacionalidad, una conexión excesiva. La nacionalidad ha sido considerada durante muchos años, como una «conexión imperialista». Se ha dicho que esta conexión, colocada en la cúspide de la escalera conflictual, no respeta la libertad del individuo de elegir el sistema legal que prefiere. La nacionalidad persigue al individuo por todo el mundo, como la sombra al cuerpo. No le deja escapar de la aplicación de las Leyes de su país, aunque resida en el extranjero. Le obliga a seguir los «standards jurídicos» de su país de origen, quiera o no quiera seguirlos y aunque ya no esté, *de facto*, integrado en dicha sociedad. Por ello, la colocación de este punto de conexión en el cuarto lugar de la escalera conflictual resulta oportuna, pues sólo opera en defecto de conexiones más realistas, más eficientes y que encajan mejor con la libertad individual de la persona.

E) Nacionalidad y principio de no discriminación

82. La utilización del punto de conexión «nacionalidad» no provoca ningún efecto discriminatorio por causa de la nacionalidad, prohibido por el art. 18.1 TFUE⁷⁰. La nacionalidad se utiliza como un «criterio general» para todos los sujetos sea cual sea su nacionalidad, por lo tanto no hay un tratamiento legal «negativo» o «discriminatorio» contra ciertos sujetos por razón de su nacionalidad. Este punto de conexión no se utiliza para sujetar a ciertos individuos a un tratamiento jurídico peor que el dispensado a los ciudadanos del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. El punto de conexión «nacionalidad» no es discriminatorio en sí mismo, ya que no tiene por qué conducir a un resultado que perjudique la situación jurídica de unos u otros sujetos, ya que ello dependerá del contenido de la Ley nacional correspondiente. Este punto de conexión supone tratar a sujetos con caracteres diferentes, de manera diferente y no implica tratar legalmente a sujetos con caracteres diferentes, de manera igualitaria, lo que sí supondría una discriminación. Sujetar a los cónyuges a su Ley nacional no supone negar derechos a tal sujeto, sino someter el divorcio / separación judicial en cuestión a un régimen jurídico distinto, el previsto en su Ley nacional⁷¹.

⁶⁹ J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; ID., «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38; D. MAYER, «Evolution du statut de la famille en droit international privé», *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469; I. FADLALLAH, «Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?», *RCDIP*, 1981, pp. 17-29; C. LABRUSSE, «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», *TCFDIP*, 1975/1977, pp. 111-144.

⁷⁰ A. RAUSCHER, *Nationale und kulturelle Identität im Zeitalter der globalisierung*, 2006, p. 732; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 125.

⁷¹ P. LAGARDE, «Nota a Sent. TJUE 2 marzo 2010, *Janko Rottmann*», *RCDIP*, 2010, pp. 540-558.

F) Problemas derivados de la múltiple nacionalidad y apatridia de los cónyuges

83. Esta ardua problemática aparece resuelta por el Cons. (22) R.1259/2010, cuyo texto indica que «[e]n 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». Ahora bien, que exista una solución no significa que se trate, ni mucho menos, de la «mejor solución». Varios comentarios son posibles en torno al citado Considerando (22) del Reglamento 1259/2010.

84. Cada Estado miembro participante decidirá la cuestión de fijar qué nacionalidad debe prevalecer en el caso de que un cónyuge ostente varias nacionalidades y se discute si existe «nacionalidad común de los cónyuges» en el contexto del art. 8.c R.1259/2010. Es decir, la nacionalidad prevalente a efectos de la determinación de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial.

85. La razón de esta solución de remisión a las «normas nacionales» que resuelven los «conflictos de nacionalidades» en cada Estado miembro radica en que el legislador de la UE considera que esta cuestión afecta a la soberanía de cada Estado (= se trata, en el fondo, de precisar quiénes son los nacionales de un Estado miembro aunque sea, exclusivamente, a efectos de la precisión del Derecho estatal aplicable a un litigio de divorcio / separación judicial). El legislador de la UE no ha querido obligar a los Estados miembros participantes a otorgar prevalencia aplicativa, a efectos de DIPr., a una determinada nacionalidad sobre otra.

86. En el caso español, ello conduce a aplicar los convenios internacionales firmados por España en materia de doble nacionalidad, que en ciertos casos, indican la nacionalidad que debe prevalecer a efectos de determinación de la Ley aplicable a las cuestiones de «estatuto personal». En defecto de solución proporcionada por estos convenios internacionales, si se trata de una doble nacionalidad «automática» (arts. 23, 24 y 26 CC), el art. 9.9 CC 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 nacionalidad adquirida. Por lo que se refiere a la doble nacionalidad no prevista en las Leyes españolas ni en tratados firmados por España (= doble nacionalidad patológica), prevalece la nacionalidad española, y si el individuo ostenta varias nacionalidades pero ninguna de ellas es la española, se estimará como «Ley personal del sujeto» la Ley del país donde tiene dicho sujeto su residencia habitual⁷².

87. Para concretar la nacionalidad que ostenta *de jure* cada cónyuge debe ser consultado el Derecho del Estado cuya nacionalidad dice ostentar el cónyuge en cuestión. En efecto, el Derecho español no puede determinar la nacionalidad «francesa» de la esposa y si ésta dice ser francesa, deberá explorarse el Derecho francés para acreditar si, efectivamente, la esposa ostenta tal nacionalidad en el momento de presentación de la demanda. Ahora bien, si además dicha mujer es española porque así lo establece el Derecho español, la determinación de la nacionalidad prevalente a efectos del art. 8.c R.1259/2010 la debe realizar el Derecho español si el litigio se ha planteado ante tribunales españoles, mientras que deberá realizarse con arreglo a los criterios del Derecho francés si el litigio se suscita ante tribunales franceses.

88. Esta solución puede comportar una diversidad de soluciones conflictuales a un mismo litigio de divorcio / separación judicial. En efecto, la Ley aplicable al divorcio puede ser distinta según cuál sea el Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto. Es el precio a pagar por una solución que respeta la presunta competencia exclusiva del Estado a la hora de decidir la nacionalidad

⁷² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad (Estudio práctico)*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 240-267.

prevalente a efectos de la determinación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. La solución es criticable, pues habría sido más adecuado utilizar criterios europeos, únicos, uniformes y armonizados para todos los Estados miembros participantes en el Reglamento 1259/2010. Ello habría evitado toda fricción con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE)⁷³ y habría comportado también estabilidad y certeza de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial de los sujetos dobles nacionales.

89. En el Reglamento 2201/2003 [materia matrimonial y responsabilidad parental], la solución a los casos de doble nacionalidad es diferente (Sent. Cass. Francia 16 abril 2008 [divorcio de cónyuges con nacionalidad francesa y húngara], STJCE 16 julio 2009, as. C-168/08, *Laszlo Hadadi* [divorcio de cónyuges con nacionalidad francesa y húngara]). Como ya se ha indicado, en dicho Reglamento, si un sujeto ostenta varias nacionalidades todas ellas de Estados miembros, todas estas nacionalidades deben estimarse plenamente operativas, pues cada Estado miembro dispone de competencia exclusiva para determinar qué personas ostentan su nacionalidad (STJCE 7 julio 1992, *Micheletti*, FD 10-11, STJUE 2 marzo 2010, as. C-135/08, *Janko Rottmann*, STJCE 2 octubre 2003, *Garcia Avello*, as. C-148/02, FD 25). Ahora bien, en dicho Reglamento la nacionalidad se utiliza como criterio o foro de competencia internacional. Por ello, si ambos cónyuges poseen varias nacionalidades cada uno, el foro de la nacionalidad común permite litigar ante los tribunales de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad ostentan, *de jure*, ambos cónyuges. En este Reglamento, no puede preferirse de ningún modo, como prevalente, la «nacionalidad más efectiva» de los cónyuges («*la nationalité la plus effective*»), ni tampoco es posible que los Estados miembros determinen, con arreglo a sus propias normas, qué nacionalidad debe prevalecer a efectos de determinación de los tribunales competentes. El Reglamento 1259/2010 sigue otra orientación: los Estados miembros participantes decidirán qué nacionalidad prevalece en casos de múltiple nacionalidad de los cónyuges a efectos del art. 8.c R.1259/2010. En este Reglamento 1259/2010, sólo puede privilegiarse una sola nacionalidad (= la Ley aplicable al divorcio / separación legal sólo puede ser «una Ley estatal»). El objetivo del legislador de la UE ha sido reforzar, de esta manera, la seguridad jurídica y la certeza de la Ley aplicable. En efecto, se trata de que los cónyuges sólo puedan hacer valer como conexión una sola de las nacionalidades que pudieran ostentar. Por otro lado, el art. 9.9 CC sólo regula la determinación de la nacionalidad prevalente a efectos de determinar la «Ley aplicable» en los casos internacionales. Dicho precepto no puede aplicarse para determinar una presunta «nacionalidad prevalente» a efectos de la determinación de la competencia judicial internacional.

90. Indica el Cons. (22) R.1259/2010 que aunque en los casos de nacionalidad múltiple son los Estados miembros participantes los que decidirán la «nacionalidad prevalente» a efectos de este Reglamento, dicha decisión debe realizarse «*respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea*». Este Cons. (22) R.1259/2010 recoge así la jurisprudencia del TJUE en la materia (STJCE 11 noviembre 1999, *Mesbah*, as. C-179/98, FD 29, STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, as. C-200/02, STJCE 24 noviembre 1998, *Bickel y Franz*, as. C-274/96, FD 17, STJCE 2 octubre 2003, *Garcia Avello*, as. C-148/02, FD 25, STJUE 12 julio 2005, *Schempp*, as. C-403/03 FD 19, STJUE 12 septiembre 2006, *España y Reino Unido*, as. C-145/04, FD 78, y sobre todo, muy especialmente, STJUE 2 marzo 2010, as. C-135/08, *Rottmann*, FD 48, 51-57). En efecto, visto que la determinación de la nacionalidad prevalente de un cónyuge puede afectar a un ciudadano de la UE y, en todo caso, afecta a la aplicación de un Reglamento de la UE, es preciso que dicha decisión se lleve a cabo en el marco del respeto al Derecho de la UE. En tal sentido, la decisión del Estado miembro a la hora de concretar una «nacionalidad prevalente» a efectos del Reglamento 1259/2010 debe respetar el principio del «no arbitrariedad» (= esa decisión no debe ser arbitraria, sino que debe responder a un «motivo de interés general», como, por ejemplo, prevenir y castigar el fraude y las falsificaciones) y debe también respetar el principio de «proporcionalidad» en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada y de su familia. En este sentido, el art. 9.9.II CC no puede aplicarse si conduce a privilegiar la nacionalidad española de un

⁷³ J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit del union europeenne», *RCDIP*, 2010, pp. 427-456.

cónyuge en perjuicio de la nacionalidad de otros Estados miembros que también ostenta dicho cónyuge, sólo por el mero hecho de que es la nacionalidad española es la que coincide con el Estado del foro, pues ello resultaría discriminatorio por razón de la nacionalidad.

91. En el caso de apatridia de uno o de los dos cónyuges, el Reglamento 1259/2010 guarda un total silencio. Dicho silencio debe ser interpretado en el sentido de que falla la conexión cultural, que se construye, precisamente, sobre la conexión «nacionalidad del cónyuge». No se trata, como ocurre en el art. 9.1 CC, de aplicar la «Ley personal» de cada cónyuge, sino de aplicar la «Ley nacional» del mismo. Los cónyuges apátridas no tienen nacionalidad y por ello, esta conexión no puede operar en relación con dichos cónyuges.

G) Sujetos nacionales de Estados plurilegislativos

92. En el caso de resultar aplicable la Ley nacional común de los cónyuges, y de que el país de la nacionalidad común de los mismos sea un Estado en cuyo seno coexisten diferentes sistemas jurídicos de Derecho Privado, debe observarse el art. 14 R.1259/2010. Será aplicable, en este sentido, el ordenamiento jurídico determinado por el sistema de Derecho interregional o interfederal de dicho Estado. Si tal Estado carece de un sistema único de normas de Derecho interregional o interfederal, se aplicará el Derecho correspondiente a la unidad territorial «elegida por las partes». En el caso de que las partes no hayan elegido ningún Derecho de base territorial, se aplicará el Derecho correspondiente a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados. El tribunal deberá determinar *in casu* dicha circunstancia (erróneamente, en el régimen jurídico anterior al Reglamento 1259/2010, *vid.* SAP Las Palmas 27 junio 1997 [cónyuges británicos uno escocés, el otro inglés: la Ley reguladora de la separación judicial debía haber sido la Ley británica, y en dicho contexto, cualquiera de los sistemas legales vigentes en el Reino Unido, a tenor de su Derecho interregional (art. 12.5 CC), pero el tribunal español estimó que no tenían «Ley personal común» y aplicó la Ley sustantiva española].

H) Análisis económico del punto de conexión «nacionalidad común de los cónyuges»

93. Un sencillo ejemplo práctico puede ayudar a descubrir la eficiencia conflictual de este punto de conexión «nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda»⁷⁴.

Marido español reside habitualmente en París, mientras que su esposa, también española, reside habitualmente en Londres. La esposa presenta demanda de divorcio ante los tribunales españoles.

Pues bien, el Derecho estatal que permite resolver el litigio de divorcio con unos costes menores globales es el Derecho español (= Ley nacional común de los cónyuges). En efecto, para el cónyuge español que reside habitualmente en París, informarse acerca del Derecho francés le comporta unos costes moderados (= coste: 20), pues es la Ley del país en cuya sociedad vive y se halla integrado. Tales costes son los mismos que para el cónyuge que habita en Londres le comporta la aplicación del Derecho inglés, ya que es el Derecho del país donde dicho cónyuge tiene su centro social de vida (= coste: 20).

Ahora bien, para el cónyuge que reside en París, la aplicación del Derecho inglés, del que nada sabe, le comportaría costes elevados (= coste: 90). Tales costes son los mismos que debería arrostrar el cónyuge español que reside habitualmente en Londres si el divorcio tuviera que resolverse con arreglo al Derecho francés (= coste: 90).

Por el contrario, ambos son españoles y aunque informarse sobre el Derecho de su país pudiera resultarles más costoso que informarse sobre el Derecho de sus respectivos países de residencia habitual (= coste de la aplicación del Derecho español: 30), la aplicación del Derecho español les conduce a un «juego conflictual de suma positiva». En este supuesto, la aplicación del Derecho alemán (art. 8.c R.1259/2010) es la solución conflictual más eficiente para estos cónyuges. El legislador europeo «fuerza a colaborar a los cónyuges» e indica que el divorcio debe regirse por la Ley nacional común porque se trata de la solución conflictual que mejor satisface la tutela judicial efectiva para ambos litigantes.

⁷⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

Tabla 2

Divorcio entre cónyuges españoles con residencia habitual uno en París y otro en Londres
(análisis económico de la conexión «nacionalidad común» en materia de divorcio
y del art. 8.c R.1259/2010)

Divorcio	Coste de aplicación de la Ley francesa (= Ley del país de la residencia habitual del primer cónyuge)	Coste de aplicación de la Ley inglesa (= Ley del país de la residencia habitual del segundo cónyuge)	Coste de la aplicación de la Ley española (= Ley de la nacionalidad común de los cónyuges: art. 8.c R.1259/2010)
Cónyuge 1 español con residencia habitual en París	20	90	30
Cónyuge 2 alemán con residencia habitual en Londres	90	20	30
TOTAL =	= 110	= 110	= 60 (solución conflictual eficiente)

4. Conexión final: la *Lex Materialis Fori* (art. 8.d R.1259/2010)

94. En defecto de todos los anteriores puntos de conexión, el divorcio / separación judicial se registrará por la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto. Esta conexión presenta diversos rasgos.

95. La justificación de esta «conexión judicial» es clara. Cuando no existe un país en el que los cónyuges tienen su residencia habitual común, actual o pasada, la «conexión social» falla, y cuando además también falla la «conexión cultural» porque los cónyuges no ostentan una misma nacionalidad, el legislador activa una «conexión judicial». En efecto, se trata de una auténtica «conexión de cierre», ante la imposibilidad de encontrar una conexión «social» o «cultural» que conduzca a una Ley de aplicación suficientemente previsible para los cónyuges. Ello significa que esta conexión «*Lex (Materialis) Fori*» debe operar sólo en relación con supuestos de divorcio cuyos elementos se hallan 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 pero hace ya más de un año que cada cónyuge que dicha residencia habitual dejó de ser común a ambos cónyuges. La conexión judicial se activa, en consecuencia, en presencia de «divorcios altamente internacionales» (= divorcios / separaciones judiciales plurilocalizados). Existe una conexión real y sustantiva entre los cónyuges (= el litigio de divorcio / separación judicial) y el Estado cuyos tribunales conocen del asunto (= *Forum*). En efecto, debe subrayarse que un tribunal de un Estado miembro sólo se declarará competente en el caso de que concurra alguno de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento 2201/2003, o en las normas de producción interna del Estado miembro del que se trate. Por tanto, dicho foro debe haber justificado la competencia de los tribunales para conocer del pleito de divorcio / separación judicial y si, como es normal, dicho foro aparece construido sobre el principio de «vinculación mínima suficiente» (art. 24 CE, art. 6 CEDH), entonces existe una «conexión real» entre el Estado miembro participante cuya Ley es aplicable (*Lex Fori*) y el litigio de divorcio.

Es también cierto que si un tribunal de un Estado miembro participante se ha declarado competente mediante la utilización de un foro exorbitante recogido en sus normas de producción interna, la conexión judicial (= *Lex Materialis Fori*) pierde valor localizador. En tal caso, resulta injustificada e inconstitucional tanto la competencia de tales tribunales como la aplicación de la Ley sustantiva de dicho Estado, por infracción del derecho de los cónyuges litigantes a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a

un proceso equitativo (art. 6 CEDH). En España, dicha situación no debería surgir, pues los foros recogidos en el art. 22 LOPJ en materia de divorcio / separación judicial no presentan carácter exorbitante. Por otro lado, la aplicación de tales foros contenidos en las normas de producción interna queda circunscrita a supuestos que, al menos en teoría, serán poco frecuentes. En definitiva, la conexión judicial, que opera en casos que carecen de una conexión cultural y de una conexión social con un país determinado, conduce a la Ley estatal cuya aplicación al divorcio / separación judicial comporta los costes más reducidos para los cónyuges. De ese modo, los cónyuges pueden prever cuál es la Ley que regirá su divorcio, de modo que la información sobre el contenido de dicha Ley no debe resultarles excesivamente costosa, ya que pudieron fácilmente prever la aplicación de la misma al litigio de separación judicial o divorcio.

96. Debe subrayarse con el mayor énfasis que, pese a la presencia de la conexión judicial en el Reglamento 1259/2010 (art. 8.d R.1259/2010), este Reglamento no contiene un sistema conflictual legeforista⁷⁵. En efecto, la conexión judicial es la última de todas, es el final de la escalera. Sólo se activa si no existe elección de Ley por los cónyuges y si no existe, tampoco, una conexión social ni una conexión cultural definida, clara y previsible con un concreto país. Es la conexión de cierre, que sólo opera en casos altamente plurilocalizados, con elementos y vinculaciones espaciales muy dispersas por diferentes países. Este enfoque diferencia al art. 8.d R.1259/2010 del art. 107.2 CC. En este precepto, el primer criterio de determinación de la Ley aplicable era la aplicación pura y simple de la *Lex Fori* (= Ley sustantiva española) en casos teóricamente conectados con España. Sin embargo, el legislador que en 2003 elaboró la vigente redacción del art. 107.2 CC fue legeforista porque extendió la aplicación de la Ley sustantiva española de manera desmesurada, pues era suficiente que un cónyuge fuera español o tuviese su residencia habitual en España y que el divorcio / separación judicial fuera de carácter no contencioso para que la Ley sustantiva española resultase aplicable.

97. La aplicación última de la *Lex Fori* constituye un último recurso para precisar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial (= *Lex Fori Last Resort*). El art. 8.d R.1259/2010 evita, de este modo, las lagunas en la determinación de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial. A diferencia del art. 107.2 CC, que no fue capaz de señalar la Ley aplicable a ciertos supuestos residuales de divorcio / separación judicial y dejaba ciertos supuestos en el limbo conflictual, sin una Ley aplicable concreta que los regulase.

IV. Consideraciones finales

98. Las normas de conflicto recogidas en el Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial constituyen un conjunto de soluciones conflictuales de alta calidad. Una composición icónica integrada por ingredientes emblemáticos de la justicia conflictual que garantizan y potencian la solución efectiva y eficiente de los litigios internacionales de divorcio / separación judicial. Un sistema conflictual técnicamente logrado con basamentos conflictuales coherentes y sólidos edificados sobre parámetros económicos de incuestionable valor. Este conjunto de normas de conflicto no sólo refleja la evidente *elegantia juris* de un legislador europeo, auténtico y profundo *connaisseur* de las estructuras valorativas esenciales del DIPr., sino que pone de relieve el sentido práctico de todo el sistema conflictual contenido en el Reglamento 1259/2010. Ese sentido práctico que aleja al DIPr. de la soberanía de los Estados y lo acerca a las necesidades de los particulares implicados en las situaciones privadas internacionales del siglo XXI. La «solución económica» a los litigios internacionales de divorcio y separación judicial, auténtico *élan vital* del Reglamento 1259/2010, ha llegado. Y ha llegado para quedarse.

⁷⁵ F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.