

LAS DIFERENCIAS MATERIALES Y SU IMPACTO
EN DIVORCIOS TRANSFRONTERIZOS. TENSIONES ENTRE
EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESTATAL Y EL ORDEN
PÚBLICO EUROPEO

MATERIAL DIFFERENCES AND THEIR IMPACT
ON CROSS-BORDER DIVORCES. TENSIONS BETWEEN
STATE INTERNATIONAL PUBLIC POLICY
AND EUROPEAN PUBLIC POLICY

GISELA MORENO CORDERO*

*Profesora Ayudante Doctora, acreditada a Contratada Doctora
Universidad de Granada*

Recibido: 19.06.2021 / Aceptado: 12.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6314>

Resumen: En el Derecho de familia y más concretamente en el divorcio con elemento heterogéneo la intervención del orden público internacional interno suele ser especialmente recurrente. Las grandes diferencias materiales en la regulación de esta institución son el hábitat perfecto para hacer florecer la intervención de este excepcional recurso en los distintos sectores de problemas del DIPr. En el contexto multicultural europeo la ausencia de una unificación material del Derecho de familia crea importantes desequilibrios en la configuración de este recurso, por lo que será frecuente que la concepción supraestatal del orden público ponga en jaque su perspectiva doméstica. El presente estudio se adentra en el origen de estas tensiones e intenta ofrecer respuestas a esta problemática.

Palabras clave: divorcio transfronterizo, matrimonio, orden público internacional, libre circulación de personas, discriminación por razón de sexo.

Abstract: In family law and more specifically in divorce with a heterogeneous element, the intervention of domestic international public policy is often particularly recurrent. The great material differences in the regulation of this institution are the perfect habitat for the intervention of this exceptional remedy to flourish in the different sectors of PIL problems. In the European multicultural context, the absence of a material unification of family law creates important imbalances in the configuration of this remedy, so that the supra-state conception of public policy will frequently put its domestic perspective in check. The present study delves into the origin of these tensions and attempts to provide answers to this problem.

Keywords: cross-border divorce, marriage, international public policy, free movement of persons, sex discrimination.

Sumario: I. Construcción de la hipótesis II. La exclusión de la ley aplicable al divorcio. El alcance de las diferencias normativas en su determinación. 1. Los arts. 10 y 12 RR III. 2. Las meras

* Este trabajo se adscribe al Proyecto de I+D+i “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)” PID2019-106496RB-I00, del Programas estatal ‘Retos de la sociedad’. IP: Andrés Rodríguez Benot

diferencias en la formulación del divorcio en el marco del art. 10 *in primis* RR III. A) ¿Sería posible recurrir a la ley del foro en aplicación del art. 10 *in primis* RR III si la ley rectora del divorcio fuera más restrictiva? B) ¿Una ley más restrictiva que la del foro puede ser entendida como una limitación a la libertad individual y al *favor divorcii*? 3. El derecho fundamental de igualdad por razón de sexo. Orden público segregado del art. 10 *in fine* RR III. A) La desigualdad de sexo en el Derecho islámico. B) Cuestiones prejudiciales en torno al art. 10 *in fine* RR III. Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (As. C-372/16, Sahyouni). C) Los divorcios de matrimonios igualitarios. a) Los arts. 13 y 1.2 b) RR III. b) Impacto de las limitaciones normativas impuestas a la libertad de circulación en divorcios transfronterizos. III. Conclusiones.

I. Construcción de la hipótesis

1. La globalización de las relaciones matrimoniales trae aparejada el incremento de matrimonios con elemento heterogéneo y su disolución, con infinidad de consecuencias para el tráfico externo.

2. El divorcio es precisamente una de las instituciones familiares más urgidas por el fenómeno de la multiculturalidad, representando un ámbito frecuentemente expuesto al impacto negativo del orden público del foro en su vertiente sustantiva. Ello viene originado en lo fundamental por la distinta concepción presente en la diversidad de modelos de regulación existentes en el derecho sustantivo comparado dentro y fuera de nuestro entorno, todos ellos penetrados por sus propios valores culturales, ético-morales, sociales e incluso políticos, que varían sustancialmente de uno a otro ordenamiento¹.

3. En muchos ordenamientos aún perviven sistemas causales que defienden una postura restrictiva y conservadora del matrimonio bajo la forma de divorcio sanción o divorcio remedio.

El divorcio sanción responde a la idea extendida de que el matrimonio es una institución que se debe preservar por encima de los intereses de los cónyuges y sólo procederá por conducta reprochable de uno de los cónyuges que sanciona un comportamiento ilegítimo fundado en una causa general de incumplimiento grave y reiterado de los deberes matrimoniales establecidos por ley o en forma de lista cerrada. Así, quien haya puesto causa en el divorcio tiene coartada la posibilidad de desvincularse de la relación matrimonial que ha transgredido con su comportamiento, por lo que su activación descansará en el cónyuge injuriado². En algunos ordenamientos tales comportamientos van a tener una repercusión negativa en los efectos colaterales derivados de la disolución del vínculo (los derechos hereditarios, los alimentos, la patria potestad, régimen económico del matrimonio, etc...)³.

A diferencia del divorcio sanción, el divorcio remedio se funda en la pérdida de fundamento del matrimonio. No implica, pues, la búsqueda de un culpable ni de una causa de naturaleza subjetiva, sino la constatación de un hecho objetivo, como puede ser, por ejemplo, el cese definitivo de la cohabitación, una enfermedad mental, la desaparición de uno de los cónyuges o el mutuo acuerdo, entre otras.

Para accionar los modelos de divorcio causal –sanción o remedio– se precisa la demostración de alguna de las causas taxativamente recogidas en las normas sustantivas del ordenamiento aplicable, causas que por lo general quedan sujetas a un término de caducidad o al ejercicio previo de la separación, y cuya activación se hace depender de reglas de legitimación activa que impiden que el cónyuge que haya puesto causa en el divorcio pueda interponer este tipo de demandas⁴.

¹ P. JURCYS and M. FENWICK, “Party Autonomy in International Family Law: A Note from an Economic Perspective”, *Boletín de investigación jurídica de la Universidad de Kyushu*, 2014, pp 1-22, p. 1 y 2.

² L. LÓPEZ DE LA CRUZ, “La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”, *ADC*, tomo LXII, 2009, fasc. II, pp. 714-781, pp. 773-775.

³ En el Derecho colombiano, por ejemplo, entre los efectos colaterales afectados por la determinación de un culpable se encuentran: la obligación del cónyuge culpable de prestar alimentos al cónyuge inocente (art. 411.4 Código civil). El cónyuge inocente podrá beneficiarse de un régimen de indemnizaciones en atención a la situación pecuniaria de los esposos y podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este último pueda invocar derechos o concesiones estipulados.

⁴ El Código civil colombiano ampara dos clases de divorcio vincular: el divorcio como remedio y el divorcio como sanción, dependiendo de la naturaleza objetiva o subjetiva de la causal que se invoque. Las causales objetivas podrán invocarse por cual-

En el divorcio unilateral, en cambio, no será necesario acreditar causa alguna para alcanzar el divorcio⁵, abandonando de esta forma las regulaciones propias del modelo de familia patriarcal para integrar valores y principios constitucionales como el derecho de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad⁶, en el que cobran protagonismo los derechos individuales de los cónyuges frente a los intereses generales de la familia⁷.

4. Los modelos de divorcio fundados en la culpa han ido cediendo terreno de forma progresiva al divorcio sin culpa, en el que junto a otras causas objetivas se incluye el mutuo acuerdo.

En el ámbito europeo la evolución experimentada por la institución del divorcio no ha sido plena en relación con la integración de la libertad personal, ya que la mayoría de ordenamientos estatales siguen sujetando el divorcio a la concurrencia de causas objetivas y subjetivas⁸. Así, mientras en Suecia, Finlandia y España⁹ sus ordenamientos acogen soluciones jurídicas que habilitan el ejercicio unilateral de la acción de divorcio por cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de demostrar causa alguna, en el resto de países, siempre habrá que alegar y probar la concurrencia de alguna causal¹⁰.

5. En situaciones de tráfico externo los problemas derivados de las diferencias en la articulación del divorcio no se reducen a las distintas modalidades de divorcio identificadas. Para la autoridad del foro también plantea especial relevancia la disolución de un matrimonio con elemento extranjero en el

quiera de las partes, sin que sea necesario identificar al cónyuge culpable, salvo con respecto a los efectos. En estos casos no se incurre en falta, por lo que no será necesario reprobar la conducta anómala del cónyuge. En el divorcio sanción, en cambio, la acción corresponderá siempre al cónyuge inocente. Los hechos imputados al cónyuge culpable serán sobrevenidos al acto del matrimonio y demostrables mediante cualquier medio de prueba aceptado en Derecho. Cuando se tipifiquen causales subjetivas, el cónyuge culpable será sancionado por haber incurrido en cualquier ilicitud de las previstas en el orden sustantivo (art. 154 Código civil). A. VALENCIA ZEA, y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil. Derecho de Familia*, 7ª edic., Temis, Bogotá, 1995, pp. 246-260; G. MORENO CORDERO, *El reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales en el marco de las relaciones hispano colombianas*, Universidad de Granada, 2016, p. 5.

⁵ J.M. NAVARRO VIÑUALES, *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 159-168.

⁶ “Para nuestro legislador la libertad para desligarse de una relación conyugal insatisfactoria es inherente al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y al de la igualdad de los cónyuges dentro de la relación matrimonial. Sus causas quedan soterradas en los valores de intimidad y dignidad familiar y personal. No se puede obligar a nadie a compartir la vida con otra persona cuando no se desea hacerlo. El matrimonio trae causa en la confluencia de dos voluntades autónomas, de tal forma que cuando una de ellas cesa, la relación jurídica se desvanece”. J. M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho Internacional*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2007, p. 339.

⁷ R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre el Derecho de Familia”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 2, 2007, pp.75-98, pp.78-93.

⁸ L. LÓPEZ DE LA CRUZ, “La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”, *op. cit.*, pp. 774-766.

⁹ El modelo español es un fiel reflejo de esta evolución. Tras la reforma de nuestro Derecho de Familia operada mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el tratamiento de las situaciones de crisis ha sufrido un cambio de importante calado estas instituciones, fuertemente inspirado en el modelo de Suecia y Finlandia. La entrada en vigor de la Ley 15/2005 ha eliminado las barreras impuestas por las causales taxativamente fijadas en los antiguos arts. 82 y 86 Código civil español. Los actuales arts. 81 y 86 Código civil español, reconocen que, transcurridos los tres primeros meses desde la celebración del matrimonio y cualquiera que fuera la forma de su celebración, los cónyuges podrán ejercitar las acciones de separación o de divorcio de forma unilateral, de conjunto, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, sin necesidad de alegar causa o motivo alguno. Los cónyuges dispondrán de total libertad para decidir sobre la disolución del vínculo matrimonial y la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges en la disolución del vínculo no tendrá repercusión alguna ni para alcanzar el divorcio ni en el régimen de los efectos. G. MORENO CORDERO, “El efecto *erga omnes* del derecho matrimonial colombiano y su impacto en el Derecho internacional privado”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la Integración*, nº 8, octubre-noviembre 2018, pp.1-24, p. 4.

¹⁰ La mayoría de estos países disponen de sistemas mixtos en los que coexisten distintos tipos de divorcio que contemplan tanto causales objetivas como subjetivas. Entre los más restrictivos encontramos al ordenamiento austriaco, portugués e italiano. En el caso de Austria, por ejemplo, se prevé como causa culpable la grave conducta de uno de los cónyuges (adulterio, violencia, graves daños morales y demás incumplimientos de los deberes entre cónyuges, la separación de al menos tres años o debida a trastornos mentales del cónyuge, la demencia o locura, o la enfermedad contagiosa del otro cónyuge). En estos últimos tres supuestos, si el divorcio causara un grave perjuicio al demandado, solo será concedido tras seis años de separación. La demanda de divorcio ha de presentarse en un plazo de seis meses en un período de diez años, contados desde que se tiene conocimiento de la conducta.

que se cuestione su validez (matrimonio del mismo sexo o poligámico). Como problemático será a la par el reconocimiento de decisiones extranjeras que disuelven matrimonios en los a menudo se pone en entredicho el principio de no discriminación por razón de sexo.

6. Algunas autoridades de terceros Estados cuyos ordenamientos acogen sistemas divorcistas causales suelen interpretar las diferencias materiales descritas como un ataque a su orden público interno sin que se haya demostrado tal conculcación. Esta circunstancia provoca la exclusión de la ley designada por sus normas de conflicto siempre que esta ley contenga disposiciones más liberales que la ley del foro. Esta misma autoridad, con una percepción muy distorsionada de la función que cumple este excepcional recurso, también levanta la barrera del orden público para rechazar el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio siempre que no se funden en alguna de las causales previstas en el ordenamiento del foro y en situaciones en las que tampoco se han visto comprometidos principios y valores fundamentales del foro. La aplicación de la ley del foro se ha fundamentado asimismo en un control indirecto de la ley aplicada no previsto como condición de reconocimiento el sistema aplicable¹¹.

El orden público también ha servido en terceros Estados para no pronunciarse sobre disolución del vínculo, así como para rechazar decisiones extranjeras que disuelven matrimonios igualitarios o poligámicos.

7. En el ámbito intra europeo el orden público se construye respetando la diversidad jurídica y cultural de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas nacionales (art. 67 TFUE). La evolución experimentada por esta excepción en las normas comunitarias de familia se nutre de los modelos nacionales para ir perfilando gradualmente los principios y valores básicos sobre los que el juez nacional ha de fundar este control tanto en un sentido positivo como negativo. Se habla así de evolución dialéctica y recíproca¹². Sin embargo, tampoco se puede decir que en este ámbito la utilización del orden público sea bien entendida por las autoridades de los Estados miembros, pues en muchos casos estas anteponen su visión interna del orden público al enfoque que cabe y se espera defender desde la perspectiva de integración europea, concretados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹³ y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹⁴.

Además de una visión integrada del orden público, la UE persigue la construcción de un mercado interior dentro de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales sea garantizada (art. 26 TFUE)¹⁵. La libertad de circulación constituye uno de los tres pilares básicos en que reposa la arquitectura normativa de la UE y precisa que dentro de este espacio los nacionales de los Estados miembros (ciudadanos europeos) disfruten de una movilidad transfronteriza libre de obstáculos (art. 61 TCE)¹⁶. De modo que

¹¹ Estas consecuencias han sido ampliamente analizadas en distintos ordenamientos latinoamericanos en, G. MORENO CORDERO, "La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del Reglamento "Roma III", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 30, diciembre 2015, pp.1-40; Id., "Las decisiones extranjeras de divorcio frente a la exigencia de conformidad con el derecho del foro: el ejemplo chileno y peruano", *Boletín mexicano de Derecho comparado*, n° 155, enero-abril de 2018, pp. 175-226; Id., "El efecto *erga omnes* del derecho matrimonial colombiano y su impacto en el Derecho internacional privado", la *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la Integración*, n° 8, octubre-noviembre de 2018, pp.1-24.

¹² POILLOT PERUZZETTO reconoce que, "El orden público nacional es aplicado por el Juez nacional y controlado por el Juez de Derecho comunitario. (...) al final, por tanto, se mantiene el orden público nacional e, indirecta y eventualmente, una paralela construcción del orden público europeo". S. POILLOT PERUZZETTO, "La incidencia de las modalidades del reconocimiento y ejecución de decisiones en el espacio judicial europeo", *AEDIPr.*, t. IX, pp. 179-199, pp. 183 y 184.

¹³ DO C 83/389, de 30 de marzo de 2010.

¹⁴ BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁵ J. CARRASCOA GONZÁLEZ, "El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo", 2017, pp. 191-322, p. 207.

¹⁶ M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado de destino", *InDret*, n° 251, noviembre 2004, pp. 1-20; M. GUZMÁN ZAPATER, "Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?", *La Ley*, n° 7479, septiembre-2010, pp. 7-17; S. CARRERA y F. GEYER, "El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 29, enero-abril 2008, pp. 133-162.

todas aquellas barreras que la normativa estatal pueda imponer a cualquiera de estas libertades han de suprimirse para resguardar un derecho fundamental de naturaleza supraestatal que goza de primacía¹⁷.

8. En el ámbito del divorcio los obstáculos que se pueden oponer a las situaciones derivadas de la movilidad transfronteriza de sus nacionales o de naciones de terceros Estados protegidos por el Derecho de la UE, no solo van a verse favorecidas por la heterogeneidad en el tratamiento de la institución del divorcio, sino también por el influjo de las normas de DIPr. articuladas por el propio legislador comunitario en las que todavía se hace sentir el empuje de la perspectiva doméstica del orden público internacional que puede llegar a atravesar las libertades de circulación garantizadas por el Derecho originario y derivado de la UE, así como el derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo¹⁸ resguardado en el art. 21 CDFUE y en el art. 14 CEDH.

9. Esta constatación puede resultar paradójica si tenemos en cuenta que una de las principales misiones del legislador europeo en este plano es la de suprimir los obstáculos a las libertades europeas de circulación a través de la unificación de las normas de DIPr.¹⁹, normas que están llamadas a consolidar los principios de confianza comunitaria y de reconocimiento mutuo, así como evitar que la diversidad normativa existente entre los distintos Estados frustre el reconocimiento de situaciones jurídicas-privadas nacidas al amparo de un ordenamiento extranjero, por el solo hecho de cruzar las fronteras intra europeas²⁰.

10. El objetivo del presente trabajo es doble. Por un lado, pretendemos identificar los obstáculos que las normas de DIPr. imponen a los divorcios transfronterizos, así como aquellos que puedan derivar de los derechos estatales y su impacto en el contexto de la libre circulación y en el derecho de no discriminación por razón de sexo. Por otro lado, ofreceremos algunas respuestas concordantes con la pretendida consolidación de un verdadero espacio judicial europeo en ámbito de la familia.

II. La exclusión de la ley aplicable al divorcio. El alcance de las diferencias normativas en su determinación

1. Los arts. 10 y 12 RR III

11. En principio, las diferencias normativas presentes en la formulación del divorcio en los ordenamientos comparados (divorcio sanción, divorcio remedio, divorcio unilateral), no presumen *per se* la intervención del orden público en el sector de ley aplicable, a menos que tales diferencias supongan un manifiesto atentado a los principios y valores esenciales del foro²¹.

En todo caso, la complejidad que plantea la disparidad normativa dentro del tráfico externo, según tendremos ocasión de constatar, requiere poner el foco de atención en el diseño de las normas de conflicto vigentes en este ámbito²².

¹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, Albacete, 2002, p. 79; J. F. MESTRE DELGADO, “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 11, enero-diciembre 1997, pp.131-155, pp.151 y 152.

¹⁸ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEL*, n° 35, junio 2018, pp. 1-49; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Libre circulación de personas y Derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *CDT*, 2017, vol. 9, n° 2, pp. 106-126. *DO C* 191, de 29 de julio de 1992.

¹⁹ Visión conflictual integradora europea, que no jurídica. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *op. cit.*, pp. 232 y 233.

²⁰ M. GUZMÁN ZAPATER, “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”, en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 521-533.

²¹ E. PATAUT, “Codifier le divorce international: Quelques remarques sur le projet GEDIP”, *AUCIURIDICA*, 2020, 66, págs. 9-115; 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. 291-293.

²² C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *AEDIPr*, 2004, pp. 117-186.

12. El Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de junio de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial²³ (en adelante, RR III)²⁴, ha sido diseñado para crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes y garantizar a los cónyuges soluciones adecuadas en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad (Considerando 9). Este Reglamento presenta un alcance universal (art. 4), por lo que desplaza en todo lo allí contenido al art. 107.1 del Código civil español para las demandas presentadas a partir del 21 de junio de 2012 (art. 18).

13. El RR III imprime ciertas especialidades a la consideración del orden público en el sector de ley aplicable, según ha quedado expresado en sus arts. 10 y 12.

En primer lugar, el art. 12 RR III constituye la cláusula general de orden público que permite la exclusión de la ley designada por sus normas de conflicto, cuando la aplicación de esta ley resulte manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Entretanto, el art. 10 RR III es una norma de conflicto independiente de la posibilidad genérica amparada por el art. 12 RR III²⁵, también conocida como cláusula de rechazo²⁶, que contempla dos situaciones que conllevan la exclusión de la ley designada por las normas de conflicto del RR III y la consecuente aplicación de la ley del foro. Con esta norma se garantiza el divorcio a toda persona que lo reclame ante una autoridad competente de un Estado miembro participante de la cooperación reforzada, que no podrá negarse -no es discrecional- a conceder el divorcio de configurarse alguna de las exclusiones allí establecidas²⁷. El divorcio, en consecuencia, es tratado como un derecho fundamental orientado a la consecución del *favor divortii*²⁸, además de potenciar el *ius connubii*, pues, garantizando el divorcio, los cónyuges recuperarán su capacidad para contraer nuevas nupcias²⁹.

La primera exclusión establecida en el art. 10 (*in primis*) se activa:

“Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio (...)”.

Esta primera referencia “no contemple el divorcio”, también conocida como “cláusula italiana”, solo podrá ser utilizada cuando ley designada por las normas de conflicto del RR III carezca de la institución del divorcio, esto es, cuando el divorcio no exista para el sistema jurídico al que remiten los arts. 5 y

²³ Debido a la falta de consenso entre Estados miembros del RB II *bis* para la culminación del proceso de unificación de la normativa conflictual comunitaria, solo 14 de los 27 Estados miembros optaron por el mecanismo de la cooperación reforzada previsto en los arts. 20.2 TUE y 326-334 TFUE. Posteriormente se sumaron Estonia, Grecia y Lituania. Actualmente, además de España, son Estados miembros de este Reglamento: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía, sin perjuicio de que cualquier otro Estado miembro participe en el futuro (artículo 331 TFUE). M. HERRANZ BALLESTEROS, “Reflexiones en torno al Reglamento del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, en J. M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *El tratado de Lisboa: Un balance de la Presidencia española*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2011, pp. 197 y ss; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *RDCE*, nº 39, mayo-agosto 2011, pp. 561-564; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III”, *CDT*, 2009, vol. 1, nº 1, pp. 36-71; P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, vol. 3, nº 2, diciembre 2011, pp. 85-129.

²⁴ *DOUE* L 343, de 29 de diciembre de 2010.

²⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 12ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2020, p. 473.

²⁶ Cláusula de rechazo vs orden público. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Esclusione dell’applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III”, *Studi sull’integrazione europea*, 2017, nº 2, pp. 267-288.

²⁷ P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, *CDT*, *op. cit.*, pp. 85-129.

²⁸ T. KRUGER, “Rome III and Parties’ Choice”, *Familie & Recht*, enero-2014, pp. 1-16, pp. 16-19.

²⁹ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, vol. II, 2020, pp. 1741-1756; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

8 RR III. Se trata de una norma materialmente orientada al *favor divorcii*, ya que conduce a la aplicación de la *lex fori* y la ley material de todos los Estados participantes de la cooperación reforzada admiten el divorcio tras su aceptación en 2011 por el Derecho maltés³⁰. Por consiguiente, será poco probable que esta exclusión vaya a plantear problemas en el orden práctico, pues solo Filipinas y Ciudad de Vaticano no admiten el divorcio, como poco probable será igualmente que los cónyuges elijan una ley para regir el divorcio si esta ley no contempla tal posibilidad³¹.

La segunda exclusión admitida por el art. 10 (*in fine*) se activa cuando la ley elegida o designada en defecto de elección:

“(…) no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (…)”.

Esta cláusula, también conocida como “cláusula española”, a diferencia del supuesto anterior, el derecho extranjero sí contempla el divorcio, pero al hacerlo, introduce regulaciones que reflejan una clara discriminación por razón de sexo. Esta exclusión es frecuentemente utilizada para excluir la aplicación de ordenamientos de inspiración islámica en los que el acceso al divorcio refleja nitidamente los privilegios del hombre frente a la mujer³².

Finalmente, es preciso puntualizar que el art. 10 *in fine* acoge un motivo exclusión de orden público (discriminación por razón del sexo) que el legislador comunitario ha querido segregar de la cláusula general del art. 12 RR III, según el cual.

“Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

El significado de esta precisión es importante para comprender el alcance de una y otra disposición dada sus notorias diferencias.

Para empezar art. 12 RR III será de aplicación a cualquier otra situación de orden público que no vengan referidas a discriminaciones por razón de género³³, por tanto, intervendrá cuando la ley aplicable sea discriminatoria para uno de los cónyuges por razón de religión, ideología, etnia, origen social o pertenencia a una organización social concreta³⁴. Tampoco su aplicación conduce a la aplicación de la ley del foro, por lo que, al no haberse incluido esta posibilidad en el art. 12 RR III, cada Estado miembro responderá a la localización del Derecho aplicable según sus propios criterios. Aunque lo razonable sería que este silencio fuera interpretado, en defecto de elección, respetando el orden prelativo establecido en el art. 8 RR III, mismo criterio que deberá adoptarse en los casos en que los cónyuges hayan elegido más de una ley escalonadamente *ex art.* 5 RR III. De esta forma se garantizaría la imperatividad de las normas de conflicto dispuestas por el legislador europeo³⁵.

³⁰ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 18ª edic., vol. II, Comares, Granada, 2018, pp. 274-277.

³¹ C. HENRICOT invoca como ejemplo el caso de que la ley elegida por los cónyuges se rige por una ley religiosa que no admiten la disolución del matrimonio. C. HENRICOT, “Droit applicable au divorce international: mise en application du règlement Rome III”, *Journal des tribunaux*, nº 6487, septiembre-2012, pp. 557-563, p. 561.

³² Divorcio unilateral del hombre, cuando la mujer tiene que pagar una dote para que el marido la repudie, por la intervención de reglas de legitimación que permitan solicitar el divorcio solo al hombre o cuando la causa en la que se sustente el divorcio solo quepa oponerla cuando sea la mujer la que provoque su configuración (p. e., el adulterio de la mujer, pero no el del hombre).

³³ P. Franzina, “L’autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”, *RDI*, vol. 94, nº 2, 2011, pp. 488-496, p. 491.

³⁴ Cervilla Garzón, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *CDT*, 2018, pp. 144-163.

³⁵ El art. 10 RR III altera el orden prelativo establecido *ex art.* 8 donde la *lex fori* ocupa el último lugar de la escalera conflictual. Sin embargo, debido a la preferencia del legislador europeo por la conexión “residencia habitual”, la exclusión del Derecho extranjero en base al art. 12 llevará con frecuencia a la aplicación de la ley de foro en tanto ley coincidente con la ley de la “residencia habitual” de los cónyuges. G. MORENO CORDERO, “La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del Reglamento “Roma III”, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

Otra importante diferencia que se desprende de sendas normas es que la apreciación el art. 10 RR III implica la exclusión de plano de ley reguladora del divorcio en ambos casos. Quiere esto decir que no se precisa acreditar un perjuicio *in concreto* de los principios y valores básicos del foro competente para conocer del fondo del divorcio, sino que será suficiente comprobar que la ley en cuestión no contempla esta posibilidad o que se trata de una legislación discriminatoria por razón de género³⁶.

La comprobación de un atentado a las bases jurídicas fundamentales del Estado del foro tiene lugar únicamente a la luz del art. 12 RR III y su apreciación será discrecional para el tribunal, que será el que decida excluir o no las disposiciones afectadas por el orden público del foro³⁷. Esta distinción se desprende de una interpretación analógica del Considerando 24 del RR III cuando sostiene que las exclusiones del art. 10 RR III han de entenderse, sin perjuicio de la cláusula general de orden público³⁸.

2. Las meras diferencias en la formulación del divorcio en el marco del art. 10 *in primis* RR III

A) ¿Sería posible recurrir a la ley del foro en aplicación del art. 10 *in primis* RR III si la ley rectora del divorcio fuera más restrictiva?

14. La aplicación e interpretación del art. 10 *in primis* RR III, con muy bajo perfil en la actualidad, ha suscitado no obstante dudas sobre su alcance, cuestión a la que ha respondido ya el TJUE en sentencia de 16 de julio de 2020 (*As. C249/19, JE vs. KF*).

En este asunto el TJUE resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Distrito de Bucarest (Rumanía), en el sentido clarificar si la expresión “no contempla el divorcio” contenida en el art. 10 *in primis* RR III ha de interpretarse de modo restrictivo, es decir, solo en caso que la ley extranjera aplicable no contemple el divorcio, o si también incluye los casos en los que dicha ley admite el divorcio, pero de forma más restrictiva que las regulaciones previstas en la ley del foro que implican un procedimiento obligatorio de separación judicial antes del divorcio para el que la ley del foro carece de disposiciones procesales equivalentes.

La situación planeada versaba sobre un divorcio instado ante autoridad rumana que se regía por derecho italiano [art. 8, a)]. Las normas de divorcio italianas exigen como condición para la disolución del vínculo la previa separación judicial y que hayan transcurrido al menos tres años entre la fecha de dicha separación y la fecha de presentación de la demanda de divorcio. Entretanto, la ley rumana (*lex fori*), no establece esta condición ni contempla disposiciones procesales relativas a la separación judicial como exigencia al ejercicio de la acción de divorcio.

15. La respuesta del TJUE fue rotunda y no se alejó de lo esperado: el art. 10 *in primis* RR III constituye una excepción a los arts. 5 y 8 RR III, por lo que debe ser objeto de una interpretación estricta.

Para sustentar su postura el Alto Tribunal desarrolló dos líneas argumentales. La primera, se sustenta en el art. 13 y en el Considerando 26, según los cuales la expresión “no contemple el divorcio” debe interpretarse en el sentido de que la ley elegida por los cónyuges o designada por las normas de conflicto del RR III “carece de la figura del divorcio”³⁹. La segunda, se apoya en los Considerandos 9, 21 y 29 referidos las distintas finalidades del RR III, especialmente, la de garantizar la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional a dos concretos efectos: a) para facilitar la libre circulación de personas en la Unión Europea; y b) para impedir situaciones en las

³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Esclusione dell’applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III”, *Studi sull’integrazione europea*, 2017, n.º 2, pp. 267-288.

³⁷ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 278.

³⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio y la elegancia de la norma de conflicto. Apostillas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 julio 2020”, *CDT*, vol. 13, n.º 1, pp. 741-754, p. 749.

³⁹ Y matiza su confirmación precisando que, “*si bien el considerando 26 hace referencia a la ley del Estado miembro a cuyos órganos jurisdiccionales se ha recurrido, no lo es menos que, en la medida en que este considerando atañe al significado de la expresión «no contemple el divorcio», las indicaciones que hace a este respecto son también pertinentes en lo concerniente al art. 10 del RR III*”.

que uno de los cónyuges soliciten el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una determinada ley que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses.

16. El TJUE dejó sentado asimismo que tampoco la inexistencia de un procedimiento de separación en el Derecho procesal rumano será óbice para inaplicar el Derecho italiano designado por las normas de conflicto del RR III. Y dado que dicho tribunal no puede declarar tal separación por carecer de este procedimiento, para resolver este escollo deberá en todo caso comprobar que se cumplen las condiciones de fondo previstas en la ley italiana para decretar la separación y dejar constancia de esta circunstancia en el marco del procedimiento de divorcio instado ante su jurisdicción⁴⁰.

Tampoco en el art. 12 RR III tenía cabida alguna en este asunto sabiendo que la normativa italiana aplicable, aunque más restrictiva, no comprometía en ninguna de sus partes principios y valores esenciales del ordenamiento rumano. Como nítidamente ha manifestado el profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ en el comentario realizado a esta sentencia, para que esta excepción llegue a configurarse se necesita un “plus de motivación”. El hecho que el Derecho extranjero regulador del divorcio - elegido por los cónyuges (art. 5) o designado en defecto de elección (art. 8)- acoja un sistema divorcista más restrictivo que el previsto en el ordenamiento del foro es una circunstancia que carece de relevancia para activar la excepción de orden público⁴¹.

17. El mensaje que TJUE expresa en los distintos pronunciamientos desarrollados en esta sentencia es un absoluto respeto por la imperatividad de las normas de conflicto del RR III. Las diferencias normativas en el tratamiento del divorcio sean estas de naturaleza sustantivas o procesales no serán capaces de modificarla. De esta forma se está garantizando la seguridad jurídica y la previsibilidad en la determinación del Derecho aplicable al divorcio allá donde los cónyuges interpongan la demanda. Por consiguiente, la exclusión de la ley designada por las normas de RR III y la consecuente aplicación de la ley del foro, que aguarda la expresión “no contemple el divorcio” solo quedará habilitada cuando dicha ley no habilite esta posibilidad⁴².

En definitiva, la falta de convergencia material entre los distintos ordenamientos no resulta una circunstancia que en sí misma autorice la exclusión de la ley designada por la norma de conflicto para terminar aplicando la ley del foro ni en este concreto caso ni cuando tenga lugar la situación inversa, esto es, cuando el ordenamiento del foro sea más restrictivo y la ley aplicada menos restrictiva.

18. Fuera de la situación analizada en la práctica puede también suceder, por ejemplo, que planteada la demanda de divorcio ante los órganos jurisdiccionales españoles, en cumplimiento de lo establecido en el RR III, resulte de aplicación una ley que adopta un sistema causalista en la modalidad de divorcio sanción, y el juez, tras asumir su competencia, advierte que de conformidad con aquél derecho no es posible alcanzar el divorcio porque quien lo ha ejercitado es el cónyuge culpable no legitimado para instar este tipo de demandas. Según la línea hermenéutica seguida por el TJUE en el asunto analizado, tampoco el juez español podría excluir la aplicación de la ley designada por el RR III para terminar aplicando la ley española menos restrictiva, si en el derecho designado por la norma de conflicto existiera la posibilidad de tramitar este tipo de demanda, por ejemplo, tras el cumplimiento de un período de separación de los cónyuges⁴³.

Cosa distinta es que la ley extranjera aplicable al divorcio establezca reglas de legitimación haciendo descansar la decisión de activar el divorcio en el cónyuge inocente, y que, por otro lado, tam-

⁴⁰ Véase el FJ 36.

⁴¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio y la elegancia de la norma de conflicto. Apostillas a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 julio 2020”, *op. cit.*, pp. 741-754.

⁴² F. FALCONE, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *CDT*, vol.10, n° 1, marzo-2018, pp. 568-580.

⁴³ En el Derecho colombiano la necesidad de identificar a un culpable puede repercutir incluso en causales objetivas, salvo en el mutuo acuerdo. Así lo ha hecho patente la Corte Constitucional colombiana C-1495 en la sentencia de 2 de noviembre de 2000. G. MORENO CORDERO, “La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del Reglamento “Roma III”, *op. cit.*, p. 17, especialmente cita 53.

poco no sea posible que el cónyuge culpable pueda tramitar una demanda por mutuo acuerdo porque el cónyuge inocente se niegue. En ese caso consideramos que sí estaría justificada la exclusión de la ley extranjera por parte del juez español, pero no al abrigo del art. 10, sino de la cláusula general de orden público del art. 12, que cabría estimar para resguardar un valor esencial de su sistema en base al derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad⁴⁴.

Esta matización responde a que en la situación descrita no concurren motivos de desigualdad por razón de sexo, circunstancia que a su vez descarta la aplicación de la ley española en calidad de ley de foro. A diferencia del art. 10, el art. 12- según indicamos-no designa expresamente qué ley debe aplicarse en tal caso, por lo que este silencio debe ser interpretado según los criterios establecidos en el ordenamiento del foro.

Ahora bien, si el cónyuge inocente es quien acciona el divorcio, demostrando durante el proceso seguido ante las autoridades españolas la concurrencia de cualquiera de las causales previstas en el derecho extranjero (más restrictivo que el español). La exclusión de la ley extranjera en este caso no estaría justificada pues el hecho de que se trate de un derecho más restrictivo no sería motivo suficiente para ser excepcionado, a menos que las causales en las que se fundamente el derecho extranjero reflejen el privilegio de uno de los cónyuges por razón de sexo o por otro motivo de desigualdad como más adelante se verá.

B) ¿Una ley más restrictiva que la del foro puede ser entendida como una limitación a la libertad individual y al *favor divorcii*?

19. Si partimos de presupuesto que confirma que las meras diferencias normativas no pueden ser entendidas como un motivo suficiente para excluir la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto del RR III a favor de la aplicación de la ley del foro *ex art. 10 RR III*, ello nos permite confirmar que en la situación actual resulta forzado e injustificado encajar la aplicación de la ley del foro menos restrictiva en las exclusiones del art. 10 RR III y mucho menos en la cláusula general de orden público del art. 12 RR III. No existe ningún fundamento para hacerlo. La imperatividad de las normas de conflicto es irreductible. Precisamente uno de objetivos perseguidos por el DIPr. es el respeto por esa diversidad normativa, por lo que los tribunales no deben juzgar las leyes extranjeras desde su propia óptica. Su contenido material es indiferente para quien lo aplica, salvo orden público. Tampoco la función del juez no es modificar arbitrariamente la ley designada por las normas de conflicto que son de imperativo cumplimiento. En ese sentido nada que objetar sobre la postura seguida del Alto Tribunal el asunto analizado.

20. Ahora bien, una cosa es que en la situación actual no quepa defender la exclusión de la *lex causae* y aplicar en su lugar la ley del foro y otra bien distinta es no pueda hacerse en ningún caso. Existen diversos ejemplos en las normas de conflictos supranacionales en las que se defiende el recurso a una ley más favorable por algún motivo que es necesario resguardar.

En el ámbito del divorcio no se puede afirmar que todas las leyes que lo admiten sean justas y proporcionadas para el alcanzar este objetivo y el ejemplo analizado nos hace reflexionar sobre ello. Un ordenamiento como el italiano -y como muchos otros ordenamientos incluso más restrictivos- que lastra el divorcio exigiendo la previa separación por un periodo de tres años y la alegación de una causa para divorciarse traza una senda muy estrecha para que tenga cabida el respecto por la libertad individual. Esta norma esconde una clara intención de ofrecer un tiempo de reflexión a los cónyuges para evitar que el vínculo se disuelva, anteponiendo la protección matrimonio por sobre el interés individual.

21. Una forma de reducir este impacto se podría lograr a través de una norma de conflicto materialmente orientada a la aplicación de la ley del foro cuando esta sea más favorable al divorcio que la designada por las norma de conflictos. Cabría sopesar incluso la posibilidad de introducir un correctivo

⁴⁴ J. M., ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 339-341.

que incorpore factores de proximidad con el tribunal que conoce del fondo, para evitar situaciones estratégicas de los cónyuges. De esta forma se estaría garantizando un proceso más rápido y sencillo para las partes en el marco de una solución conflictual alineada con la libertad personal que responde plenamente a uno de los principales objetivos marcados por el legislador europeo en este ámbito: el *favor divorcii*.

3. El derecho fundamental de igualdad por razón de sexo. Orden público segregado del art. 10 *in fine* RR III

A) La desigualdad de sexo en el Derecho islámico

22. El RR III no es ajeno a las consecuencias que puede acarrear el carácter universal de las normas de conflicto (art. 4) provocado por la heterogeneidad en la institución del matrimonio y su eventual disolución en los ordenamientos comparados dentro y fuera del ámbito europeo.

Esta segunda excepción cobra relevancia cuando el sistema legal aplicable al divorcio contiene formas de divorcio discriminatoria para la mujer propias del Derecho de inspiración islámica, intolerables para el orden público internacional del foro. En esos casos, el juez tiene la obligación -no se permite discreción- de aplicar la ley del foro por un motivo muy concreto que se separa de la cláusula general de orden público al que alude el art. 12 RR III: la desigualdad por razón de sexo⁴⁵.

23. Hemos adelantado ya que, en este caso bastará con comprobar que el contenido del Derecho extranjero es discriminatorio por razón de sexo rechazar de plano su aplicación por parte de la autoridad competente, puesto que dicha disposición se refiere claramente a la “igualdad de acceso al divorcio” para ambos cónyuges, es decir, cuando hombres y mujeres dispongan de las mismas causas y de la misma amplitud para acceder al divorcio⁴⁶.

La matización no es baladí si tenemos en cuenta que la regulación del divorcio en el Derecho islámico no es en todos los casos igual de restrictiva. Un ejemplo muy cercano y de señalada repercusión para la autoridad española se localiza en el Derecho marroquí, sobre todo tras las importantes modificaciones operadas en 2004 en el Código de Familia marroquí (CFM/*Mudawana*) dirigidas a la búsqueda de una equiparación entre los derechos de los hombres y de las mujeres en el ámbito familiar.

24. Antes de la última modificación de la *Mudawana* el divorcio constituía un privilegio exclusivo del esposo y por consiguiente un motivo de discriminación por razón del sexo, pero tampoco no se puede afirmar que esta modificación haya desterrado las situaciones de discriminación hacia la mujer, puesto que, aunque se arbitran soluciones que permiten que la mujer pueda ejercitar el divorcio, estas posibilidades siguen siendo escasas en relación con las reconocidas al hombre⁴⁷.

Según la actual redacción del art. 78 CFM⁴⁸, el *talac*/repudiación lo puede solicitar el esposo y la esposa si esta tiene el derecho de opción cedido por su esposo al momento de contraer matrimonio. A esta facultad se le denomina *tamlík* o derecho de opción que el marido concede a la mujer para que pueda de solicitar al tribunal la autorización de disolución del matrimonio por *talaq* (art. 89 CF), autorización que el esposo no podrá revocar unilateralmente⁴⁹. Sin embargo, no se puede decir sea un

⁴⁵ A. BORRAS, “Introducción générale, en VVAA, *Droit Européen du divorce. European divorce Law. Travaz du CREDIMI*, vol. 39, 2013, pp. 1-25, p. 21.

⁴⁶ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 278.

⁴⁷ H. ZEKRI, “La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes, *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, pp.245-268.

⁴⁸ Para que la disolución del matrimonio sea considerada válida por esta vía será obligatoria la intervención de dos adules que darán fe de este acto, previa autorización de la autoridad judicial mediante acta.

⁴⁹ El procedimiento que se sigue en este caso es similar al que realiza el marido a través del *talaq*, así la esposa solicita autorización al Tribunal (arts. 79-80 CFM) y si esta comprueba que se cumplen las condiciones establecidas por los cónyuges en el acuerdo de cesión, intentará alcanzar la reconciliación de los cónyuges, en primer lugar, (arts. 81 y 82 CF). Si este intento fracasa procederá entonces a otorgar la autorización para que dos adules formalicen la disolución del vínculo mediante acta. Además de este pronunciamiento, en el acta se harán constar los derechos reconocidos a la esposa y a los hijos, si los hubiere (arts. 84 y 85 CFM).

derecho que la mujer pueda ejercitar plenamente, ya que, si bien corresponde a la mujer solicitar la autorización para iniciar la disolución al tribunal por *talaq*, en todos estos casos se requiere del consentimiento del esposo.

Además del repudio tradicional, la nueva *Mudawana* ha introducido dos nuevas formas de disolución del vínculo: por disensión (*tatliq li a-siqaq*) y por mutuo acuerdo (*al-talaq b-l-ittifaq*).

El divorcio por disensión (arts. 94-97 CFM) es utilizado para dar respuesta a las profundas divergencias existentes entre los cónyuges imposibles de recomponer por otra vía que no sea la disolución del matrimonio. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que incluye todo aquello que haga imposible una convivencia pacífica entre los esposos, por ejemplo, la incapacidad sexual de alguno de los cónyuges o cuando la convivencia implica un perjuicio para cualquiera de los cónyuges. El divorcio por disensión podrán solicitarlo al tribunal ambos cónyuges de manera separada o conjuntamente y alcanzarlo no dependerá de la voluntad de los esposos. El juez intentará la conciliación en dos sesiones si hay hijos, pero si el desacuerdo persiste, debe decretar la disolución⁵⁰.

El *talac* por mutuo acuerdo (art. 114 CFM) permite que los cónyuges acuerden solicitar el divorcio al Tribunal sin que medie ninguna condición o con condiciones que no sean incompatibles con las disposiciones del CFM, ni con los intereses de los menores. Ambos o solo uno de ellos podrán presentar la demanda de disolución al tribunal con la finalidad de obtener la autorización, junto a la cual deberán acompañar el acuerdo.

La mujer podrá solicitar además el divorcio por compensación (*jul'a*), pero al igual que el divorcio por mutuo acuerdo requerirá del consentimiento del esposo. El divorcio en este caso se alcanza a cambio de una contraprestación económica. El esposo deberá aceptar la renuncia de la mujer a una parte de la dote, restituir la que ya le ha sido entregada o renunciar a alguno de sus derechos derivados de las obligaciones del marido con la esposa e hijos (art. 114 CFM).

La *Mudawana* contempla asimismo la posibilidad de que esposa solicite la disolución del matrimonio al tribunal por causas imputables al marido (*talilq*). Estas causas vienen establecidas en el art. 98 CFM, y son las siguientes: por incumplimiento del esposo de alguna de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial (art. 99 CFM); cuando sufra algún perjuicio (arts. 101 y 102 CFM)⁵¹; por falta de manutención (art. 102 CFM); por ausencia del cónyuge por más de un año (art. 104 CFM); por la existencia de un defecto que imposibilite la vida íntima entre ellos o enfermedad de uno de los cónyuges que pongan en peligro la vida del otro esposo o su salud y cuya curación requiera de un año (art. 107 CFM); por juramento de continencia o por abandono de su esposa (art. 112 CFM)⁵².

25. Como se observa algunas causas de divorcio del derecho marroquí admiten que la esposa pueda solicitar el divorcio, sin embargo, su acceso al divorcio, aunque es posible en ciertos casos, no es equiparable al acceso permitido al hombre⁵³. Visto así, cabría entonces descartar el Derecho marroquí *in abstracto*, al contener disposiciones divorcistas discriminatorias para la mujer⁵⁴.

⁵⁰ El Tribunal tendrá en cuenta la responsabilidad de cada uno en la disolución del matrimonio para evaluar la reparación del perjuicio causado a cada cónyuge y será el cónyuge más perjudicado quien recibirá la indemnización

⁵¹ Bajo esta causal pueden operar cualquier conducta del esposo que contravenga la estabilidad familiar y las buenas costumbres y cause algún perjuicio moral o material.

⁵² G. ESTEBAN DE LA ROSA, J. OUHIDA, K. OUALD ALI y T. SAGHIR, "La nueva Mudawana marroquí: entre tradición y modernidad (traducción comentada del Código de familia de 2004)", G. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.) Junta de Andalucía, 2009, pp. 91-124.

⁵³ J. TAHIRI, "El orden público marroquí como límite a la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras de disolución de los matrimonios mixtos", *Revue marocaine d'études internationales. Le mariage dans les relations euro-maghrébines*, Actes du colloque international des 13, 14 et 15 mars 2002, número especial, octubre 2003, p. 89; P. DIAGO DIAGO, "El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar", *REEI*, 2915, pp.1-29.

⁵⁴ Contra esta postura la profesora DIAGO DIAGO sostiene que tal exclusión "(...) deberá operar si con la elección de la ley aplicable se especifica la modalidad elegida por los cónyuges y ésta se encuadra dentro de la exclusión del art. 10 o, directamente (...) cuando la ley designada sólo conoce supuestos discriminatorios de acceso al divorcio, por razón de sexo". P. DIAGO DIAGO, "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", *REDI*, vol. LXVI/2, julio-diciembre 2014, pp. 49-79, p. 61.

B) Cuestiones prejudiciales en torno al art. 10 *in fine* RR III. Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (As. C-372/16, *Sahyouni*)

26. En la sentencia del conocido asunto *Sahyouni* el TJUE no resuelve las cuestiones prejudiciales relacionados con el alcance de art. 10 *in fine* RR III asociadas a situaciones de discriminación de la mujer dentro del Derecho islámico; sin embargo, del informe del Abogado General añadió ciertos componentes de interés dogmático y práctico procedentes que aderezan el debate en torno al alcance esta norma.

27. El caso concreto abordó el divorcio de un matrimonio celebrado en Siria entre el Sr. Raja Mamisch y la Sra. Soha Sahyouni, ambos de nacionalidad siria, que posteriormente adquirieron la nacionalidad alemana. El matrimonio se estableció en Alemania después de varios cambios de residencia. En 2013, el Sr. Mamisch se divorcia de su esposa a través de un representante ante el tribunal religioso de la sharía de Latakia (Siria). Posteriormente la Sra. Sahyouni firmó una declaración en la que reconocía haber recibido la compensación íntegra que le correspondía de acuerdo con el contrato matrimonial y del divorcio operado mediante declaración unilateral de voluntad de su marido según la legislación religiosa. En el acuerdo la Sra. Sayouni eximía a su esposo de cualquier obligación que pudiera tener frente a ella. Posteriormente, el Sr. Mamisch solicita ante las autoridades alemanas el reconocimiento de la resolución divorcio religioso adoptada en Siria de conformidad con el Derecho islámico, a lo que la Sra. Sahyouni responde oponiéndose. La solicitud fue admitida por el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich, Alemania (*Oberlandesgericht München*), por considerar que el RR III cubría este tipo de solicitudes. Ante las dudas que suscitó el asunto, dicha autoridad decidió plantear TJUE tres cuestiones prejudiciales.

- 1) *¿Se incluyen también en el ámbito de aplicación que establece el artículo 1 del [Reglamento no 1259/2010] los casos de divorcio privado (en el presente asunto, por declaración unilateral de un cónyuge ante un tribunal religioso en Siria en virtud de la sharía)?*
- 2) *Si la respuesta a la primera cuestión fuera afirmativa, en caso de aplicación del RR III, en el marco del examen de su art. 10 en supuestos de divorcio privado:*
 - a) *¿ha de tomarse como base de manera abstracta una comparación de la que resulta que la ley aplicable conforme al artículo 8 permite a un cónyuge acceder al divorcio, pero, por motivos de sexo, en condiciones procesales y materiales distintas de las del otro cónyuge, o bien;*
 - b) *la aplicabilidad de esta norma depende de si la aplicación del Derecho extranjero, que es discriminatorio de modo abstracto, también es discriminatoria en el caso concreto?*
- 3) *En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión indicada en la letra b), ¿puede considerarse una razón para no aplicar la norma la aceptación del divorcio por parte del cónyuge discriminado, también bajo la forma de la recepción consentida de una compensación?*

28. El TJUE responde al Tribunal alemán precisando que su competencia para conocer de la primera cuestión prejudicial planteada si bien fue cuestionada y rechazada en un primer intento⁵⁵, en esta segunda ocasión, la misma ha quedado acreditada tras constatarse que en el asunto sometido a su consideración la aplicación del Derecho de la UE quedaba establecido por mandato de la legislación alemana.

El caso es que en Alemania el reconocimiento de los divorcios privados está sometido a un control de validez conforme al derecho sustantivo designado por la norma de conflicto alemana, determina-

⁵⁵ GANDÍA SELLENS critica la postura seguida por el TJUE en este asunto cuando refiere que: “El TJUE simplifica la problemática jurídica suscitada dando por hecho que el *Oberlandesgericht de Múnich* no sabe distinguir entre los distintos sectores de la disciplina del Derecho internacional privado. Así emite su pronunciamiento sin prestar atención a la explicación provista por el tribunal remitente. Las normas que determinan la ley aplicable se aplican en función de la concreta situación privada internacional o cuestión jurídica, pero no en función del tipo de proceso en el que se erige el conflicto de leyes”. M.A. GANDÍA SELLENS, “Reconocimiento y divorcios privados. Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 4, julio-diciembre 2016, pp. 1-12, pp. 11 y 12.

ción que tiene lugar conforme al RR III. No obstante, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial diciendo que el RR III solo resulta aplicable a los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o por una autoridad pública o bajo el control de esta, motivo por el que el divorcio resultante de una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso no estaba comprendido en su ámbito de aplicación⁵⁶.

Sus fundamentos se construyeron básicamente en la coherencia entre los RR III y el RB II *bis* reclamada en el Considerando 10 RR III en torno al concepto de divorcio proporcionado por el RB II *bis* en los arts. 1.1 a) y 2.4, cuya lectura conjunta no ofrecía dudas sobre la exclusión de los divorcios privados del ámbito de aplicación material del RR III⁵⁷. En consecuencia, la incorporación de los divorcios privados a dicho instrumento exigiría modificaciones que son de la competencia exclusiva del legislador comunitario, con independencia de que algunos Estados miembros hayan introducido en sus ordenamientos la posibilidad de pronunciar divorcios sin la intervención de una autoridad estatal.

Como era de esperar, la respuesta negativa del Tribunal de Luxemburgo a la primera cuestión prejudicial impidió que entrara a valorar el resto de cuestiones planteadas. Sin embargo, las Conclusiones del Abogado General abrieron una brecha interpretativa que nos permite entrar a reflexionar sobre las otras dos cuestiones planteadas por el tribunal emisor de especial interés en relación con el alcance del art. 10 *in fine* RR III y sus diferencias con el art. 12 RR III.

29. Para responder a la segunda cuestión el Abogado General parte delimitando los contornos en los que se mueven los arts. 10 y 12 RR III y advierte, en primer lugar, el amplio alcance del primero respecto del segundo, pues mientras el art. 10 permite la exclusión de la ley extranjera designada por los arts. 5 y 8 en su totalidad, el art. 12 RR III se refiere a una disposición aislada⁵⁸. En segundo lugar, el Abogado General indica que, entretanto el art. 12 deja a discreción de los jueces nacionales la consideración del orden público, el art. 10, por su parte, permite al órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la demanda aplicar de forma casi automática la *lex fori*, si se cumple lo allí dispuesto. Todo ello le lleva a concluir que art. 10 RR III debe ser interpretado en el sentido de que la ley del foro ha de aplicarse siempre que la ley extranjera elegida por los cónyuges o designada por el RR III, produzca una discriminación *in abstracto*, teniendo en cuenta su contenido, y no únicamente cuando esta última ley ocasione una discriminación *in concreto*⁵⁹.

30. A la tercera cuestión planteada el Abogado General responde negativamente indicando que, si se comprueba que el cónyuge discriminado por razón de sexo prestó consentimiento al divorcio, dicho consentimiento no puede excluir la aplicación de la ley del foro en virtud del art. 10 *in fine* RR III.

31. Como se observa la postura seguida en este punto por el Abogado General que comparto conduce a la exclusión de plano del derecho extranjero que contenga disposiciones discriminatorias por razón de sexo. Una postura ha sido cuestionada por la profesora DIAGO DIAGO en su comentario a este asunto cuando sostiene una interpretación *in concreto* del art. 10 *in fine* RR III invocando la necesidad de analizar en cada caso si cabría el rechazo de plano del Derecho islámico aplicable. Para ello ha tenido en cuenta las distintas modalidades de divorcio admitidas para la mujer por el Derecho islámico según tuvimos ocasión de constatar *supra* en la Derecho de familia marroquí.

⁵⁶ N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, vol. 13, nº 1, marzo 2021, pp. 460-492.

⁵⁷ Respecto a otros motivos véase a M^a P. DIAGO DIAGO, “Inclusión de los “divorcios privados” en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, *LA LEY Unión Europea*, nº 58, abril-2018, pp. 1-11, pp. 5 y 6.

⁵⁸ M^a P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *op. cit.*, pp. 64 y 66.

⁵⁹ A estas consideraciones le siguen otras que ponen de relieve los distintos puntos de vista que sobre la aplicación del art. 10 sostiene en Gobierno alemán frente a otros Gobiernos (Francia, Hungría, Portugal) y la Comisión. Alemania ha propuesto su utilización a la discriminación en el caso concreto y el resto aboga por su apreciación en abstracto. En este sentido véanse las conclusiones 72,73 y 84.

Esta doctrina fundada en los efectos negativos que en la práctica generaría una interpretación *in abstracto*, defiende que, no admitir la aplicación de la ley siria implicaría condenar a la mujer a un estatus de “mujer encadenada” y, por tanto, a que no pueda contraer nuevo matrimonio religioso, máxime cuando ella ha estado de acuerdo en la aplicación de una ley que, aún discriminatoria, le resulta beneficiosa. En estos casos, reitera, no cabe levantar formalmente la barrera del orden público ante cualquier situación discriminatoria “en nombre de la igualdad”, por lo que no sería correcto sostener la exclusión de ley designada por el RR III, si esta ley, aunque discriminatoria, admite en ciertos casos que la esposa pueda solicitar el divorcio⁶⁰.

C) Los divorcios de matrimonios igualitarios

a) Los arts. 13 y 1.2 b) RR III

32. Uno de los ejemplos más representativos de la falta de compromiso del legislador europeo a efectos de conseguir un resultado realmente armonizador en las normas de DIPr. se identifica en los divorcios internacionales de matrimonios igualitarios y afecta a todos los sectores de problemas del DIPr.

33. A pesar del carácter neutral de las normas del RB II *bis* en relación con el concepto de cónyuge, la Comisión reconoce en su respuesta de 12 de marzo de 2002 a *Joke Swiebel* OJ 2003/C 28 E/002, que los Estados miembros no estarán obligados a aplicar las reglas de competencia del RB II *bis*, como tampoco tendrán que reconocer las decisiones que disuelven un matrimonio del mismo sexo decretado por la autoridad de otro Estado miembro del RB II *bis*⁶¹. De modo que, el carácter restringido y excepcional del control del orden público del art. 22 a) RB II *bis* acotado en la expresión “manifiestamente” será igualmente insuficiente para evitar que de las decisiones adoptadas en los 11 Estados miembros que en la actualidad reconocen estos matrimonios claudiquen ante las autoridades de los 15 Estados restantes⁶² que siguen sin estimar válidos estos enlaces⁶³.

34. En relación con la ley aplicable al divorcio el art. 13 RR III expresa que:

“Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento”.

Coherente con esta disposición el art. 1.2 b) del RR III (Considerandos 10 y 26⁶⁴) excluye del ámbito de aplicación del RR III la determinación de la previa validez de los matrimonios cuando dispone:

⁶⁰ M^a P. DIAGO DIAGO, “Inclusión de los “divorcios privados” en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *op. cit.*, pp. 8 y 9; Id., “Cuando la ley aplicable no contemple el divorcio se aplicará la ley del foro: interpretación restrictiva del art. 10 del Reglamento 1259/2010 proporcionada por la STJUE de 16 de julio de 2020 asunto C-249/19, *LA LEY Unión Europea*, n° 85, octubre 2020, pp.1-10.

⁶¹ M. SOTO MOYA, “Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, 2012, pp. 807-847, p. 835.

⁶² De los 26 Estados miembros del RB II *bis* solo 11 reconocen el matrimonio igualitario, ellos son: Alemania, Austria, Bélgica, España, , Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia. Es resto, es decir, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría Italia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Rumanía, siguen sin admitir este tipo de enlace.

⁶³ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *CDT*, vol. 5, n° 2, pp. 140-208, p.179.

⁶⁴ El Considerando 10 establece que, “(...) *La referencia en el art. 1, apartado 2, a las relaciones con efectos comparables al matrimonio y otras relaciones familiares deben interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado Miembro en que se somete el asunto al tribunal*”. Entretanto, el Considerando 26 dispone que, “*Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley de Estado Miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considera válido el matrimonio de que se trate a los efectos de un proceso de divorcio deben interpretarse, entre otras cosas, en el sentido de que ese matrimonio no existe según la ley de tal Estado Miembro*”.

“(…) las cuestiones prejudiciales como (…) la validez del matrimonio (…) deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate (…)”.

35. La exclusión de la cuestión previa de la validez del matrimonio del ámbito de aplicación material del RR III implica que tal determinación tenga lugar conforme a las normas de conflicto internas de los Estados participantes en la cooperación reforzada que le impone su propio Derecho Internacional Privado (*técnica conflictual*)⁶⁵. Aunque la doctrina también se defiende en tal remisión tendría cabida el reconocimiento por referencia de tales matrimonios, esto es, el reconocimiento de situaciones jurídicas creadas válidamente en otro Estado miembro con arreglo a sus propias normas de conflicto⁶⁶.

Este método que se funda en el principio de “*superación conflictual*” pues consigue que las normas de conflicto pierdan relevancia en la medida que garantiza que la ley aplicable según las normas de conflicto de un determinado Estado miembro sea considerada válida y circule por todo el territorio de la UE⁶⁷. De esta forma asegura la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, incluido el estado civil⁶⁸, el *ius connubii* y el *favor divorcii*, así como la supresión de limitaciones injustificadas a la libertad de circulación⁶⁹ y situaciones claudicantes innecesarias⁷⁰.

36. La problemática está servida desde el momento en que los cónyuges del mismo sexo deciden ejercer su derecho de libre circulación a efectos de trabajar o simplemente residir en otro Estado miembro en los que este tipo de matrimonio no es admitido. Cada vez que esto ocurre la autoridad de dicho Estado no estará obligada a disolver este tipo de enlace a pesar de tener competencia judicial internacional para hacerlo según los criterios de competencia previstos en el art. 3 del RB II *bis* por tratarse de un matrimonio que no es válido para el ordenamiento del foro⁷¹.

El establecimiento de estas concesiones por parte del legislador comunitario esconde un mensaje contradictorio que pone sobre la mesa las tensiones entre la necesidad de garantizar el *favor divortii* y el respecto por las concepciones culturales y morales del matrimonio en dichos Estados⁷², sin asumir la repercusión estas regulaciones plantean en el perímetro de los Derechos de libre circulación y de no discriminación por razón del género protegido por la CDFUE y por la CEDH.

⁶⁵ Sobre el tratamiento conflictual de la ley aplicable a la cuestión previa de la validez del matrimonio véase L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 164-178. En igual sentido véase A. LEANDRO, “Comentario al art. 13 del Reglamento”, en P. FRANZINA (coord.), *Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, pp. 1518 - 1523.

⁶⁶ Sobre las distintas posturas defendidas por la doctrina española en torno a esta remisión véase, L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 263 y 264.

⁶⁷ P. LAGARDE, “La règle de conflit applicable aux questions préalables”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, pp. 459-463.; Id., “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjctures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243; P. PICONE, *Saggio sulla struttura formale delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Nápoli, 1971; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *op. cit.*, p. 253.

⁶⁸ Sobre la necesidad de reconocimiento del estado civil adquirido en otro Estado miembro, véase N. MARCHAL ESCALONA, “Eficacia del estatuto personal y familiar de los españoles retornados y del talento extranjero atraído a España”, en AA.VV. *Instrumentación normativa de la política de retorno de emigrantes españoles y la atracción de talento global*, pp. 3-6 (en prensa).

⁶⁹ M. REQUENA CASANOVA, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto *Coman y otros*”, *RDCE*, nº 62, 2019, pp. 41-79, p.52, especialmente, cita 21.

⁷⁰ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Aranzadi, 2002, pp. 250-363; M. GUZMÁN ZAPATER, “Sobre la función del Derecho Internacional Privado y técnicas de reglamentación”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio Diego González Campos*, Edifer, Madrid, 2005, pp. 1626-1628. L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 170-172.

⁷¹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *op. cit.*, pp. 145-148.

⁷² G. PALAO MORENO, “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad, en Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales”, *op. cit.*, p. 521.

b) Impacto de las limitaciones normativas impuestas a la libertad de circulación en divorcios transfronterizos

37. Hechas estas precisiones nos preguntamos ahora hasta qué punto las normas de DIPr. arbitradas por el legislador comunitario en materia de divorcio pueden llegar a interesar la política de la UE expresada en distintas acciones en las que incentiva el reconocimiento mutuo de los matrimonios del mismo sexo a efectos de evitar situaciones claudicantes y su enclave el Derecho supraestatal de libre circulación de las personas reconocido en el art. 21 del TFUE.

38. La libertad de circulación es un derecho privativo del ciudadano europeo y de algunos familiares a título derivativo⁷³ que es preciso garantizar dentro de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, sin que se vea mermado por obstáculos jurídicos.

Al respecto el art. 26 el TCUE, dispone que:

“(...) la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas (...)”.

El estatuto de ciudadano europeo es entendido como una cuestión inherente a la condición de nacional que cada Estado miembro reconoce a sus súbditos sin llegar a sustituirla (art. 20.1)⁷⁴. Y la consecuencia lógica de esta dualidad presupone que tal condición, que es complementaria e inseparable de la ciudadanía nacional, no se pueda desligar del reconocimiento de otros derechos y libertades fundamentales atribuidos por el propio TFUE a los ciudadanos de la Unión, tales como, la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros [art. 20. 2, inciso a)]⁷⁵, incluso si la persona no desempeñara allí ninguna actividad económica⁷⁶. Todo ello tolera la consideración tanto de las discriminaciones directas al ciudadano europeo (fundadas en la nacionalidad, sexo, religión, raza, y otras) como aquellos criterios diferenciadores que impliquen una limitación no fundada en la nacionalidad, también conocida como discriminación indirecta⁷⁷.

⁷³ Con arreglo a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158, de 30 de abril de 2004)), los derechos de ciertos familiares de un ciudadano comunitario nacionales de terceros Estados son equiparados, siempre que el nacional comunitario ejercite el derecho de libre circulación o cuando el familiar nacional de un tercer Estado pretenda reunirse con él. Entre estos familiares se encuentra el cónyuge del nacional europeo. G. MORENO CORDERO, “La nacionalidad y el ejercicio de una profesión regulada en la Unión Europea”, en M. MOYA ESCUDERO (dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 291-328, pp. 296 y 297. Sobre la igualdad de trato dispensada por el Derecho europeo a nacionales de terceros Estados véase desde otra perspectiva, C. RUIZ SUTIL, “La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”, *LA LEY Unión Europea*, nº 83, julio-2020, pp.1-29, pp. 5-7.

⁷⁴ “(...) la idea de base es crear vínculos sólidos entre los pueblos de los Estados miembros, generando en ellos la conciencia de pertenecer a un espacio común-, resulta lógico que la ciudadanía de la Unión se concibiera como superpuesta, complementaria e inseparable de la ciudadanía nacional”. E. PÉREZ VERA, “Ciudadanía y nacionalidad de los Estados Miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27, julio-diciembre 2014 y nº 28, enero-junio 2015, pp. 215-230, pp. 215 y 216; Id. “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”, en *Hacia un Nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1123-1148; Id. “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Los derechos humanos”, en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR y E. ROCA ROCA (coords.), *Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001, p. 843; A. Rubio Castro y M. MOYA ESCUDERO, “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, pp. 105-153, pp.148-153; S. CARRERA NÚÑEZ y G. MARRERO GONZÁLEZ, “La ciudadanía europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la Unión?”, *RDCE*, nº 49, septiembre-diciembre 2014, pp. 847-885, p. 849.

⁷⁵ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Binacionalidad en el ordenamiento español y su repercusión en la Unión Europea”, en J. M. Díaz Fraile (coord.), *Estudios de Derecho europeo privado*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pp. 27-119, pp. 58 y 59.

⁷⁶ N. MARCHAL ESCALONA, “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019, pp. 81-116.

⁷⁷ S. CORNELOUP, “Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité”, *JDI Clunet*, 2011, pp. 491-516; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *op. cit.*, pp. 231 y 232.

39. Al respecto la jurisprudencia constante del TJUE ha proclamado en distintas sentencias y respecto de reclamaciones de naturaleza diversa que el estatuto de ciudadano europeo implica la prohibición de todas aquellas disposiciones nacionales que conlleven la privación de los derechos reconocidos a estos nacionales por el Derecho originario y derivado de la UE⁷⁸. Se consolida de esta forma un concepto de ciudadanía respecto del que cabe oponer todo género de medidas que directa o indirectamente impliquen una restricción a la libertad de circulación, salvo que se trate de restricciones impuestas por el Derecho nacional justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que e no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo⁷⁹, en cuyo caso, no cabría oponer este Derecho supranacional (test de compatibilidad)⁸⁰.

40. Uno de los principales obstáculos derivados de los reglamentos comunitarios en materia de divorcio es la ausencia de una definición autónoma del matrimonio, tan importante a la hora de configurar un criterio unitario de cónyuge a efectos de su disolución. Esta ausencia unida a la limitación que introducen los arts. 1.2 b) y 13 RR III, como ya se ha apuntado, conduce inexorablemente a que la respuesta jurídica a estas y otras situaciones vinculadas al estatuto personal con repercusión transfronteriza en las que no existe una regulación uniforme a nivel institucional, se hagan descansar en las soluciones internas que cada Estado miembro ofrece a la cuestión de previa validez del matrimonio, soluciones que tampoco siguen criterios unívocos en los distintos ordenamientos al quedar excluida esta cuestión del ámbito de aplicación material del RR III. Lo que sí parece claro es que sea cual fuere el método que se adopte a la hora de determinar la validez de estos matrimonios este tendrá que ser concordante con los derechos reconocidos en el TFUE, la CDFUE y en la CEDH⁸¹.

41. El método de reconocimiento por referencia fue utilizado por el TJUE en el conocido asunto *García Avello* en un conflicto de leyes que afectaba al nombre y los apellidos con la finalidad de resguardar el derecho del ciudadano europeo a circular libremente por el territorio de la UE⁸². Mismo fundamento que late en muchas otras sentencias del Alto Tribunal dentro y fuera del estatuto personal⁸³.

42. En paralelo el TJUE viene desempeñando una señalada labor en la construcción del concepto de cónyuge que han servido para articular de algunos criterios moduladores de la potestad discrecional estatal en supuestos de discriminación por razón del sexo⁸⁴, pronunciamientos que tarde o temprano van a repercutir en las futuras soluciones contemple el legislador comunitario en el ámbito de la familia.

43. En la configuración del concepto de cónyuge la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (*As. C-673/16, Coman y otros*) ha supuesto un importante hito que ha reactivado el debate en torno al re-

⁷⁸ M. SOTO MOYA, "El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, n.º. 40, segundo semestre-2018, pp. 453-481, pp. 469-476.

⁷⁹ A. G. CHUECA SANCHO, "La libertad de circulación de trabajadores en el EEE", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 35, 2014, pp. 83-111.

⁸⁰ Aunque cierta doctrina cuestiona este criterio entendiendo que su aplicación exige comprobar si el resultado al que conduce el reconocimiento solicitado puede ser tolerado por el ordenamiento foro, y lo cierto es que en ningún Estado miembro de la UE la homosexualidad se está prohibida. M. SOTO MOYA, "Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España", *op. cit.*, p. 845.846; M. REQUEJO ISIDRO, "Derecho internacional privado de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual", en *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la AEPDIPr., Madrid, 2003, pp.243-251.

⁸¹ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, "La cuestión previa de la "existencia de matrimonio" en el proceso de divorcio con elemento extranjero", *op. cit.*, p. 144.

⁸² A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo armonizador? (a propósito de las SSTJUE, asuntos K.B. y García Avello)", *RDCE*, n.º 18, mayo-agosto 2004, pp. 507-529.

⁸³ STJCE 30 marzo 1993 (*As. C-168/91, Konstantinidis*); SSTJUE 2 octubre 2003 (*As. C-148/02, García Avello*); de 14 octubre 2008 (*As. C-353/06, Grunkin-Paul*); de 22 diciembre 2010 (*As. C-208/09, Wittgenstein*); de 12 mayo 2011 (*As. C-391/09, Vardyn*).

⁸⁴ Sobre esta evolución véase, M. SOTO MOYA, "Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España", *op. cit.*, pp. 812-824.

conocimiento de los derechos de los cónyuges del mismo sexo en el marco de la libre circulación, dando un paso más en este proceso evolutivo. Los hechos que dieron fundamento a esta decisión derivaron de la negativa de la autoridad rumana a otorgar la residencia en dicho país por más de tres⁸⁵ a un nacional norteamericano casado en Bélgica con nacional rumano que no fue considerado “cónyuge” para dicha autoridad a estos efectos porque en Rumanía estos matrimonios carecen de validez.

En este asunto el Alto Tribunal hace una interpretación autónoma del término “cónyuge” recogido en el art. 2.2 a) de la Directiva 2004/38/CE⁸⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sosteniendo su neutralidad en cuanto al género⁸⁷. Y responde al tribunal rumano recordándole que, aunque el estado civil de las personas sigue siendo un ámbito reservado a los Estados miembros a la hora de decidir quién y a la luz de qué exigencias se puede celebrar un matrimonio dentro de su soberanía, dicha autoridad está asimismo obligada a respetar el Derecho de la UE, en especial, las disposiciones relativas a la libertad de circulación y de residencia reconocida en el territorio de los Estados miembros⁸⁸. No obstante, al tiempo que el Tribunal de Justicia hace esta afirmación aclara que ello no implica el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo ni de sus efectos civiles en los Estados miembros en los que estos matrimonios no sean admitidos. De esta forma asume una interpretación estricta del concepto de cónyuge, lo que, en nuestra opinión, resulta razonable al no estar facultado para elaborar conceptos más allá de los límites impuestos por los asuntos sometidos a su jurisdicción.

44. Ahora bien, sabido es que las limitaciones a la libertad de circulación no se reducen a los derechos consagrados en la Directiva 2004/38/CE. Qué duda cabe sobre la configuración de esta limitación en los casos en que un matrimonio del mismo sexo celebrado entre sujetos protegidos por el Derecho de la UE -en calidad de titular originario o derivativo- vean coartada su movilidad transfronteriza, porque son concededores de los obstáculos que tendrán que sortear en todos aquellos Estados miembros en los que su matrimonio no sea considerado válido, que hoy son más de la mitad (15 concretamente). Y ello, no solo en relación con los derechos que sí les reconoce el Estado de su residencia habitual en calidad de cónyuges⁸⁹ (prestaciones sociales, en materia de empleo, ventajas fiscales, pensiones de viudedad⁹⁰, etc...), sino también frente a eventuales acciones de divorcio que los cónyuges pretendan ejercitar ante las autoridades de dichos Estados.

45. Según hemos expresado antes, debido al influjo de los arts. 13 y 1.2 b) RR III estas acciones no serán resueltas en aquellos Estados miembros en los dichos matrimonios no son considerados válidos, lo que no solo configura un supuesto discriminatorio (orden público sustantivo), sino también la denegación de acceso a la justicia y, por consiguiente, una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva recogido en los arts. 21.1 y 47 CDFUE (orden público procesal).

⁸⁵ Derecho a reunirse con su esposo, titular originario del Derecho de libre circulación (nacional rumano), reconocido en la Directiva 2004/38. La finalidad de este reconocimiento es garantizar el Derecho a la vida familiar reconocido en la CDFUE, en calidad de titular derivativo, al tratarse de un nacional de un tercer Estado.

⁸⁶ De hecho, la Comisión declinó una propuesta de enmienda en relación concepto de cónyuge presentada por el Parlamento Europeo a la actual Directiva 2004/38/CE, con apoyo en el derecho de libre con la finalidad marginar la condición sexual. Entre las fundamentaciones de la Comisión estaba que solo dos Estados miembros habían reconocido en ese momento estos matrimonios.

⁸⁷ DO L 158, de 30 de abril de 2004.

⁸⁸ S. ROMBOLI, “The conflict between national identity and the european union law in the coman case: the court of justice adds another key piece for the protection of homosexual couples against discrimination”, *ReDCE*, nº 33, enero-junio 2020, pp. 1-23, p. 12 ; A. SPERTI, “Il riconoscimento giuridico delle coppie *same-sex* a Strasburgo, in attesa di una piena eguaglianza”, *Studium Iuris*, nº 10, 2018, pp. 1155-1164; F. BATTAGLIA, “La definizione di ‘coniuge’ ai sensi della direttiva 38/2004: il caso Coman e Hamilton”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, pp. 301-321 p. 318.

⁸⁹ M. BONINI-BARALDI, “EU family policies between domestic “good old values” and fundamental rights: the case of same-sex families”, *Maastricht Journal of International Law*, nº 4, 2008, pp. 517-551, p. 549.

⁹⁰ STJUE de 7 de enero de 2004 (*As. C-117/01, K.B. vs. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*). Sobre esta sentencia véase I. CANOR, “Nota a la STJUE de 7 de enero de 2004”, *CMLR*, 2004, pp. 1113-1125.

Tampoco los cónyuges podrán acreditar su condición de divorciado ante tales autoridades debido a que la sentencia de divorcio dictada en el Estado miembro de su residencia no será homologada en el Estado miembro hacia el que pretenden desplazarse por constituir un ataque a sus bases fundamentales, lo que también contraviene *ius connubii* y la estabilidad en el estado civil de las personas, provocando una injustificada una situación general de inseguridad jurídica para los cónyuges.

46. Delimitada es idea, es igualmente importante señalar que la libre circulación no solo debe propulsar la europeización de las soluciones de DIPr. de los Estados miembros con la finalidad de derribar cualquier obstáculo que impida su pleno ejercicio. Implica, además y, sobre todo, acompañar aquellas soluciones ya establecidas por el legislador comunitario cuando estas no respondan adecuadamente a los valores y principios supranacionales que representa. Como es natural, adoptar esta postura implica abandonar la actitud conservadora en la que se encuentra anclado el poder legislativo europeo en un ámbito tan necesitado de soluciones efectivas como el de la familia. Un comportamiento que sería más coherente que trasladar un mensaje contradictorio a los Estados miembros sobre el carácter hegemónico y privilegiado de las normas europeas frente a las estatales, alterando indirectamente este orden.

47. En la parte introductora a este epígrafe indicamos que los obstáculos al derecho fundamental de libre circulación reconocido a los nacionales europeos y a ciertos nacionales de terceros Estados en distintas directivas europeas, constituye una discriminación indirecta, pero al margen de este reconocimiento no hay que olvidar que en el ámbito intra europeo también se protegen las discriminaciones directas basadas en la nacionalidad, raza, religión y sexo.

Lo que quiero significar con este paralelismo (libre circulación y orden público) es que, además de existir la necesidad de eliminar los obstáculos normativos actualmente existentes en el matrimonio en torno al género en los distintos Estados miembros en base a la libertad de circulación, tal erradicación también se encuentra ampliamente justificada en el derecho de no discriminación directa por razón de sexo reconocido en el art. 21 de la CDFUE y en el art. 14 del CEDH. Las tensiones que se pueden plantear entre las soluciones materiales y de DIPr. de los Estados miembros y las normas europeas deben resolverse siempre a favor del Derecho de la UE (principio de primacía del Derecho europeo)⁹¹.

48. El orden público, como excepción que es, presenta un carácter restrictivo que únicamente podrá ser esgrimido cuando exista una amenaza real y manifiesta que afecte gravemente los principios y valores fundamentales del foro no en cuanto a su contenido sino en sus resultados⁹². Consecuencia difícilmente sustentable cuando el simple cruce de fronteras frustra la efectividad de un reconocimiento que ha sido el resultado de un proceso evolutivo que ha permitido integrar valores universales que eliminan las desigualdades.

El reconocimiento del matrimonio del mismo sexo como cuestión *sine qua non* para dictaminar su posterior disolución no compromete las bases fundamentales del ordenamiento del foro que haya institucionalizado la concepción heterosexual matrimonio. En ningún caso la defensa de los valores de la familia tradicional (matrimonio entre personas de distinto sexo) se pueden erigir en un motivo de peso para denegar los derechos del matrimonio entre personas del mismo sexo, sin que se vea comprometido en derecho fundamental de no discriminación. Así lo ha hecho patente en reiteradas ocasiones el TEDH, espíritu del que se ha nutrido asimismo la jurisprudencia del TJUE⁹³ como así se ha visto reflejada en la propia sentencia *Coman y otros*⁹⁴.

⁹¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman, *La Ley*, nº 56, 2018, pp. 1-6, p. 4.

⁹² J. M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 339-341.

⁹³ SSTJUE de 1 de abril de 2008 (*As. C-267/0610, Maruko*); de mayo de 2011 (*As. C-147/08, Romer*) y de 24 de noviembre de 2016 (*As. C-443/15, Parris*).

⁹⁴ En esta sentencia el tratamiento de la discriminación por razón del sexto cobra especial relevancia en la en las Conclusiones del Abogado General M. Wathelet, del mismo modo que años antes lo hizo el Abogado general N. Jaaskinen en las Conclusiones presentadas en la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2011, (*As. C-147/08, Romer*).

En esta dirección apunta SALERNO que la referencia a la ley extranjera también implica una retirada de las funciones soberanas del Estado del foro y la entrada de normas internacionales de la UE, configurándose así una interpretación evolutiva de los principios constitucionales del ordenamiento estatal.

La entrada de valores extraños facilita la incorporación gradual de nuevos parámetros constitucionales que inciden decisivamente en situaciones internas, al tiempo que obliga al legislador estatal a modificar su ley material en aras de la plena realización del principio de igualdad⁹⁵.

Sin embargo, en el ámbito de integración europea no se requiere siquiera que este cambio opere, aunque sería lo deseable, básicamente porque los derechos, principios y libertades reconocidos en la CDFUE tienen carácter vinculante para los Estados miembros y para las instituciones comunitarias a la hora de adoptar y aplicar Derecho comunitario. Los derechos fundamentales reconocidos en la Carta deben ser igualmente respetados en las políticas desarrolladas por la UE representadas a través de sus instituciones. Como importante es también el papel que juega la CEDH en relación con las obligaciones de los Estados miembros dentro del espacio de integración europea⁹⁶.

III. Conclusiones

49. A lo largo de este trabajo hemos tenido ocasión identificar distintos factores que comprometen la buena marcha del mercado interior concretados en la libertad de circulación y en el derecho de no discriminación por razón de sexo.

En torno a esta problemática intervienen distintos factores: a) las grandes diferencias existentes en los modelos de regulación divorcio en el derecho comparado; b) la distinta concepción del matrimonio que dichos ordenamientos sostienen; c) las limitaciones impuestas por el legislador europeo en las normas de DIPr. en el ámbito del divorcio; y d) la cuestionable postura seguida por las autoridades estatales en torno a la función que deben asumir dentro del espacio europeo a la hora de responder a los divorcios transfronterizos de matrimonios igualitarios.

50. En relación con las diferencias materiales en la concepción del divorcio el legislador comunitario ha habilitado soluciones encaminadas a respetar la identidad los derechos estatales que impiden cuestionar las meras diferencias normativas en la regulación del divorcio, lo que resulta saludable. Sin embargo, no es menos cierto que muchas de estas diferencias pueden llegar a bloquear el efecto útil del *favor divorcii* y de *ius connubii*, así como limitar la libertad personal. Los obstáculos impuestos en determinadas normas divorcistas tienen la clara intención de evitar la ruptura del vínculo oponiendo restricciones legales que impidan alcanzarlo con relativa inmediatez. Una forma no intrusiva de reducir este impacto se podría conseguir diseñando una norma de conflicto materialmente orientada a la aplicación de la ley del foro cuando esta contenga soluciones materiales más favorables, como así ocurre en el Derecho español.

51. Uno de los puntos negros menos sostenible en el marco judicial europeo es la falta de compromiso de nuestro legislador con el modelo de familia homoparental, mostrando absoluto desprecio por la integración de soluciones compatibles con el derecho de no discriminación por razón de sexo.

Es cierto que el impacto de estas regulaciones ha disminuido sustancialmente si lo ponemos en relación con la situación existente en el momento en el que se adoptaron cada uno de estos reglamentos (RB II bis y RR III), pero el número de Estados que a día de hoy no admiten los matrimonios del mismo sexo sigue siendo mayor, en concreto, 15 de un total de 26 Estados miembros del RB II bis. Por tanto, 15 estos Estados miembros seguirán resistiéndose a homologar las resoluciones de divorcio de matrimonios

⁹⁵ F. SALERNO, "Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (ce) n. 44/2001, CDT, vol. 2, n° 1, marzo 2010, pp. 5-24, pp. 18-20.

⁹⁶ S. CARRERA y F. GEYER, "El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 29, enero-abril 2008, pp. 133-162, pp. 143 y 144; E. GUILD, "The Variable Subject of the EU Constitution, Civil Liberties and Human Rights", *European Journal of Migration and Law*, vol. 6, n° 4, 2004, pp. 381-394.

celebrados entre personas con identidad provenientes de los 11 Estados restantes que sí los reconocen, puesto que su orden público internacional va a quedar estrechado a su visión interna y no supranacional.

A ello se suma que de los 11 Estados miembros del RB II *bis* que admiten estos matrimonios, 4 de ellos no participan de la cooperación reforzada del RR III, de modo que 9 de los 17 Estados miembros del RR III, es decir, más de la mitad, tampoco se verán obligados a declararse competentes para decretar estos divorcios y no porque a ello se oponga el RB II *bis*, sino porque el art. 13 RR III no les obliga a decretar el divorcio si para dichas autoridades estos matrimonios carecen de validez. No se puede obviar el efecto implícito de estas regulaciones en los sectores de competencia judicial internacional e incluso en el de reconocimiento, pese a la neutralidad del RB II *bis*.

52. A la resolución de esta problemática contribuiría decididamente y sin mayores dificultades un concepto europeo de cónyuge, aunque no parece que el legislador europeo esté por la labor de superar este escollo admitiendo conceptos autónomos en el ámbito de la familia, ámbito todavía reservado al coto privado de cada Estado miembro.

53. Por su parte, la doctrina del TJUE, que es una fuente inagotable de la que se nutre el Derecho europeo, que ha servido para impulsar importantes modificaciones en las normas de producción intra europeas, así como para superar las lagunas existentes entre ordenamientos estatales y entre éstos y el Derecho de la UE, tampoco cuenta de momento con pronunciamientos específicos en el ámbito del divorcio que ayuden a superar el déficit detectado en el sentido de una concepción unitaria de “cónyuge”.

La sentencia *Coman*, es indudable, ha supuesto un importante salto en la eliminación de las desigualdades fundadas en el sexo que ha servido para dejar sentado el carácter neutral desde el punto de vista del género del concepto de “cónyuge”; pero su lectura tiene una aplicación limitada al art. 2.2 a) de la Directiva 2004/36 /UE y solo a efectos de la obtención de una residencia a título derivativo en el marco de la libertad de circulación. En consecuencia, la competencia estatal sobre la consideración del matrimonio quedaría intacta -como así acuñó el propio Tribunal-, salvo en lo relativo a la libre circulación de los rumanos en el marco de la mentada Directiva. De ahí que sus pronunciamientos tampoco serían traspolables a situaciones como la que ahora nos ocupa, y motivo por el que las garantías sobre tales desigualdades se tendrán que seguir construyendo lenta y progresivamente por el TJUE a través de correctivos puntuales que solo se circunscriben a su esfera de actuación.

54. Ante la ausencia de una respuesta solvente en las normas de DIPr. la vía más accesible para replicar a esta cuestión encuentra su cauce en el reconocimiento por referencia. Mediante esta técnica será posible dictaminar el divorcio de un matrimonio igualitario matrimonio, a partir de la presunción de validez de todos los requisitos de forma y de fondo (capacidad y consentimiento) exigidos por el Derecho aplicable al matrimonio cuyo divorcio se interese.

55. Por último, y al margen de los recursos de los que hoy disponemos para dar respuesta a las limitaciones instauradas por las normas de DIPr. en este ámbito, es preciso insistir asimismo en la función que están llamadas a asumir las autoridades estatales dentro del escenario europeo y el propio legislador institucional.

Cuando un tribunal de un Estado miembro de la UE interviene en algún proceso con elemento extranjero, sea un divorcio o cualquier otro, asume la responsabilidad de intervenir como garante del Derecho de la Unión, un derecho que deber aplicar e interpretar con arreglo los principios informadores operativos en este ámbito. Ello explica por qué no se puede justificar que en el orden público internacional estatal el rechazo de decisiones de divorcios de matrimonios igualitarios dictaminadas por los Estados miembros, así como tampoco que una autoridad con competencia no resuelva sobre el fondo de estos divorcios porque sus principios y valores domésticos que lo impidan. En situaciones transfronterizas el orden público internacional de cada Estado miembro debe ser entendido dentro de los límites fijados por el Derecho de la UE. Estos límites están contenidos en el TFUE, en la CDFUE y en la CEDH y siempre primarán sobre cualquier disposición interna que lo contradiga.

Tampoco se justifica la postura conservadora legislador comunitario frente a las desigualdades por motivos de sexo institucionalizadas por ciertos Estados miembros, postura que resulta contraria a los intereses que está llamado a proteger. El legislador europeo es consciente que el Derecho que emana de las instituciones de la UE también es fruto de la integración de principios y valores protegidos por el Derecho de la UE - entre los que se encuentra la libre circulación y la no discriminación por razón de sexo-, normas que implícitamente deben advertir a los Estados miembros sobre la responsabilidad que asumen desde el momento que deciden integrarse a un espacio supranacional.