

# LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO EN EUROPA: EL FUTURO REGLAMENTO ROMA III

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA  
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
*Profesor titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Murcia*

Recibido: 13.01.2009 / Aceptado: 02.02.2009

**Resumen:** La Propuesta de “Reglamento Roma III” presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas el 17 julio 2006 contiene un cuerpo de normas que persigue una doble finalidad. En primer lugar, la Propuesta trata de superar los inconvenientes que habían planteado algunas normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre (Bruselas IIbis). En concreto se trata de permitir un divorcio más sencillo ante tribunales de los Estados miembros a los ciudadanos comunitarios que residen habitualmente en terceros países, así como de admitir la elección, por los cónyuges del tribunal competente para dictar una sentencia de divorcio y, por último, de abrir nuevos foros para permitir el divorcio en los casos de matrimonios entre personas del mismo sexo y en los casos en los que la Ley del Estado miembro del tribunal que conoce del asunto no admite la institución del divorcio. Por otra parte, la Propuesta de Reglamento Roma III incorpora un cuerpo de normas de conflicto para que la Ley reguladora del divorcio sea la misma en todos los Estados comunitarios que participen en este futuro Reglamento. En este sentido, la Propuesta admite la elección por los cónyuges de la Ley aplicable al divorcio y separación judicial. En defecto de elección de Ley, la Propuesta recoge los criterios de la residencia habitual, nacionalidad común de los cónyuges y en último término, *Lex Fori*, con la finalidad de facilitar el divorcio en los casos internacionales que se plantean en los Estados miembros.

**Palabras clave:** divorcio, normas de conflicto, comunitarización del Derecho internacional privado, *Lex Fori*, Ley nacional, residencia habitual, *forum necessitatis*.

**Abstract:** The Proposal known as “Rome III Regulation” presented by the Commission of the European Community on July the 17th 2006 deals with two kind of problems. Firstly, the Proposal tries to overcome the shortcomings arose by Council Regulation 2201/2003 of November the 27th. Secondly, the Proposal creates a brand new body of Conflict-Of-Laws rules in order to determine the Law applicable to divorce and legal separation. These uniform Conflict-Of-Laws rules will avoid the problem of *Forum Shopping* in the EU. The Proposal contains different connecting factors, in particular, party autonomy, habitual residence, common nationality and *Lex Fori* ordered in a classical “Kegel’s Ladder system”. By these connecting factors divorce should be easier and faster in the European Community and it will also facilitate the recognition of divorce and separation judgments in the EU.

**Key words:** Divorce, Conflict-Of-Law, Private international Law of the European Community, *Lex Fori*, national Law, habitual residence.

**Sumario:** I. Consideraciones generales. 1. La iniciativa comunitaria. La Propuesta de Reglamento “Roma III”. 2. Dificultades de la regulación jurídica del divorcio en los casos internacionales. II. Motivos para la elaboración del Reglamento “Roma III”. El espacio de libertad, seguridad y justicia, la libre circulación de personas y el divorcio internacional. III. La Propuesta de Reglamento Roma III. Aspectos de Derecho aplicable al divorcio y a la separación judicial. 1. Primer punto de conexión: elección de Ley por las partes. 2. Ley aplicable al divorcio en defecto de elección de Ley por los cónyuges. A) Ley de la residencia habitual común de los esposos en el momento de la interposición de la demanda de divorcio. B) Ley del Estado de la última residencia habitual común de los esposos siempre que uno de los esposos todavía resida allí y no hayan pasado más de tres años desde que dicho Estado dejó de ser la residencia habitual común. C) Ley del Estado de la nacionalidad común de los esposos. D) *Lex Fori*. 3. Ámbito de la Ley aplicable al divorcio y separación legal. 4. Otras cuestiones relativas a la Ley aplicable al divorcio y a la separación legal. A) Orden público internacional. B) Cláusula de rechazo de la Ley extranjera. C) Aplicación de la *Lex Fori* en casos de *Forum Necessitatis*. D) Prueba de la Ley extranjera. E) Sistemas plurilegislativos. F) Exclusión del reenvío. 5. “*Lex Fori Approach*” y Ley aplicable al divorcio.

## I. Consideraciones generales.

### 1. La iniciativa comunitaria. La Propuesta de Reglamento Roma III.

1. El 14 marzo 2005, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó el “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”<sup>1</sup>. Dicho Libro Verde fue objeto de observaciones realizadas por diversos Gobiernos y Ministerios de los Estados Miembro, así como por asociaciones de juristas y por particulares interesados. Con fecha 17 julio 2006, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó una “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”<sup>2</sup>, conocida como “Propuesta de Reglamento Roma III”. Desde esa fecha hasta julio de 2008, los representantes de los Estados miembros se han reunido en numerosas ocasiones en el seno del Comité de Derecho Civil (Sección Roma III) y la propuesta se ha perfilado de modo muy notable<sup>3</sup>.

2. Los trabajos pre-legislativos se han visto retardados debido a la reticencia de ciertos Estados miembros a aprobar un Reglamento que permitiese la aplicación de una Ley “extranjera” en un proceso de divorcio. Estos Estados miembros poseen normas de conflicto en materia de divorcio que conducen a la aplicación, en todo caso, de la *Lex Fori* (= *Lex Fori Approach*). Dichos Estados miembros entienden que el divorcio es un derecho subjetivo que no puede quedar regulado, en ningún caso, por una Ley extranjera. Es el caso de Suecia. Ante la situación de *impasse*, fue imposible aprobar el texto del Reglamento Roma III en la fecha inicialmente prevista. En mayo de 2008, los servicios jurídicos de la UE admitieron que el Reglamento Roma III podía aprobarse como fruto del procedimiento de la “cooperación reforzada”<sup>4</sup>. Ocho Estados miembros, entre ellos España e Italia, subrayaron su intención de iniciar este

<sup>1</sup> Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005.

<sup>2</sup> Doc COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006.

<sup>3</sup> La última propuesta completa del Reglamento Roma III se contiene en el Documento 8587/08, Bruselas 18 abril 2008.

<sup>4</sup> El art. 11 TCE afirma: “1. Los Estados miembros que se propongan establecer entre sí una cooperación reforzada en cualquiera de los ámbitos contemplados en el presente Tratado dirigirán una solicitud a la Comisión, que podrá presentar al Consejo una propuesta en tal sentido. Si no presenta ninguna propuesta, la Comisión comunicará los motivos a los Estados miembros interesados. 2. La autorización para llevar a cabo una cooperación reforzada a que se refiere el apartado 1 será concedida por el Consejo, dentro del respeto a los artículos 43 a 45 del Tratado de la Unión Europea, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo. Cuando la cooperación reforzada se refiera a un ámbito que se rija por el procedimiento previsto en el artículo 251 del presente Tratado, se requerirá el dictamen conforme del Parlamento Europeo. Cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo. Una vez suscitado dicho asunto ante este último, el Consejo podrá decidir de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del presente apartado. 3. Los actos y decisiones necesarios para el desarrollo de las acciones de cooperación reforzada deberán ajustarse a todas las disposiciones pertinentes del presente Tratado, salvo disposición en contrario del presente artículo y de los artículos 43 a 45

procedimiento de “cooperación reforzada”. El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) en su sesión número 2887 celebrada los días 24 y 25 de julio en Bruselas, tomó nota de la intención de esos ocho Estados miembros de invitar a la Comisión a presentar una propuesta de Reglamento Roma III a través del procedimiento de la cooperación reforzada. Frente a ello, algunos Estados pusieron en duda la utilización de este mecanismo. La Comisión se mostró favorable a estudiar la solicitud de elaboración del Reglamento Roma III a través de la cooperación reforzada. La cooperación reforzada es un procedimiento que, a la fecha presente, todavía no ha sido utilizado en la elaboración de textos legales en la UE. A través de la cooperación reforzada, un instrumento legal se aplica en al menos ocho Estados miembros, y dicho instrumento legal puede aplicarse, más tarde, a otros Estados miembros de la UE o a todos. Los Estados miembros que han manifestado su apoyo a la cooperación reforzada son España, Francia, Italia, Austria, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Rumanía y Eslovenia. Otros Estados miembros han mostrado su predisposición para adherirse a la iniciativa de cooperación reforzada a la vista de la nueva Propuesta de Reglamento Roma III que pudiera presentar la Comisión UE. Se trata de Alemania, Bélgica, Portugal, Eslovaquia y Lituania<sup>5</sup>. Si el Reglamento Roma III se aprueba como fruto de la cooperación reforzada, debe tenerse presente que no pasará a formar parte del “*acquis communautaire*”. Esta circunstancia podría permitir que la Propuesta inicial del Reglamento Roma III, que abarcaba cuestiones tanto de Derecho aplicable como de competencia judicial internacional en relación con el divorcio y la separación judicial, se dividiera ahora en dos vías diferentes y en dos futuros Reglamentos distintos. Una primera vía podría desembocar en un Reglamento a través del procedimiento de la cooperación reforzada que aborde, exclusivamente, la cuestión de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (= Roma III *primo binario*). Este Reglamento no formaría parte del *acquis communautaire*. Una segunda vía permitiría elaborar otro Reglamento (= Roma III *secondo binario*), que incorporase una serie de reformas de las normas de competencia judicial internacional contenidas actualmente en el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, conocido como Reglamento Bruselas IIbis<sup>6</sup>. Este segundo Reglamento sí pasaría a ser parte del “*acquis communautaire*” y podría ser aplicable en todos los Estados miembros excepto Dinamarca, Estado que no participa en el citado Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003. La posibilidad de elaborar un Reglamento Roma III limitado a las cuestiones de Ley aplicable al divorcio y que resultase aplicable exclusivamente a ciertos Estados Miembros, no debe provocar incertezas ni perplejidades. Debe recordarse que, en todo caso, y en virtud de disposiciones específicas, ni el Reino Unido ni Irlanda ni Dinamarca participan en principio en los Reglamentos que son fruto de la comunitarización del Derecho internacional privado y que se elaboran a partir del art. 65 TCE. Ello no obsta a que en el futuro, los dos primeros Estados miembros se incorporen como Estados miembros al Reglamento Roma III bien mediante un *opting-in*<sup>7</sup>. Y tampoco impide que Dinamarca se incorpore a estos Reglamentos post-Amsterdam mediante un Acuerdo con la UE. Debe recordarse, en este sentido, que Dinamarca es ahora un “Estado miembro” en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>8</sup>, gracias al Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Di-

---

del Tratado de la Unión Europea”. El art. 11 A TCE indica que: “Cualquier Estado miembro que desee participar en una cooperación reforzada establecida en virtud del artículo 11 notificará su intención al Consejo y a la Comisión, que transmitirá su dictamen al Consejo en un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación. En un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de recepción de la notificación, la Comisión se pronunciará al respecto, así como sobre las posibles disposiciones particulares que pueda considerar necesarias”.

<sup>5</sup> Diario “20 minutos”, 24 julio 2008 e información de la Agencia EFE de 24 julio 2008.

<sup>6</sup> DOUE L 338 de 23 diciembre 2003.

<sup>7</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 11: “El Reino Unido e Irlanda no participan en la cooperación desarrollada en los ámbitos cubiertos por el título IV del Tratado a menos que manifiesten su deseo de participar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y no queda vinculada por éste ni sujeta a su aplicación en virtud de los artículos 1 y 2 del protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

<sup>8</sup> DOCE L 12 de 16 enero 2001.

namarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de 19 octubre 2005<sup>9</sup>, y que es también un Estado miembro en el Reglamento 1348/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>10</sup>, en virtud del Acuerdo de 19 octubre 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>11</sup>. En el momento presente, la iniciativa para reactivar los trabajos sobre el Proyecto de Reglamento Roma III corresponde a la Comisión de las Comunidades Europeas<sup>12</sup>. En todo caso, como sucede con toda iniciativa legal, el destino final de la Propuesta de Reglamento Roma III es incierto y su posible aprobación final como Reglamento comunitario es, en el momento presente, una incógnita.

3. El presente trabajo tiene como objetivo exponer de modo sucinto las soluciones generales que se contienen en la Propuesta de Reglamento Roma III en lo que se refiere, exclusivamente, a la Ley aplicable a la separación judicial, divorcio y nulidad matrimonial. Esta Propuesta presenta un alcance social muy relevante. En efecto, según las cifras más recientes, los divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad en la Unión Europea fueron, en el año 2005, un total de 170.000. Ello supone más del 20% de los divorcios en la Unión Europea<sup>13</sup>. La Propuesta presenta también un interés extraordinario desde un punto de vista técnico-jurídico y desde la perspectiva de la integración europea. En efecto, se trata del primer Reglamento comunitario destinado a contener normas de conflicto que señalan la Ley aplicable a una materia de Derecho de Familia, como es el divorcio y la separación judicial. En este sentido, no deben sorprender las serias dificultades que el Reglamento Roma III está encontrando en su elaboración. Las cuestiones de Derecho de Familia, que son competencia de los Estados miembros, presentan una sensibilidad muy especial, pues reflejan de una manera muy marcada el modo de organización, la cultura y la moral de la sociedad de cada Estado miembro (T. WOLFF)<sup>14</sup>. Ambas razones explican que esta Propuesta haya suscitado la atención de la doctrina especializada<sup>15</sup>, así como la calidad de los docu-

<sup>9</sup> DOUE L 299 de 16 noviembre 2005.

<sup>10</sup> DOCE L 160 de 30 junio 2000. Este Reglamento ha sido derogado por el Reglamento (CE) Núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo (DOUE L 324 de 10 diciembre 2007).

<sup>11</sup> DOUE L 300 de 17 noviembre 2005.

<sup>12</sup> *Bulletin Quotidien Europe*, núm. 9766, de 22 octubre 2008, p. 14.

<sup>13</sup> *Vid.* News Release Eurostat 25/2006, 12 mayo 2006, International Day of Families, “The family in the EU25 seen through figures”, Luxemburgo, 2006. La cifras totales de divorcios en la UE son elevadas. En el año 2004 se celebraron en la UE en torno a 2.2 millones de matrimonios. La cifra de divorcios en ese año fue, aproximadamente, de casi 1 millón de divorcios. Los Estados miembros con mayor número de divorcios fueron la República Checa, Estonia y Lituania, y los Estados miembros con cifras más reducidas de divorcios fueron Irlanda, Grecia e Italia. Se hace eco de la alta cifra de divorcios que se producen en la UE la misma COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 2. También, con datos concretos, extraídos de la *Statistisches Bundesamt* (Alemania), lo subraya la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 3: “Como ejemplo, aproximadamente el 15 por ciento de los divorcios pronunciados en Alemania al año (aproximadamente 30.000 parejas) afecta a parejas de distinta nacionalidad”.

<sup>14</sup> T. WOLFF, “Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Disputes”, *UnivPaLRev*, 2005, pp. 2215-2250.

<sup>15</sup> N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, “The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen”, *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 107-119; N. DETHLOFF, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; A. DEVERS, “De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international”, *Droit et patrimoine*, 2005, núm. 138, pp. 89-94; M. EKSTRÖM, “Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement ‘Bruxelles II’ à la proposition ‘Rome III’”, *L’observateur de Bruxelles*, 2007, p. 19; V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136; P. MCELEAVY, “The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?”, *ICLQ*, 2004, pp. 605-642; K. MCQUAID, “Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*,

mentos oficiales relacionados con la misma<sup>16</sup>.

## 2. Dificultades de la regulación jurídica del divorcio en los casos internacionales.

4. El divorcio es la causa principal de la disolución del matrimonio *intervivos*. Se trata de una institución jurídica complicada. En efecto: el divorcio comporta la disolución del vínculo matrimonial, pero produce una explosión paralela de efectos jurídicos en otras esferas jurídicas. El divorcio incide sobre el régimen económico del matrimonio, sobre las relaciones personales entre los cónyuges, sobre los derechos hereditarios, sobre posibles cambios de nombre, sobre las relaciones paterno-filiales con los hijos comunes, sobre la capacidad matrimonial, etc. Por ello, su regulación jurídica no es sencilla y menos aún lo es en Derecho internacional privado (H. GAUDEMET-TALLON, P. PAONE)<sup>17</sup>.

5. El divorcio, como hoy se concibe, es el producto de una tortuosa y delicada evolución histórica. En consecuencia, existen diversos modelos de divorcio, o “modos de entender el divorcio” como causa de disolución *intervivos* del vínculo matrimonial, diferentes de país a país (F. SCHWIND, B. PLITZ, D. HENRICH)<sup>18</sup>. No se trata sólo de “admitir o no admitir” el divorcio, sino también de “cómo se llega” al divorcio y de qué “consecuencias jurídicas” se derivan del divorcio (A. DEVERS, N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU)<sup>19</sup>.

6. Por otra parte, el divorcio es una institución jurídica extraordinariamente polémica, lo que ha producido una indudable repercusión en el Derecho internacional privado (J.M. ESPINAR VICENTE, C. GORNATI DE CIUCEIS, L. PALSSON)<sup>20</sup>. Ha sido una institución atacada con agresividad por ciertos sectores sociales y jurídicos. Pero ha sido también defendida radicalmente por otros.

---

57, 2007, pp. 847-880; F.R. PAULINO PEREIRA, “Rome III : la compétence jurisdictionnelle et la loi applicable en matière matrimoniale”, *RM CUE*, 2007, núm. 509, pp. 390-402; F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278; ID., “Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n.2201/2003 en ce qui concerne la compétence de et la loi applicable au divorce”, en *Mélanges M. Revillard*, Défrénois, 2007, pp. 245-255; C. RICCI, “Il foro della residenza abituale nel Regolamento n° 2201/2003 e nella proposta Roma III”, en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431; S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la UE sobre separación y divorcio”, *BIMJ* núm. 2043 de 1 septiembre 2007, pp. 3313-3332.

<sup>16</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005; Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (2006) 0399 – C6-0305/2006 – 2006/0135 (CNS)), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, elaborado por la Ponente EVELYNE GEBHARDT, y Ponente de opinión CARLO CASIN, Documento de sesión A6-0361/2008, de 19 septiembre 2008; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (13 diciembre 2006), Dictamen relativo a la “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial” COM (2006) 399 final, on line version.

<sup>17</sup> H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en Droit international privé”, *RCADI*, 1991, vol.226, pp. 9 206; ID., “Divorce”, *Juris classeur droit international*, fascículos 547-A / 547-C, 1988; P. PAONE, “Divorzio (Diritto internazionale privato)”, *EdD*, 1964, vol.XIII, pp. 526-534.

<sup>18</sup> F. SCHWIND, “Le divorce en droit international privé”, *RCADI*, 1966, vol.117, pp. 445-501 ; B. PLITZ, *Internationales Scheidungsrecht*, Munich, Beck, 1988, pp. 13-19 ; D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, Francfort a.M., 1988; ID., *Internationales Scheidungsrecht*, 1998, *passim*.

<sup>19</sup> A. DEVERS, “De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international”, *Droit et patrimoine*, 2005, núm. 138, pp. 89-94; N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, “The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen”, *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 107-119.

<sup>20</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, “La celebración del matrimonio en el Derecho internacional privado español. Una aproximación a los requisitos sustanciales”, *REDI*, vol.XXXVI, 1984, pp. 93-102; C. GORNATI DE CIUCEIS, “Problemi di diritto internazionale privato in tema di effetti del matrimonio invalido”, *RDIPP*, 1985, pp. 507-528; L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, 1974; ID., “Marriage and Divorce”, Chapter 16, vol.III, *IECL*, Tubinga, 1978, pp. 105-159.

En primer término, debe subrayarse que el divorcio ha sido blanco de ataques furibundos. En particular, la Iglesia Católica se ha mostrado muy hostil al divorcio. Los canonistas consideran que, salvo excepciones, el matrimonio es un sacramento que genera vínculo matrimonial caracterizado por la indisolubilidad, algo que el divorcio no puede romper. Pero el divorcio también ha sido una institución muy criticada por sectores radicales del “idealismo anarquista”, ya que si existe divorcio es que existe “matrimonio” y no “uniones libres”. En los utópicos *Falansterios* decimonónicos franceses ideados por CH. FOURIER, no había “divorcio” porque no había “matrimonio”, sólo “uniones libres”, como efectivamente sucedió en el único Falansterio auténticamente real y no utópico, el Falansterio de Ménilmontant, cerca de París.

En segundo término, debe ponerse de relieve que, a pesar de tales ataques, es un hecho incontestable que el divorcio se ha extendido con fuerza imparable por todo el mundo. El divorcismo es imparable y los hechos son tozudos. Lentamente se ha desvanecido el mito de un matrimonio indisoluble impuesto por la doctrina cristiana y en particular por la Iglesia Católica durante la Edad Media y hasta el siglo XVI. El éxito del divorcio radica en diversos factores: el enorme empuje de la Reforma Protestante y del Racionalismo ilustrado, que asentó el divorcio en los países germánicos; la Revolución Francesa, que introdujo el divorcio en Francia y otros países latinos; la Revolución comunista rusa de 1917, que lo introdujo en las legislaciones de países del Europa del Este; y finalmente, el laicismo y la secularización de la sociedad occidental. Italia se convierte al divorcio (1970), y también España (1981), dos países europeos tradicionalmente con sociedades de tendencia católica. Otro ejemplo muy significativo es el de Chile. La Ley chilena de matrimonio civil de 7 mayo 2004, que introduce el “divorcio” en Chile, acaba con la prohibición del divorcio que databa de 1884 y que se mantuvo vigente más de cien años.

7. Sin embargo, el divorcio no sólo se ha extendido por todo el planeta, sino que ha cambiado su fisonomía, su razón de ser e incluso, su función social y jurídica. En efecto, se ha superado la concepción del divorcio como “sanción excepcional”, consecuencia del incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte de un “cónyuge culpable”. Igualmente, se ha superado la concepción del divorcio-remedio (*divorce faillite* o *irretrievably breakdown of marriage*): el divorcio ya no se estima como una “consecuencia inevitable” de la ruptura de la convivencia conyugal. Toma cuerpo el divorcio por voluntad de cualquiera de las partes, de modo que el papel de los tribunales es ahora cercano al de un espectador que contempla una película: constata de la voluntad de divorciarse de los cónyuges o del cónyuge y vigila el ajuste a la Ley de los acuerdos de los cónyuges. El ejemplo proporcionado por el Derecho español es muy claro. En Derecho español, el art. 86 CC en su redacción dada por 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<sup>21</sup>, indica que “[s]e decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. En otras palabras: para pronunciar el divorcio, el actualmente vigente Derecho civil español no requiere más que la mera y sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, sin que se exija ninguna “causa” objetiva para acceder y pronunciar al divorcio. El matrimonio puede disolverse sin “causas” de divorcio. El cónyuge toma el poder y se divorcia cuando le parece mediante su sola manifestación de voluntad. Ambos elementos, la “complejidad jurídica” del divorcio, y la “complejidad histórico-ideológica” del divorcio, repercuten, como no podría ser de otra manera, en la regulación del divorcio por el Derecho internacional privado europeo y nacional.

## II. Motivos para la elaboración del Reglamento Roma III. El espacio de libertad, seguridad y justicia, la libre circulación de personas y el divorcio internacional.

8. En el momento de escribir estas líneas (diciembre de 2008), cada Estado miembro dispone de sus propias normas de conflicto para señalar el Derecho aplicable al divorcio y a la separación judicial en los

<sup>21</sup> BOE núm. 163 de 9 julio 2005.

“casos internacionales” (I. PERIN TOMICIC)<sup>22</sup>. En otras palabras, tales normas de conflicto son diferentes de Estado miembro a Estado miembro. A estos efectos, y como ha destacado la Comisión de las Comunidades Europeas, pueden distinguirse dos grupos de Estados miembros. Un primer grupo está formado por aquellos Estados miembros que determinan la Ley aplicable al divorcio a través de puntos de conexión que persiguen la aplicación al divorcio del Derecho del Estado con el que la situación presenta una mayor vinculación. Es el caso de Bélgica, España, Italia, Alemania, Francia, Grecia, Austria, Hungría, Estonia, Luxemburgo, Holanda, República Checa, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia (I. PERIN TOMICIC)<sup>23</sup>. Un segundo grupo de Estados miembros hace aplicable al divorcio, en todo caso, la *Lex Materialis Fori*. Es el caso de los países escandinavos y anglosajones: Letonia, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Irlanda y Chipre (K. MCQUAID)<sup>24</sup>. En una posición muy específica se halla Francia, que utiliza una “norma de conflicto unilateral” para determinar la Ley aplicable al divorcio (PH. FRANCESCAKIS, P. COURBE)<sup>25</sup>. En consecuencia, la Ley aplicable a un mismo supuesto de divorcio puede ser distinta según el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para pronunciar el divorcio. Debe tenerse presente que con arreglo al vigente Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>26</sup>, tribunales de distintos Estados miembros pueden ser competentes para dictar una sentencia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial en relación con un mismo supuesto.

9. Las autoridades comunitarias, a través del Reglamento Roma III, se proponen crear un cuerpo único de normas de conflicto aplicable en todos los Estados miembros de modo que la Ley reguladora del divorcio sea la misma con independencia del Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para dictar el divorcio o la separación judicial. Conviene examinar en este momento la competencia de las autoridades comunitarias para elaborar este nuevo “Reglamento Roma III”, así como las razones que hacen conveniente esta iniciativa legislativa.

10. El Proyecto de Reglamento Roma III se enmarca en el proceso conocido como “comunitarización del Derecho internacional privado”, que se encuentra descrito en los arts. 61 c y 65 TCE en la redacción dada a tales preceptos por el Tratado de Amsterdam de 2 octubre 1997, en vigor desde el 1 mayo 1999, posteriormente modificados por el Tratado de Niza<sup>27</sup>. Dicho proceso significa lo siguiente.

1º) Se establecerá, progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en la UE (art. 61 in primis TCE). Resulta complejo y difícil concretar qué se entiende por este “espacio de Justi-

<sup>22</sup>I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880, esp. p. 862.

<sup>23</sup>I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880, esp. p. 864.

<sup>24</sup>K. MCQUAID, “Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 3: “La mayoría de los Estados miembros determina la ley aplicable sobre la base de una escala de factores de vinculación por la que se intenta garantizar que el proceso se regirá por el ordenamiento jurídico con el que tenga una mayor vinculación. Otros Estados miembros aplican sistemáticamente sus leyes nacionales (“lex fori”) a los procesos matrimoniales”.

<sup>25</sup>PH. FRANCESCAKIS, “Le suprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international”, *RCDIP*, vol.LXIV, 1975, pp. 553-594 ; P. COURBE, “Le divorce international, premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil”, *TCFDIP*, 1988/1989, pp. 123-140.

<sup>26</sup>DOUE L 338 de 23 diciembre 2003.

<sup>27</sup>Art. 65 TCE: “Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

a) mejorar y simplificar:

- el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;

- la cooperación en la obtención de pruebas;

- el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;

b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de Leyes y de jurisdicción;

c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.

cia” en la UE, pues el TCE no incorpora ninguna definición al respecto. Cabe afirmar que dicho “espacio de Justicia” como objetivo “*simplificar la vida a los ciudadanos, en especial, en los aspectos que afectan a la vida diaria de los ciudadanos, como el divorcio*”<sup>28</sup>. Pero de una manera más técnica y más precisa, y tal y como fue perfilado en el Consejo de Tampere, puede indicarse que el “espacio de Justicia” en la UE se caracteriza por estos datos: (a) Es un espacio en el que las personas pueden acceder a los tribunales y autoridades de otros Estados miembros del mismo modo que pueden acceder a los tribunales y autoridades de su propio Estado miembro: (b) Es un espacio en el que las resoluciones se respetan y se ejecutan en toda la UE, con plena salvaguarda de la seguridad jurídica básica de las personas y de los operadores económicos; (c) Es un espacio en el que los particulares y las empresas no se ven impedidos o desincentivados en el ejercicio de sus derechos a causa de la incompatibilidad o de la complejidad de los sistemas legales y administrativos de los Estados miembros<sup>29</sup>.

2º) A tal fin, el Consejo tomará diversas medidas y emprenderá diversas acciones, entre las cuales se halla la adopción de “*medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65*” (art. 61 c TCE).

3º) Tales “medidas” deben ser adoptadas “*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67*”, deben ser medidas adoptadas “*en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza*” y sólo pueden acordarse “*en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*” (art. 65 TCE).

4º) Dichas medidas incluirán diversas acciones relacionadas en el art. 65, párrafos a, b y c TCE, entre las cuales se halla “*fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción*” (art. 65 b) TCE).

**11.** Este proceso de “comunitarización del Derecho internacional privado”, comporta, por tanto, que en los términos aludidos, se atribuye a las instituciones comunitarias la competencia para adoptar normas de competencia judicial internacional uniformes y normas de conflicto de Leyes uniformes en los Estados miembros. Es decir: las autoridades comunitarias disponen de competencia para elaborar normas de Derecho internacional privado que sirvan para construir el citado “*espacio de libertad, de seguridad y de justicia*” en la UE gracias a que la cooperación judicial en materia civil fue transferida, por el citado Tratado de Amsterdam, desde el “Tercer Pilar” al “Primer Pilar” (K. BOELE-WOELKI, J. BASEDOW, I. PERIN TOMICIC)<sup>30</sup>. En consecuencia, los Estados miembros pierden progresivamente la posibilidad de elaborar “normas de Derecho internacional privado”. El Derecho internacional privado no se ha comunitarizado “por capricho”. La comunitarización del Derecho internacional privado no es exclusivamente un capricho de los burócratas y de los políticos de Bruselas. No es sólo un proceso político de transferencia de competencias legislativas desde los Estados miembros a las autoridades comunitarias. La comunitarización del Derecho internacional privado es mucho más que eso. Como ha señalado abundante doctrina, la comunitarización del Derecho internacional privado es tanto una exigencia tanto de la integración europea<sup>31</sup>, como una necesidad de los mismos ciudadanos de la Unión Europea. La situación an-

<sup>28</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 2; Vid. DOCE C 19 de 23 enero 1999, p. 1.

<sup>29</sup> Consejo de Tampere (punto 5) “*The enjoyment of freedom requires a genuine area of justice, where people can approach courts and authorities in any Member State as easily as in their own (...) Judgements and decisions should be respected and enforced throughout the Union, while safeguarding the basic legal certainty of people and economic operators. Better compatibility and more convergence between the legal systems of Member States must be achieved*” y punto (28): “*In a genuine European Area of Justice individuals and businesses should not be prevented or discouraged from exercising their rights by the incompatibility or complexity of legal and administrative systems in the Member States*”. Vid. Tampere European Council 15 and 16 October 1999 - Presidency Conclusions, en <http://ue.eu.int/Newsroom/LoadDoc.asp?BID=76&DID=59122&from=&LANG=1>.

<sup>30</sup> K. BOELE WOELKI, “Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe”, *Private Law in the International Arena*, Liber Amicorum K. Siehr, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880.

<sup>31</sup> S. BARIATTI, “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privado comunitario”, *RDIPP*, 2003, pp. 671-706; ID., “Qualificazione e interpretazione nel diritto interna-



zionale privato comunitario: prime riflessioni”, *RDIPP*, 2006, pp. 361-376; J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; A. BONOMI, “Le droit international privé entre régionalisme et universalisme. Les compétences européennes en matière de droit international privé et les Etats tiers”, *RSDIDE*, núm. 3, 2006, pp. 295-309; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “DIPr y Tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol. LI, 1999-II, p. 383 ss.; A. BORRÁS, “La incidencia de la comunitarización del DIPr. en la elaboración de Convenios internacionales”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 45-77; A. BORRÁS, “Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi”, en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 449-484; K. BOELE-WOELKI, “Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe”, *Private Law in the International Arena*, Liber Amicorum K. Siehr, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; TH.M. DE BOER, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 193-214; S. BRUINIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, núm.2, diciembre 2003, pp. 277-300; C. HONORATI, “Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 3-45; L. DE LIMA PINHEIRO, “Federalismo e Direito Internacional Privado - algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado”, en D. MOURA VICENTE (Coord.), *Direito Comparado. Perspectivas Luso-Americanas, Comparative Law. Portuguese-American Perspectives*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 275-300; A. MALATESTA, “Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123 CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?”, *RDIPP*, 2007, pp. 293-313; R. MICHAELS, *EU law as private international law? Re-conceptualising the country-of-origin principle as vested rights theory*, Bremen, Zentrum für Europ. Rechtspolitik, 2006; P. DE MIGUEL ASENSIO, “El Tratado de Amsterdam y el DIPr.”, *La Ley UE*, 30 marzo 1998, pp. 1-3; H. DOHRN, *DIE KOMPETENZEN DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004; S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant-L.G.D.J., Paris, 2005; H. GAUDEMET-TALLON, “Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne?”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 319-338; H. GAUDEMET-TALLON, “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; C. HONORATI “Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 3-45; E. JAYME / CH. KOHLER, “L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, 1995, pp. 25 ss.; E. JAYME / CH. KOHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2007: Windstille im Erntefeld der Integration”, *IPrax*, 6/2007, pp. 493-506; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, “The EU and a metamorphosis of Private International Law”, *Essays P. North*, Oxford UP, 2002, pp. 111-136; CH. KOHLER, “Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato europeo”, en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 65-94; CH. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam”, *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243; D. LEFRANC, “La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé)”, *RCDIP*, pp. 413-446; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El art.65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?”, *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 89-115; L. DE LIMA PINHEIRO, “Competition between Legal Systems in the European Union and Private International Law”, *IPrax*, 2008-III, pp. 206-213; F. MORO, “Observations sur la communitarisation du droit de la famille”, *RDIPP*, 2007, pp. 675-712; F. MOSCONI, “Europa, famiglia e diritto internazionale privato”, *RDI*, 2008, pp. 347-374; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome a Nice*, Bruxelles, Lacier, 2003; E. PÉREZ VERA, “El DIPr. y la UE”, *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Un.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 173-188; P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Cedam, Padova 2004; F. POCAR, “La comunitarizzazione del DIPr-Privato: una european conflict of laws revolution”, *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; F. POCAR (ED.), *The external competence of the European Union and private international law: the EC Court's opinion on the Lugano Convention; proceedings of the Round Table held at Milan University on 16 September 2006*, Padova, 2007; A. MALATESTA / F. POCAR / S. BARIATTI (a cura di), *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, 2008; G. REICHEL (Hrsg.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR: ein Beitrag zur Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts; Symposium wien 1. Dezember 2006 aus Anlass des 10-jährigen Bestehens des Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht*, Wien, 2007; L.S. ROSSI, “Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria”, *RDI*, 2007, pp. 1008-1027; K. SIEHR, “European Private International Law and Non-European Countries”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 289-300; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Aix-en Provence, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 2004; R. WAGNER, “EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?”, *RabelsZ*, 2004, pp. 119-153; K. WANNEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Anwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispiel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN / A.-M. ROUCHAUD-JOËT, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *RCDIP*, 2004, pp. 1-48.

terior al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000<sup>32</sup>, perjudicaba claramente la “libre circulación de personas en la UE”, garantizada por el art. 18 TCE<sup>33</sup>. En efecto, como subraya muy gráficamente H. GAUDEMET-TALLON<sup>34</sup>, un sujeto divorciado en un Estado comunitario “A” encuentra un obstáculo para su libre circulación en la UE si la sentencia de divorcio que le afecta obtenida en el Estado comunitario “A” no surte efectos en otro Estado comunitario “B”, pues ello le impediría volver a contraer matrimonio en el segundo Estado, motivo por el que puede decidir no trasladarse al Estado comunitario “B”. He ahí el “obstáculo a la libre circulación de personas en el espacio comunitario”<sup>35</sup>.

12. Las razones que justifican la unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio de los Estados miembros son las siguientes.

13. a) *Respeto de las libertades comunitarias y en particular, de la libre circulación de personas.* El art. 18.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) prohíbe todo tipo de “obstáculos” para la realización de las libertades comunitarias (= libertad de establecimiento, libertad de prestación de servicios, libertad de circulación de trabajadores, libertad de circulación de capitales y sobre todo, la libertad de circulación de personas en la UE). Pues bien, la existencia de normas de conflicto de Leyes distintas en los diferentes Estados miembros en materia de divorcio puede provocar un obstáculo a las libertades comunitarias, y en especial, a la libertad de circulación de las personas en la UE. Así lo ha entendido la doctrina especializada<sup>36</sup>, la misma Comisión de la UE en el citado “Libro verde sobre la le-

<sup>32</sup> DOUE L 338 de 23 diciembre 2003.

<sup>33</sup> A. BORRAS, “The Title VI of the TEU and the judicial Cooperation in Civil matters”, en *La cooperazione giudiziaria dell'Europa dei cittadini. Situazione esistente, prospettive di sviluppo. Atti del seminario organizzato dall'Ufficio Legislativo del ministero di Grazia e Giustizia, Documenti Giustizia*, número especial, febrero 1996, pp. 7 ss.; ID., “La firma del Convenio de 28 mayo 1998 (Bruselas II)”, *REDI*, 1998-I, pp. 384 ss.; ID., “La protección de los hijos comunes con motivo de la crisis matrimonial en el Convenio de 28 mayo 1998”, en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Asociación española Abogados de familia, Madrid, 2000, pp. 297 ss.; ID., “Informe Convenio 28 mayo 1998”, *DOCE C 221* de 16 julio 1998.

<sup>34</sup> H. GAUDEMET-TALLON, “Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne?”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 319-338; ID., “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.

<sup>35</sup> H. GAUDEMET-TALLON, “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.

<sup>36</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, España, 7ª ed., 2006, pp. 31-37; H. GAUDEMET-TALLON, “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; M. AUDIT, “L'interprétation autonome du droit international privé communautaire”, *JDI Clunet*, 2004, pp. 789-816; S. BARIATTI, “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *RDIPP*, 2003, pp. 671-706; J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; K. BOELE-WOELKI, “Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe”, *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; TH.M. DE BOER, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 193-214; S. BRUINIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, núm.2, diciembre 2003, pp. 277-300; H. GAUDEMET-TALLON, “De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne”, *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, “The EU and a metamorphosis of Private International Law”, *Essays P. North*, Oxford UP, 2002, pp. 111-136; CH. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam”, *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 89-115; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome a Nice*, Bruxelles, Lacier, 2003; P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario*, Cedam, Padova 2004; F. POCAR, “La comunitarizzazione del DPrivato: una european conflict of laws revolution”, *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Aix-en Provence, 2004; R. WAGNER, “EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?”, *RebelsZ*, 2004, pp. 119-153; K. WANNEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Anwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispiel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN / A.-M. ROUCHAUD-JOËT, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *RCDIP*, 2004, pp. 1-48.

gislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”<sup>37</sup> y así lo estima también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El TJUE ha dictado numerosas sentencias en las que ha declarado con toda firmeza que ninguna norma de Derecho internacional privado de los Estados Miembros puede operar como un “perjuicio”, “menoscabo”, “restricción” u “obstáculo” a tales “libertades comunitarias” (STJCE 30 marzo 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*<sup>38</sup>; STJCE 9 marzo 1999, as. C-212/97, *Centros*<sup>39</sup>; STJCE 5 noviembre 2002, as. C-208/00, *Überseering*<sup>40</sup>; STJCE 30 septiembre 2003, as. C 167/01, *Inspire Art*<sup>41</sup>; STJCE 2 octubre 2003, as. C-148/02, GARCÍA AVELLO<sup>42</sup>; STJCE 14 octubre 2008, as. C 353/06, GRUNKIN-PAUL). Las normas de conflicto de los Estados miembros pueden provocar un obstáculo a las libertades comunitarias aunque tales normas no sean “discriminatoria”. La cuestión no tiene nada que ver con el “principio de no discriminación” (D. BUREAU / H. MUIR WATT), como expresamente ha declarado el TJUE (STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*)<sup>43</sup>.

En efecto, si la Ley que rige el divorcio es diferente en cada Estado Miembro, surge un obstáculo a las libertades comunitarias y en particular, a la libre circulación de personas en la UE (art. 18 TCE), porque los particulares pueden sentirse desincentivados a circular por la UE o desincentivados a trasladarse a determinados Estados miembros. Ejemplo: marido y mujer, ambos de nacionalidad italiana, atraviesan una crisis en su matrimonio. Ambos tienen su residencia habitual en Madrid. El marido recibe una oferta para ir a trabajar a Milán. Pues bien, el marido es consciente de que si se traslada a vivir a Milán, y allí solicita el divorcio con arreglo al art. 3 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000<sup>44</sup> y del foro de la nacionalidad común de los cónyuges, la Ley aplicable a su divorcio será la Ley italiana (art. 32 Ley núm. 218 de 31 mayo 1995). Pero el marido es también consciente de que si se queda a vivir en Madrid, la Ley aplicable al divorcio será la Ley española (art. 107.2 CC, siempre que el divorcio sea de mutuo acuerdo). Visto que la Ley española admite un divorcio por la mera voluntad de uno solo de los cónyuges (art. 86 CC español) y que la Ley italiana sigue un sistema causalístico y más restrictivo para conceder el divorcio, el marido puede decidir rechazar la oferta de trabajo y no “circular por la UE” con destino a Milán. En otras palabras, la legislación italiana en materia de divorcio y la diversidad de normas de conflicto entre España e Italia operan como un obstáculo a la libre circulación de personas en la UE. El “principio del mutuo reconocimiento”<sup>45</sup>, bien explicado por los expertos legales<sup>46</sup>, no es suficiente para superar este obstáculo (V. GAERTNER)<sup>47</sup>. En efecto, como explica la doc-

<sup>37</sup> Doc COM (2005) 82 final de 14 marzo 2005.

<sup>38</sup> Rec. p. I-01191.

<sup>39</sup> Rec. p. I-1459.

<sup>40</sup> Rec. p. I-9919.

<sup>41</sup> Rec. p. I 10155.

<sup>42</sup> Rec. p. I 11613.

<sup>43</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 57-59.

<sup>44</sup> DOUE L 338 de 23 diciembre 2003.

<sup>45</sup> *Vid.* el Programa de 30 noviembre 2000, de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO C 12 de 15 enero 2001), así como el Programa de La Haya (DO C 53 de 3 marzo 2005), adoptado por el Consejo Europeo el 5 noviembre 2004.

<sup>46</sup> En torno a los fundamentos teóricos de este principio, *vid.* entre otros, G. DE BAERE, “Is this a Conflict Rule which I See before Me?: Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, pp. 287 ss.; S. BARIATTI, “The Future “communitarization” of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The “Rome I” Regulation)”, en *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, a cura di A. MALATESTA, Padova, 2006, pp. 19 ss.; ID., “La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 2005, pp. 5-24; S. GRUNDMANN, “Internal Market Conflict of Laws from Traditional Conflict of Laws to an Intergrated Two Level Order”, en *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, pp. 5-25; M. AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *JDI Clunet*, 2006, pp. 1333 ss.; M. LEISTNER, “The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle”, en *Intellectual Property and Private International Law: Heading for the Future*, dir. J. DREXL / A. KUR, Oxford, 2005, pp. 177 ss. A. MALATESTA, “Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?”, *RDIPP*, 2007, pp. 293-312.

<sup>47</sup> V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private law*, abril 2006, pp. 99-

trina italiana contemporánea<sup>48</sup>, dicho principio sólo es relevante cuando se trata de reconocer o admitir como válida y existente en un Estado miembro, una situación jurídica que ya ha sido válidamente creada y ya existe en otro Estado miembro distinto (= un divorcio ya declarado por un tribunal de un Estado miembro, por ejemplo). Pero el principio del “mutuo reconocimiento” no puede operar ni tiene nada que decir cuando se trata de fijar la Ley aplicable a una situación privada internacional (= un divorcio) cuya existencia no ha sido declarada por una autoridad de un Estado miembro. Debe recordarse, además, que las libertades comunitarias no obligan a seguir el principio del reconocimiento mutuo en perjuicio de la perspectiva tradicional de las normas de conflicto. Por tanto, el resultado es claro: la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros es necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior y las autoridades comunitarias disponen de competencia al efecto a tenor del art. 65 TCE.

Por otra parte, se ha dicho que la libre circulación de personas es un derecho subjetivo que se atribuye, exclusivamente a los ciudadanos comunitarios, esto es, a los sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro. Cierto. Pero no menos cierto es que el mercado comunitario funciona más correctamente si todos los sujetos que habitan, viven y trabajan en la UE pueden trasladarse de un Estado miembro a otro sin los obstáculos legales que plantea la existencia de normativas sustantivas diferentes en materia de divorcio en cada Estado miembro. En tal sentido, la unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio potencia el mejor funcionamiento del mercado interior, sean o no ciudadanos comunitarios los cónyuges de cuyo divorcio se trata (E. JAYME / CH. KÖHLER, V. GAERTNER)<sup>49</sup>.

14. b) *Eliminación de la inseguridad jurídica y del Forum Shopping en la UE.* En la actualidad, la Ley aplicable al divorcio en los casos internacionales puede ser distinta según cuál sea el Estado Miembro cuyos tribunales o autoridades públicas sean competentes para decidir sobre el divorcio. Este fenómeno se conoce como “relatividad de soluciones en Derecho internacional privado”<sup>50</sup>. La “relatividad de soluciones” conduce inexorablemente al *Forum Shopping*: un cónyuge puede decidir presentar la demanda de divorcio ante determinados tribunales de un determinado Estado miembro porque es consciente de que, de ese modo, “provoca” la aplicación de una determinada Ley estatal que le resulta favorable. El *Forum Shopping* no es un fenómeno negativo en sí mismo. En efecto, gracias al *Forum Shopping* las partes pueden elegir “Leyes mejores” y evitar “Leyes peores”, lo que tiene sus ventajas. Pero el *Forum Shopping* provoca también varios efectos colaterales negativos. En efecto, el *Forum Shopping* conduce a una total incerteza sobre la Ley aplicable en materia de divorcio. Los cónyuges no pueden conocer, *a priori*, cuál es la Ley aplicable a su divorcio, pues todo depende de cuál sea, al final, el tribunal competente para dictar el divorcio (P. McELEVAY)<sup>51</sup>. Los cónyuges deben esperar a que se concrete cuál es el “tribunal estatal competente” y entonces, y sólo entonces, sabrán cuál es la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial (I. PERIN TOMICIC)<sup>52</sup>. El “espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”

136, esp. pp. 102-103. En sentido similar, aunque en relación con la materia contractual y extracontractual, *vid.* CH. KÖHLER, “La Cour de Justice des communautés européennes et le droit international privé”, *TCFDIP*, 1993/95, Paris, 1996, pp. 71-87; S. BARIATTI, “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *RDIPP*, 2003, pp. 671-706; S. BARIATTI, “Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni”, *RDIPP*, 2006, pp. 361-376; H.D. TEBBENS, “Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l’épreuve du droit communautaire”, *RCDIP*, 1994, pp. 451-482; M.V. BENEDETTELLI, “La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato”, *Rivista delle società*, 1997, pp. 39-113.

<sup>48</sup> P. FRANZINA, “Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, pp. 299-370; A. MALATESTA, “Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?”, *RDIPP*, 2007, pp. 293-312.

<sup>49</sup> E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPrax*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360; V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of what possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 125-128.

<sup>50</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, España, 9ª ed., 2008, pp. 8-9. Para el divorcio en la UE, específicamente, *vid.* R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 162-164.

<sup>51</sup> P. McELEVAY, “The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?”, *ICLQ*, 2004, pp. 605-642.

<sup>52</sup> I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880, esp. p. 863.

está incompleto si no se garantiza la seguridad jurídica en relación con las personas que habitan en el mismo. Pues bien, sólo existe seguridad jurídica en el “espacio europeo” si la Ley aplicable al divorcio es la misma sea cual el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para pronunciar el divorcio. Por otra parte, el *Forum Shopping* puede ser utilizado de modo torticero (= uso económico del *Forum Shopping*). En efecto, resulta privilegiado el cónyuge con mayor poder económico, pues dicho cónyuge podrá acudir con mayor rapidez y medios ante un tribunal para instar el divorcio (N. DETHLOFF, I. PERIN TOMICIC)<sup>53</sup>. El cónyuge con escasos medios económicos no suele ser un experto en Derecho (= y por tanto perderá tiempo y dinero en informarse sobre los problemas legales de su divorcio), y necesita ayuda legal (= por lo que deberá contactar con un abogado de oficio, cuya designación es lenta, requiere trámites burocráticos y no garantiza disponer de un letrado experto, realmente, en Derecho internacional privado). El cónyuge con medios económicos sobrados puede acudir a un abogado experto al que pagará por obtener asistencia legal. Puede contratar al mejor abogado de la ciudad, que, conectado con despachos profesionales de otros países, está en óptimas condiciones para presentar una demanda de divorcio en 24 horas ante los tribunales de varios países comunitarios. Conclusión: el *Forum Shopping* no es bueno para ambos cónyuges por igual: uno siempre se beneficiará más del *Forum Shopping* que el otro. El ejemplo más claro son los llamados “*divorcios Eurostar*”, en referencia al famoso tren que recorre el subsuelo del *Channel Tunnel* que separa Francia de las Islas Británicas. Numerosos franceses viven y trabajan en la *City* londinense. Pues bien, cuando el matrimonio entra en crisis, se entabla una “carrera de cálculos jurídicos”, de modo que el cónyuge mejor informado y en general, con más medios económicos, sabe, mucho antes que el otro cónyuge, cuál será el régimen jurídico y económico del divorcio en Derecho inglés y en Derecho francés. Y como los tribunales ingleses aplican siempre Derecho sustantivo inglés a todos los divorcios que se instan en Inglaterra, mientras que los tribunales franceses aplican Derecho sustantivo francés a los divorcios entre cónyuges que ostentan nacionalidad francesa (art. 3.1 *Code civil* francés), el cónyuge con mayores medios económicos se apresurará a coger el Eurostar con dirección a París o a Londres según su abogado se aconseje que debe presentar la demanda de divorcio para “ganar la carrera al tribunal”<sup>54</sup>. El otro cónyuge se ve perjudicado porque dispone de menores medios económicos. La eliminación del *Forum Shopping* es deseable porque la persona, para el Derecho Comunitario, presenta un “valor constitucional”. El Derecho Comunitario sirve para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia que está diseñado “para las personas” (F. POCAR)<sup>55</sup>.

Por otra parte, la litispendencia regulada en el Reglamento 2201/2003 origina serios problemas cuando se combina con la falta de normas uniformes que determinan la Ley aplicable al divorcio. En efecto, los cónyuges se sienten incitados a litigar cuanto antes para lograr la aplicación de una legislación estatal u otra al divorcio. Es la “carrera hacia los tribunales” (= *Rush to the Courts*) (I. PERIN TOMICIC)<sup>56</sup>. Ejemplo: dos cónyuges italianos residen habitualmente en Palermo. El marido se traslada a Helsinki por razones laborales y cuando ya lleva más de un año de residencia habitual en Finlandia, se apresura a solicitar el divorcio ante los tribunales finlandeses porque es perfectamente consciente de que si presenta su demanda de divorcio en Finlandia, la Ley aplicable al divorcio será la Ley finlandesa, Ley que permite un divorcio veloz, y no la Ley italiana, en la que los plazos para obtener el divorcio son más dilatados. Es deseable erradicar este fenómeno de “carrera hacia los tribunales” para acabar con comportamientos oportunistas, reforzar la seguridad jurídica, atajar el aumento de la litigiosidad y permitir,

<sup>53</sup> N. DETHLOFF, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880.

<sup>54</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 3.

<sup>55</sup> F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278; ID., “Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n.2201/2003 en ce qui concerne la compétence du et la loi applicable au divorce”, en *Mélanges M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-255.

<sup>56</sup> I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 6.

gracias a la elaboración de normas de conflicto uniformes, un ambiente jurídico propicio para la solución pacífica de los conflictos entre los particulares y también para la mediación y la reconciliación<sup>57</sup>.

La unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de divorcio garantizará la seguridad jurídica y acabará con el *Forum Shopping*. Esta unificación legal favorece “*la previsibilidad del resultado de los litigios*” y “*la seguridad en cuanto a la ley aplicable*”, como indica el Considerando 6 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>58</sup>.

**15. c) Fomento de la libre circulación de resoluciones judiciales en materia de divorcio.** La unificación o “compatibilidad” de las normas de conflicto de Leyes en materia de divorcio y separación judicial es una herramienta importante en la construcción del espacio comunitario de “*libertad, seguridad y justicia*” también porque dicha favorece la libre circulación de resoluciones judiciales. En efecto, un Estado miembro (“Estado de destino”) aceptará sin problemas el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en otro Estado miembro (“Estado de origen”) en materia de divorcio y separación judicial si las autoridades del Estado de origen han dictado una resolución en la que se ha aplicado la misma Ley que hubiera aplicado una autoridad del Estado de destino (I. PERIN TOMICIC)<sup>59</sup>. En dicho sentido, la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros potencia el “*principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y otras decisiones*”, en palabras de los Considerandos 3 y 4 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>60</sup>. Aspecto que ya fue subrayado de manera muy clara por el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 30 noviembre 2000<sup>61</sup>: “*la aplicación del principio de reconocimiento mutuo podrá facilitarse con la armonización de las normas de conflicto de leyes*”.

**16.** En definitiva, la competencia de la Comunidad Europea para la elaboración de un Reglamento Roma III que señale la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio se justifica porque, de ese modo, el mercado interior funciona de modo más correcto (P. McELEVY)<sup>62</sup>. La intervención de las autoridades comunitarias en las materias de Derecho de Familia propias del Derecho internacional privado puede encajar perfectamente en el art. 65 TCE, incisos a, b y c. Pero además, un Reglamento que contiene criterios uniformes para la determinación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio contribuye al “*buen funcionamiento del mercado interior*” (F. SALERNO)<sup>63</sup>. El ligamen entre la unifica-

<sup>57</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “*Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial*”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 5: “*Por último, la propuesta aborda el problema de la "carrera a los tribunales" por parte de uno de los cónyuges, es decir, el caso en que un cónyuge solicita el divorcio antes de que el otro cónyuge lo haga para asegurarse así de que el proceso se regirá por una ley que favorezca sus propios intereses. Esto puede conducir a la aplicación de una ley con la que el demandado no se siente estrechamente vinculado, o que no tiene en cuenta sus intereses. Dificulta, además, los esfuerzos de reconciliación y deja poco margen para la mediación. Es probable que la introducción de unas normas de conflicto de leyes armonizadas reduzca considerablemente el riesgo de "carrera a los tribunales", puesto que cualquier órgano jurisdiccional de la Comunidad al que se acuda aplicaría la ley designada sobre la base de normas comunes*”.

<sup>58</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008. Cons. 6 Reg. Roma I: “*El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio*”. Vid. también COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario*”, Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005, punto 3.2 *in primis*.

<sup>59</sup> I. PERIN TOMICIC, “*Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law*”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880, esp. p. 876.

<sup>60</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008. Vid. también COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario*”, Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005, punto 2.

<sup>61</sup> DOCE C 12 de 15 enero 2001.

<sup>62</sup> P. McELEVY, “*The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law*”, *JCLQ*, vol.51, oct. 2002, pp. 883-908.

<sup>63</sup> F. SALERNO, “*I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale*”, *RDIPP*, 2007, pp. 63-84.

ción de las normas de conflicto de los Estados miembros y ha quedado claro en el Dictamen del TJUE de 7 febrero 2006 relativo a la celebración del nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El legislador comunitario dispone de un notable “margen de apreciación” para determinar si una medida como la unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio es necesaria o conveniente para el correcto funcionamiento del mercado interior y así lo ha estimado al formular la “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”<sup>64</sup>: “[l]as Instituciones comunitarias tienen un cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar si una medida es necesaria para el funcionamiento apropiado del mercado interior. La actual Propuesta facilita el apropiado funcionamiento del mercado interior puesto que eliminará cualquier obstáculo para la libre circulación de las personas que se enfrentan actualmente a los problemas que se derivan de las diferencias subsistentes entre las legislaciones nacionales por lo que se refiere a la ley aplicable y la competencia en materia matrimonial”.

**17.** No debe olvidarse tampoco que la competencia de la Comunidad Europea para adoptar el Reglamento Roma III viene confirmada también por el principio de subsidiariedad. En efecto, el objetivo que persigue el Reglamento Roma III (= unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de divorcio), no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros de modo aislado y por consiguiente, puede lograrse mejor a nivel comunitario a través de la elaboración de un Reglamento comunitario (Considerando 43 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>65</sup>. Finalmente, debe destacarse que el Reglamento Roma III no unifica las normas sustantivas de los Estados miembros, razón por la que dicho Reglamento sintoniza perfectamente con el principio de proporcionalidad. En efecto, al igual que sucede con el Reglamento Roma I, “al reforzar la seguridad jurídica pero sin exigir una armonización del Derecho material de los contratos, la técnica de la armonización de las normas de conflicto de leyes respeta plenamente el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo [se refiere el art. 5 TCE]”, como ha subrayado la Comisión de las Comunidades Europeas<sup>66</sup>.

**18.** Por otra parte, para profundizar en la “comunitarización del Derecho internacional privado”, la utilización de Reglamentos comunitarios parece ser, por diversos motivos, la vía formal más adecuada. En efecto, un Reglamento comunitario sobre la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial constituye una opción de política legislativa comunitaria plenamente acertada porque, como ha indicado la Comisión de las Comunidades Europeas en relación con el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>67</sup>, “el Reglamento es el instrumento más conveniente, ya que sus disposiciones establecen normas uniformes sobre la ley aplicable, detalladas, precisas e incondicionales y que no requieren ninguna medida de transposición en Derecho nacional. Si, por el contrario, los Estados miembros dispusieran de un margen de maniobra para la transposición de estas normas, se volvería a introducir la inseguridad jurídica que la armonización pretende precisamente suprimir”<sup>68</sup>. El mismo argumento se ha

<sup>64</sup> Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006.

<sup>65</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008.

<sup>66</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario”, Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005, punto 3.2.

<sup>67</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008. Cons. 6 Reg. Roma I: “El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio”. Vid. también COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario”, Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005, punto 3.2 *in primis*.

<sup>68</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario”, Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005, punto 3.2 *in fine*.

esgrimido, con acierto, en relación con el Proyecto de Reglamento Roma III por la Comisión de las Comunidades Europeas<sup>69</sup>. Con un Reglamento comunitario, las ventajas saltan a la vista: el Reglamento comunitario unifica las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros, elimina los muy complejos problemas de “Derecho de los Tratados” tales como las reservas, denuncias, ratificaciones, etc., fomenta la “seguridad jurídica internacional”, ya que permite a los particulares, a los ciudadanos comunitarios, invocar directamente las normas contenidas en tal Reglamento y obliga a los jueces y tribunales estatales a aplicar de oficio el instrumento legal comunitario, y puede ser interpretado por el TJCE a través del “recurso prejudicial de interpretación” (arts. 234 y 68 TCE) sin necesidad de ningún “Protocolo de interpretación”.

### III. La Propuesta de Reglamento Roma III. Aspectos de Derecho aplicable al divorcio y a la separación judicial.

19. El Proyecto de Reglamento Roma III incluye como novedad más sobresaliente un conjunto de normas de conflicto uniformes (= iguales en todos los Estados miembros) que determinan la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. No todos los “divorcios internacionales” presentan las mismas características, ni los mismos “vínculos” o “conexiones”. Por eso no es sencillo identificar un país como “sede natural” en el que debe ser localizado el divorcio (I. VIARENGO, F. VISMARA)<sup>70</sup>. Dicha situación explica que el Proyecto de Reglamento Roma III contenga una norma de conflicto con diversos puntos de conexión “en cascada” (= *Kegel's Ladder*), a fin de señalar la Ley aplicable a distintos tipos de divorcios según sus vinculaciones espaciales con los diferentes Estados. Según dicha norma, el divorcio y la separación judicial se rigen por la Ley elegida por las partes. En defecto de Ley elegida por los cónyuges, se aplica la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda. A falta del anterior criterio, es decir, si los esposos residen habitualmente en Estados distintos en el momento de la presentación de la demanda, se aplica la Ley del Estado de la última residencia habitual común de los esposos siempre que uno de los esposos todavía resida allí y no hayan pasado más de tres años desde que dicho Estado dejó de ser la residencia habitual común. En defecto de este criterio, el divorcio se regirá por la Ley del Estado cuya nacionalidad ostentan ambos esposos (= o por la Ley del Estado del domicilio común de los esposos en el caso del Reino Unido e Irlanda) en el momento de interposición de la demanda de divorcio. Y finalmente, a falta de todos los anteriores criterios, el divorcio se regirá por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Esta escalera de puntos de conexión (= “*échelle de rattachements*”) está muy claramente inspirada en el Derecho internacional privado belga (art. 55 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004<sup>71</sup>), como indica el “Libro verde sobre

<sup>69</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 9: “Por lo que se refiere al tipo de instrumento legislativo, la naturaleza y el objetivo de la Propuesta requieren la forma de un Reglamento. La necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la predictibilidad exige normas claras y uniformes. Las normas propuestas sobre competencia y ley aplicable son detalladas y precisas, y no requieren ninguna transposición al Derecho nacional. Dejar a los Estados miembros un margen de discrecionalidad para la aplicación de estas normas pondría en peligro los objetivos de la seguridad jurídica y la predictibilidad”.

<sup>70</sup> I. VIARENGO, “In tema di legge regolatrice del divorzio e localizzazione del rapporto matrimoniale”, *RDIPP*, 1994, pp. 303-318; F. VISMARA, “Spunti ricostruttivi in tema di prevalente localizzazione della vita matrimoniale”, *RDIPP*, 2002, pp. 961-976.

<sup>71</sup> Art. 55 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004: “§ 1er. Le divorce et la séparation de corps sont régis: 1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle lors de l'introduction de la demande; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel se situait la dernière résidence habituelle commune des époux, lorsque l'un d'eux a sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat lors de l'introduction de la demande; 3° à défaut de résidence habituelle de l'un des époux sur le territoire de l'Etat où se situait la dernière résidence habituelle commune, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 4° dans les autres cas, par le droit belge. § 2. Toutefois, les époux peuvent choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants: 1° le droit de l'Etat dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 2° le droit belge. Ce choix doit être exprimé lors de la première comparution”.



la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”<sup>72</sup>, cuestión muy bien explicada por F. RIGAUX / M. FALLON<sup>73</sup>.

## 1. Primer punto de conexión: elección de Ley por las partes.

20. Este punto de conexión resulta muy útil en los casos de “divorcios de mutuo acuerdo”<sup>74</sup>. Varios Estados miembros admiten en la actualidad esta elección de la Ley aplicable al divorcio por los cónyuges. Es el caso de Alemania (art. 14 EGBGB), Países Bajos (art. 1. Ley de 25 marzo 1981), y Bélgica (art. 55 Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado). Ahora bien, cada uno de estos Estados miembros acoge la elección de la Ley reguladora del divorcio en términos distintos, con alcance diverso y para casos diferentes (I. PERIN TOMICIC)<sup>75</sup>. A pesar de lo que se cree de modo extendido, en España, el art. 107.2 CC no admite la elección de la Ley aplicable al divorcio por los cónyuges, como ha subrayado la doctrina<sup>76</sup>. El resto de los Estados miembros no recogen esta posibilidad y los puntos de conexión retenidos son objetivos, sin que la voluntad de los cónyuges pueda alterar la Ley aplicable al divorcio. En otros terceros Estados, aunque no se admite de modo directo la elección por los cónyuges de la Ley reguladora del divorcio, en la práctica los cónyuges eligen la Ley reguladora de su divorcio mediante un “turismo divorcista” que opera sobre la ecuación “*Forum Shopping + exequatur* = elección de la Ley aplicable al divorcio”, como ha destacado abundante doctrina (C. FULTON, G. GABRIELLI, F.K. JUENGER, Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P. GANNAGÉ, P. MAYER / V. HEUZÉ, P.M. NORTH, F. BOULANGER, E. JAYME, P. HAY, D. ALEXANDRE, J. BASEDOW, J.-Y. CARLIER, entre otros muchos)<sup>77</sup>. Este fenómeno también ha sido frecuente en ciertos Estados miembros, España in-

<sup>72</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 7 *in fine*.

<sup>73</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 572-578.

<sup>74</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM (2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 4; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 7. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El divorcio internacional y el nuevo art. 107.2 del Código Civil”, *La Ley*, 24 mayo 2004, pp. 1-9 y *La Ley*, 25 mayo 2004, pp. 1-7; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000, pp. 12-14; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Espagne - Divorce - Loi applicable”, *RCDIP*, 2003, pp. 783-790; H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en Droit international privé”, *RCADI*, 1991, vol.226, pp. 9-206.

<sup>75</sup> I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880, esp. pp. 866-867.

<sup>76</sup> *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El divorcio internacional y el nuevo art. 107.2 del Código Civil”, *La Ley*, 24 mayo 2004, pp. 1-9 y *La Ley*, 25 mayo 2004, pp. 1-7; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 CC”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193; M<sup>a</sup>.P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-294; M. GONZALO QUIROGA, “Las crisis matrimoniales en el DIPr. español: novedades en la legislación”, *RDIPP*, 2004, pp. 943-956; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Univ. Santiago Compostela, 2004; *Id.*, “La nueva redacción del art. 107 del Código Civil”, *REDI*, 2004, vol. LVI, pp. 205-225.

<sup>77</sup> C. FULTON, “Caribbean Divorce for Americans: Alternative or Obsolescent Institution?”, *Cornell International Law Review*, 1976/77, núm.10, pp. 116-133; G. GABRIELLI, “Problemi in tema si socioglimento del matrimonio a causa del divorcio ottenuto all'estero da coniuge straniero”, *Studi in onore di M.Udina*, vol.II, Milán, 1975, pp. 1013-1042; F.K. JUENGER, “Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos”, *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectiva de una década*, Madrid, 1995, pp. 37-58 y 75; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, París, Dalloz, 9ª ed., 2007, pp. 342-344; P. GANNAGÉ, “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *RCDIP*, 1992, vol.LXXXI, pp. 425-454, esp. pp. 449-450 y nota (50): “une véritable 'electio juris' qui se réalise à travers les règles du droit judiciaire et qui a eu pur contrepoids, à côté de l'ordre public, le développement du mécanisme de la fraude destiné à sanctionner les abus de la volonté”; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 9ª ed., 2007, pp. 177-179; P.M. NORTH, “Development of rules of private international law in the field of family law”, *RCADI*, 1980-I, vol.166, pp. 9-118, esp. pp. 82-88; F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, aspects comparatifs et internationaux*, 1999, 3ª ed., Economica, pp. 485-490, 495-497 y pp. 497-504; E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne (Cours général de droit international privé)”, *RCADI*, 1995, pp. 9-268, esp. pp. 156-157: “Il va de soi, d'abord, qu'une telle autonomie peut se réaliser à travers le choix du for”; P. HAY, “Die Anwendung US-amerikanischer jurisdiction-Regeln als Verweisungsnorm bei Scheidung von in Deutschland wohnhaften Amerikanern”, *IPrax*, 1988, pp. 265-271; D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, París, LGDJ, 1970, pp. 304-306; J. BASEDOW, “La reconnaissance des divorces

cluida (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>78</sup>. Estos fenómenos se aprecian con claridad meridiana en los Estados Unidos de América. Ejemplo: En ciertos States, los cónyuges adquieren un domicilio a través de unas pocas semanas de residencia en un State. En Nevada se adquiere el domicilio tras seis semanas de residencia. Unos cónyuges neoyorkinos pueden trasladarse a Nevada y obtener allí una sentencia de divorcio dictada en aplicación de la Ley sustantiva de Nevada. Dicha sentencia se reconocerá en cualquier otro State de los Estados Unidos gracias a la *Full Faith and Credit Clause* de la Constitución norteamericana. En la práctica, los cónyuges residentes en Nueva York se han divorciado con arreglo a la Ley de Nevada ante los tribunales de dicho State, y han regresado con su sentencia de divorcio a Nueva York. Es, realmente, como si hubieran elegido la Ley de Nevada como Ley aplicable a su divorcio (L.-J. SILBERMAN)<sup>79</sup>, a través de una autonomía de la voluntad “oculta” pero permitida por el Derecho internacional privado (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>80</sup>. Así las cosas, sería mejor admitir directamente la elección por los cónyuges de la Ley aplicable al divorcio y eliminar la ecuación “*Forum Shopping + exequatur* = elección de la Ley aplicable al divorcio”, que oscurece las soluciones jurídicas y acaba por beneficiar a los cónyuges más ricos, que son los que se pueden permitir el turismo divorcista (A.E. VON OBERBECK)<sup>81</sup>.

**21.** La admisión de la elección, por los cónyuges, de Ley aplicable al divorcio se explica por varias razones, bien explicadas por distintos autores<sup>82</sup>.

1º) *Proporciona a los cónyuges una muy deseable seguridad jurídica.* El Derecho regulador del divorcio queda fijado antes de que éste se produzca, de modo que antes de divorciarse, los cónyuges pueden saber con total previsibilidad la Ley estatal que regirá su divorcio. Los cambios ulteriores de residencia habitual o de nacionalidad de los cónyuges no alterarán la Ley aplicable al divorcio. En tal sentido, la elección de la Ley aplicable permite una mayor “movilidad de los cónyuges por la UE”, ya que aunque los cónyuges cambien de Estado de residencia habitual, ello no alterará la Ley aplicable al divorcio, que será siempre la Ley elegida por los cónyuges en virtud de su acuerdo. En un mundo cambiante

---

étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne”, *RCDIP*, 1978, pp. 470-494; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992, passim.

<sup>78</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de DIPr.*, Granada, Comares, 2000, pp. 200-205; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *AC*, 9-15 feb. 1998, pp. 129-140; A.-L. CALVO CARAVACA, “Nota al ATS (Sala 1ª) de 19 enero 1981; ATS (Sala 1ª) de 3 mayo 1982; ATS (Sala 1ª) de 20 mayo 1982; ATS (Sala 1ª) de 1 junio 1982; ATS (Sala 1ª) de 14 julio 1982; ATS (Sala 1ª) de 23 septiembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 5 octubre 1982; ATS (Sala 1ª) de 21 octubre 1982; ATS (Sala 1ª) de 29 noviembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 9 diciembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 10 diciembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 10 diciembre 1982”, *REDI*, 1983, vol. XXXV, p. 506.

<sup>79</sup> L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, *82 Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016.

<sup>80</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *Actualidad Civil*, núm.6, semana 9-15 febrero 1998, pp. 129-140.

<sup>81</sup> A.E. VON OBERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636, esp. p. 635: “Serait-il plus choquant de permettre aux époux de fixer d’avance la loi applicable à leur divorce éventuel, et, ce qui est encore plus utile, le for compétent, plutôt que de se résigner au ‘forum shopping’ et à d’autres abus au moment où la question devient actuelle?”; ID., “La Professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II. Gent, 1965, pp. 1085-1112; ID., “La théorie des règles de conflit facultatives et l’autonomie de la volonté”, *Festschrift für F. Vischer zum 60. Geburtstag*, Zurich, 1983, pp. 257-262; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *Actualidad Civil*, núm.6, semana 9-15 febrero 1998, pp. 129-140.

<sup>82</sup> C. LABRUSSE, “La compétence et l’application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère”, *TCFDIP*, 1975/1977, pp. 111 144; A.E. VON OBERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636; P. GANNAGÉ, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *RCDIP*, 1992, pp. 425-454; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; ID., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38; ID., “De Schengen á Dublin en passant par Maastricht, Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 131-151; E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *RCADI*, 1995, vol.251, pp. 9-267; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de DIPr.*, Granada, Comares, 2000, pp. 202-208.

caracterizado por una altísima movilidad internacional de las personas, esta conexión resulta muy adecuada. En la actual “era de la Globalización”, la elección por los cónyuges de la Ley reguladora de su divorcio proporciona estabilidad, certeza y seguridad jurídica (R. TRIPS-HEBERT)<sup>83</sup>.

2º) *Facilita la labor judicial*. La autonomía de la voluntad conflictual constituye una conexión judicialmente sencilla. Una vez elegida por los cónyuges la Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial, el juez se limitará a comprobar que la elección de Ley existe y es válida, y la aplicará sin más. El tribunal no debe, por tanto, realizar el “trabajo conflictual” o “test de proximidad” destinado a determinar el país más estrechamente vinculado con el divorcio o separación judicial.

3º) *Permite a los cónyuges la elección de la Ley del país cuyo contenido material les resulta más adecuado*. El punto de conexión “autonomía de la voluntad de los cónyuges” no responde ni es expresión del “principio de proximidad”. Es decir, no se trata de que los cónyuges elijan la Ley del país más estrechamente vinculada con la situación matrimonial. Por el contrario, este punto de conexión permite aplicar al divorcio la Ley que comporta los “costes conflictuales” más reducidos para los cónyuges, es decir, la Ley de un país que los cónyuges ya conocen y/o con arreglo a la cual están acostumbrados a ajustar sus conductas (= “*the law the spouses are most familiar with*”) (H.P. MANSEL, V. GARTNER)<sup>84</sup>. Así, por ejemplo, dos cónyuges franceses que residen por razones de trabajo en Kuwait prefieren que su divorcio se rija por el Derecho francés, pero no porque estimen que el Derecho francés es el mejor Derecho del mundo en materia de divorcio, sino porque para ellos, conocer y informarse sobre el Derecho francés comporta un coste menor que conocer e informarse sobre el Derecho kuwaití, sueco o finlandés, aunque cualquiera de estos Derechos pudiera ser más conveniente para sus intereses. En particular, este punto de conexión permite a los inmigrantes que residen habitualmente en un Estado miembro, hacer aplicable a su divorcio o separación judicial, la Ley del país en el que se hallan efectivamente integrados según el tipo de inmigración del que se trate. Una “inmigración breve” les aconsejará elegir su Ley nacional común o la Ley del país de origen de los mismos. Una “inmigración duradera” aconseja a los cónyuges una elección en favor de la Ley del Estado miembro en el que ambos tienen su residencia habitual (F. RIGAUX / M. FALLON)<sup>85</sup>.

4º) *Se inserta en un cuadro de liberalización progresiva del divorcio en todas las legislaciones del mundo*. En general, puede afirmarse que el divorcio se ha extendido por todo el mundo y que, cada vez más, las causas de divorcio se han flexibilizado progresivamente y las dificultades y plazos legales para alcanzar el divorcio se han atenuado. Por tanto, aunque una situación de divorcio esté claramente conectada con un determinado país, es admisible que los cónyuges sujeten su divorcio, por la razón que sea, a la Ley de otro Estado, ya que ello no perjudicará las líneas básicas y los pilares jurídicos maestros del Estado con el que la situación de divorcio está más conectado (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)<sup>86</sup>.

5º) *No perjudica la organización jurídica básica de la sociedad establecida por el Estado*. En todo caso, el orden público internacional operará como excepción para, en el caso de que fuera necesario, poder defender la estructura jurídica de la sociedad mayormente afectada por un concreto divorcio, de modo que se rechazará la aplicación de la Ley elegida por los cónyuges si ello daña la coherencia jurídica de la sociedad del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (T. WOLFF)<sup>87</sup>.

6º) *Permite superar el tradicional enfrentamiento entre los principios de la nacionalidad y domicilio como criterios para determinar la Ley aplicable al divorcio*. En los casos internacionales que se refieren al divorcio, no es sencillo determinar qué Estado presenta una vinculación más estrecha con la situación (H. GAUDEMET-TALLON)<sup>88</sup>. Algunos Estados han seguido tradicionalmente el criterio de la Ley

<sup>83</sup> R. TRIPS-HEBERT, *Internationales Privatrecht und Globalisierung: der Einfluss der Globalisierung auf die Aknüpfung des Personalstatus im Internationalen Privatrecht*, WVB Verl, Berlin, 2003, pp. 40-42.

<sup>84</sup> H.P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, Munich, 1988, p. 72; ID., “L’adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896”, *Liber Memorialis François Laurent*, Bruselas, 1989, pp. 869-880; V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 114.

<sup>85</sup> F. RIGAUX / M. FALLONS, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, p. 574.

<sup>86</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

<sup>87</sup> T. WOLFF, “Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Disputes”, *UnivPaLRev*, 2005, pp. 2215-2250.

<sup>88</sup> H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 399-410.

nacional (Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Grecia, Alemania, Finlandia, Suecia, Japón, Rusia, Taiwan, etc), defendido con energía por numerosos expertos, pero criticado con no menos fuerza por otros especialistas<sup>89</sup>. Otros Estados siguen el criterio del “domicilio” (países anglosajones, Suiza, Québec, Dinamarca, Islandia, Noruega, Brasil, Venezuela, etc.)<sup>90</sup>. Un grupo aparte de Estados siguen, parcialmente, el criterio de la “residencia habitual” y finalmente, otros Estados determinan la Ley aplicable a través del criterio de la religión del sujeto. Así, en ciertos los países musulmanes, el sujeto musulmán se rige por una normativa legal inspirada en el Islam, y el sujeto no creyente se rige por otra normativa diferente. Por otra parte, los problemas crecen cuando los cónyuges ostentan nacionalidades de Estados distintos y/o residen habitualmente o tienen sus respectivos domicilios en países diferentes. En definitiva, no existe un criterio definitivo que conduzca de manera indubitada a una Ley cuya aplicación sea la más eficiente para los cónyuges (= Ley del país más estrechamente vinculado). Pues bien, el criterio de la elección de Ley permite superar dicho *impasse*, porque se deja que sean los mismos cónyuges los que tomen la decisión y determinen de manera estable la Ley reguladora del divorcio<sup>91</sup>. Así lo ha destacado el *Institut de droit international* en su Resolución titulada “*The Duality of the Nationality Principle and the Domicile Principle in Private International Law*”, adoptada en su sesión de El Cairo de 19 septiembre 1987 (Rapporteur: Mr YVON LOUSSOUARN)<sup>92</sup>.

7º) *Permite asegurar una ejecución efectiva de la sentencia de divorcio en el país de origen de los cónyuges*. En el caso de que dicho Estado practique un control de la Ley aplicada al divorcio en la sentencia extranjera, los cónyuges podrán elegir como Ley reguladora del divorcio, la Ley del país de ori-

<sup>89</sup> Vid. para un *status quaestionis*, H. HELLWIG, *Die Staatsangehörigkeit als Akknüpfung im deutschen IPR: unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2001; R.D. KOLLEWIJN, “Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno”, *DI*, 1959, vol.XIII, pp. 508-525; E. VITTA, “Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano”, *RDIPP*, 1980, pp. 345-363; M. VERWILGHEN (dir.), *Nationalité et statut personnel. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, Bruselas París, Bruylant / LGDJ, 1984; H. BATIFFOL, *Una crisis del estatuto personal*, Valladolid, 1968; ID., “Applications de la loi nationale en dehors du statut personnel”, en *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, vol.II, pp. 1027-1038; T. BALLARINO, “Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien”, *RCDIP*, 1996, pp. 41-65.

<sup>90</sup> PH. FRANCESKAKIS, “Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel”, *TCFDIP*, 1962-1964, pp. 291-315; G. KEGEL, “Wohnsitz und Belegenheit bei Story und Savigny” (“Domicile and Situs Under Story and Savigny”), *RabelsZ.*, 1988, vol.52, pp. 431-465; B. DE MAGALHAES, “La doctrine du domicile en droit international privé”, *RCADI*, 1928, vol.23, pp. 1-114; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipsée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; B. SCHNEIDER, *Le domicile international*, Neuchatel, Ides et Calendes, 1973.

<sup>91</sup> En torno al debate que enfrenta “nacionalidad vs. domicilio o residencia habitual” y los criterios alternativos, vid. J. LISBONNE, “Nationalité ou domicile. A propos d’un article de M. Quintín Alfonsín”, *JDI Clunet*, 1957, vol.84, pp. 370-377; J.V. LONG, “Domicil v. Nationality”, *RabelsZ.*, 1953, pp. 247-262; Y. LOUSSOUARN, “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”, *AIDI*, 1987, vol. 62-I, pp. 295-381; vol. 62-2, pp. 127-295; D. MAYER, “Evolution du statut de la famille en droit international privé”, *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469; R. NEUNER, “Die Anknüpfung im Internationalen Privatrecht”, *RabelsZ.*, 1934, pp. 81-120; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipsée par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; R. TRIPS-HEBERT, *Internationales Privatrecht und Globalisierung: der Einfluss der Globalisierung auf die Anknüpfung des Personalstatus im Internationalen Privatrecht*, WVB Verl, Berlin, 2003; L. I. DE WINTER, “Nationality or domicile? The present state of affairs”, *RCADI*, 1969-III, pp. 347-504; A.E. V. OVERBECK, “La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, *LIBER AMICORUM B.L.FREDERICQ*, Gent, 1965, vol. II, pp. 1085-1112; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; ID., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38; ID., “De Schengen á Dublin en passant par Maastricht, Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 131-151; P. GANNAGÉ, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *RCDIP*, 1992, pp. 425-454.

<sup>92</sup> Dicha resolución indica: “.....Whereas the duality of the nationality principle and the domicile principle remains an important problem of private international law; Whereas each of these criteria has its advantages and disadvantages, which makes it inappropriate to advocate the adoption of a rule of conflicts of law based exclusively on either of the two criteria; Whereas it would be useful to formulate principles which could lead to some harmonization of the conflict rules in force in different States; Adopts the following Resolution: [...] 5. In regard to the effect of marriage on the person, and to divorce and judicial separation, in cases where the State of the nationality is different from the State of the domicile, it is recommended that States allow spouses to select either the law of their nationality or of their domicile when they have a common nationality and a common domicile”.

gen de los mismos (F. RIGAUX / M. FALLON)<sup>93</sup>. De ese modo, una sentencia española que declara el divorcio entre dos marroquíes mediante la aplicación del Derecho marroquí, elegido por ambos cónyuges, garantiza su reconocimiento y exequatur en Marruecos.

8º) *Muestra un alto nivel de multiculturalidad*. La conexión autonomía de la voluntad conflictual no fuerza a los cónyuges que son emigrantes en un Estado miembro, a proceder a su obligatoria integración en el medio sociojurídico del país de acogida. Pero tampoco les obliga a seguir vinculados imperativamente al medio sociojurídico de su país de origen. El resultado es una sociedad social y jurídicamente multicultural de individuos libres, y por lo tanto, una sociedad más rica desde un punto de vista cultural y social (J.-Y. CARLIER)<sup>94</sup>.

9º) *Es una conexión con fundamento constitucional*. La libre elección de la Ley aplicable potencia el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978). En efecto, esta conexión permite que las personas elijan la Ley del país con el que se sienten psicológica y jurídicamente más vinculadas, es decir, la Ley con arreglo a la cual desean vivir y encauzar sus preferencias vitales y familiares.

**22.** El régimen jurídico de la elección de la Ley reguladora del divorcio establecido por el Proyecto de Reglamento Roma III es el siguiente.

**23. a)** Los esposos pueden elegir la Ley reguladora del divorcio o de la separación legal. Ahora bien, sólo pueden elegir una de estas Leyes: (i) Ley del Estado en el que los esposos tienen su residencia habitual en el momento en el que el pacto de elección de Ley se concluye; (ii) Ley del Estado en el que ambos esposos tuvieron su última habitual residencia común siempre que al menos uno de ellos resida en dicho Estado en el momento de conclusión del pacto de elección de Ley; (iii) Ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o del “*domicile*” en el momento conclusión del pacto de elección de Ley; (iv) Ley del país cuyos tribunales conocen del divorcio (*Lex Fori*). La intención del legislador ha sido limitar la posibilidad de elección de Ley a las que presentan una conexión razonable con la situación matrimonial y evitar la elección de “Leyes exóticas” en materia de divorcio<sup>95</sup>. Esta limitación carece, realmente, de sentido. Primero, porque los mismos cónyuges no tendrán interés en elegir Leyes estatales “exóticas” que les perjudiquen, y segundo, porque puede evitarse fácilmente la aplicación de dichas Leyes si ello provoca una vulneración del orden público internacional del país cuyos tribunales conocen del asunto. El art. 3.1 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)<sup>96</sup> permite que los contratantes elijan la Ley estatal que tengan por conveniente para regular su contrato, incluso si se trata de la Ley de un Estado que no presenta una “vinculación objetiva” con el contrato o

<sup>93</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, p. 574.

<sup>94</sup> J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992, pp. 220-229.

<sup>95</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM (2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 4: “*La Propuesta introduce unas normas de conflicto de leyes armonizadas en materia de divorcio y separación judicial para permitir que los cónyuges puedan predecir fácilmente qué ley que se aplicará a su proceso matrimonial. La norma propuesta se basa en primer lugar en la elección de los cónyuges. Esta elección está circunscrita a las leyes con las que el matrimonio presenta una estrecha vinculación para evitar la aplicación de leyes “exóticas” poco o nada vinculadas a los cónyuges. A falta de elección, la ley aplicable se determina sobre la base de una escala de factores de vinculación que garantiza que el proceso matrimonial se regirá por un ordenamiento jurídico con el que el matrimonio tenga una estrecha vinculación. Aumentará así considerablemente la seguridad jurídica y la predictibilidad para los cónyuges afectados, así como para los profesionales de la justicia*”. Vid. también en p. 10: “*La elección está limitada a las leyes con las que los cónyuges tienen una estrecha vinculación en virtud de su última residencia habitual común si uno de ellos aún conserva esa residencia, la nacionalidad de uno de los cónyuges, la ley del Estado de su residencia habitual previa o la ley del foro*”. Igualmente, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, pp. 7-8: “*Dejar a las partes una opción ilimitada podría dar cabida a la aplicación de una legislación “exótica” con la que las partes tengan escasa o nula vinculación. Por tanto, parecería preferible restringir la elección a determinadas legislaciones con las que los cónyuges estén estrechamente vinculados (por ejemplo, la nacionalidad de uno o ambos cónyuges, la última residencia habitual común o la “lex fori”). Una posibilidad sería restringir la elección a la legislación del Estado del foro (“lex fori”), para asegurar que no se obligue a los órganos jurisdiccionales a aplicar una legislación extranjera*”.

<sup>96</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008.

de una “legislación exótica”. Los cónyuges son los mejores jueces de sus propios intereses, y será muy extraño que los cónyuges elijan la aplicación de una Ley exótica que les perjudique en la regulación de su divorcio. La limitación a una “rosa cerrada” de posibles leyes elegibles por los cónyuges no es fácil de explicar ni de justificar, si bien se encuentra también, aunque formulada de un modo distinto, en el art. 55.2 de la Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado. En todo caso, los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado miembro o de un tercer Estado.

**24. b)** La Ley aplicable al divorcio debe ser elegida por los cónyuges y sólo por los cónyuges. No por sus padres u otros sujetos. De todos modos, y aunque el texto del Proyecto de Reglamento Roma III nada dispone al respecto, debe admitirse la posibilidad de que los cónyuges otorguen un poder a un tercero (= abogado, representante legal, etc.), para elegir la Ley aplicable al divorcio o separación judicial. Los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su divorcio o separación judicial cualquiera que sea su nacionalidad y/o país de residencia habitual.

**25. c)** La elección de la Ley aplicable puede realizarse en cualquier momento, antes o después del matrimonio. Puede también modificarse por los cónyuges siempre que el cambio o modificación tenga lugar antes de la presentación de la demanda de divorcio. Cabe elegir la Ley aplicable durante el proceso si la *Lex Fori* así lo permite. En ese caso, será suficiente con que la elección de Ley quede registrada debidamente ante el tribunal competente con observancia de los requisitos que al efecto exija la *Lex Fori*. Los cónyuges pueden elegir durante el proceso, no sólo la Ley del foro, sino la Ley de cualquier otro Estado en la medida en que ello esté permitido por el Proyecto de Reglamento Roma III.

**26. d)** La elección de Ley debe ser realizada por escrito, y debe constar la fecha del acuerdo y la firma de ambos cónyuges. Se considera concluido “por escrito” el acuerdo celebrado por medios electrónicos siempre que conste un registro duradero del acuerdo. En el caso del Derecho del Estado miembro de la residencia habitual común de ambos esposos exija requisitos de forma adicionales para estos acuerdos, tales requisitos deberán ser observados. Si los esposos tienen su residencia habitual en Estados miembros distintos cuyas legislaciones exigen requisitos de forma adicionales a los previstos en el Proyecto de Reglamento Roma III, será suficiente con la observancia de los requisitos recogidos en la Ley de uno de estos Estados miembros. Por ejemplo, si el pacto de elección de Ley consta en un “contrato de matrimonio” o en unas “capitulaciones matrimoniales”, dicho pacto deberá cumplir con las exigencias formales de tales contratos o capitulaciones<sup>97</sup>. Estas exigencias de forma tienen como objetivo, en primer lugar, facilitar la prueba de la existencia del acuerdo ante el tribunal; en segundo lugar, revestir de ciertas cautelas la elección de la Ley aplicable al divorcio, ya que las consecuencias de dicha elección son muy relevantes y los cónyuges deben ser conscientes de ello y estar perfectamente informados de su decisión al respecto; y en tercer lugar, impedir que la elección de la Ley reguladora del divorcio sea consecuencia de una imposición de un cónyuge sobre el otro o de un tercero (= padres, otros miembros de la familia, terceros con ascendencia moral), sobre los cónyuges. En consecuencia, no cabe la elección tácita de la Ley aplicable al divorcio o a la separación legal ni tampoco la elección presunta de la misma. El juez no puede declarar aplicable una Ley estatal concreta con el argumento de que dicha Ley es la que las partes hubieran elegido como Ley reguladora de su divorcio si se hubieran planteado la cuestión.

**27. e)** El Proyecto de Reglamento Roma III no prevé la posibilidad de elegir diversas Leyes para regular el divorcio. Elegir “varias Leyes estatales” al divorcio no tiene sentido. De ese modo, la Ley reguladora del divorcio debe ser una sola Ley. Efectivamente, el texto del art. 20 del Proyecto de Reglamento es claro, pues se refiere a “la Ley aplicable al divorcio” (= en singular). Y a diferencia del art. 3.1 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre

<sup>97</sup> *Vid.* Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (2006) 0399 – C6-0305/2006 – 2006/0135 (CNS)), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, elaborado por la Ponente EVELYNE GEBHARDT, y Ponente de opinión CARLO CASIN, Documento de sesión A6-0361/2008, de 19 septiembre 2008, p. 12.

la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>98</sup>, que prevé expresamente la posibilidad de los contratantes de elegir varias Leyes estatales aplicables a diferentes partes del contrato, el citado art. 20 del Proyecto de Reglamento Roma III, nada indica al respecto. Además, el texto de dicho precepto insiste en que se deberá elegir sólo una Ley estatal entre las que el art. 20 permite elegir (= y no una combinación entre tales Leyes: “one of the following laws”, nótese el “one”)<sup>99</sup>.

28. f) La elección, por los cónyuges, de una Ley reguladora del divorcio se realiza, siempre, en favor de la Ley material elegida, sin tener en cuenta las normas de “conflicto de leyes” de dicho Ordenamiento jurídico<sup>100</sup>. Ello evita el problema del “reenvío”<sup>101</sup>. El reenvío está prohibido de manera general y radical por el Proyecto de Reglamento Roma III, como sucede ya en el art. 20 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y en el art. 24 del Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)<sup>103</sup>.

## 2. Ley aplicable al divorcio en defecto de elección de Ley por los cónyuges.

29. En numerosas ocasiones la elección, por los cónyuges, de la Ley aplicable al divorcio no tendrá lugar: divorcios contenciosos en los que los cónyuges adoptan posturas muy hostiles, cónyuges que llevan mucho tiempo viviendo en lugares o Estados distintos, etc. (I. PERIN TOMICIC)<sup>104</sup>. En tales casos, es decir, en defecto de elección por los cónyuges de la Ley aplicable, el Proyecto de Reglamento Roma III recoge una “escalera de conexiones” para determinar el Derecho regulador del divorcio o separación judicial. Dicha “escalera de conexiones” está construida e inspirada por el “principio de proximidad”. Ello supone que el Proyecto de Reglamento Roma III rechaza el modelo de la *Lex Fori in foro Proprio*, característico de los países anglosajones y escandinavos en las materias de Derecho de Familia y opta por el modelo latino-germánico de la “mayor vinculación” (= sistema del “principio de proximidad” o del “centro de gravedad de la relación jurídica”)<sup>105</sup>. Como indica el Considerando 10b del Proyecto de Reglamento Roma III, se trata de una escalera de conexiones compuesta por puntos de conexión que potencian la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable y que permiten evitar la “carrera a los tribunales”, ya que se trata de que “*el divorcio o la separación legal queden regulados por una Ley con la que los cónyuges presentan una conexión estrecha*”<sup>106</sup>. El “principio de proximidad” significa que el legislador comunitario sujeta el divorcio y la separación legal a la Ley del Estado cuya aplicación al caso

<sup>98</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008.

<sup>99</sup> Art. 20 Proyecto de Reglamento Roma III: “*The spouses may agree to designate the law applicable to divorce and legal separation provided that it is one of the following laws*”.

<sup>100</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 8: “*La elección de una legislación por las partes implicaría obviamente la elección de las normas sustantivas del foro del divorcio, y no sus normas sobre Derecho internacional privado (exclusión de la llamada “remisión”). Lo contrario comprometería el objetivo de crear seguridad jurídica*”.

<sup>101</sup> Article 20d: “*Exclusion of renvoi. The application of a law designated under this Regulation means the application of the rules (...) in force in that State other than its rules of private international law*”.

<sup>102</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008.

<sup>103</sup> DOUE L 199 de 31 julio 2007.

<sup>104</sup> I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880.

<sup>105</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 10: “*En ausencia de elección por las partes, la ley aplicable se determinaría sobre la base de una escala de factores de vinculación, basada en primer lugar en la residencia habitual de los cónyuges. Esta norma uniforme garantizará la seguridad jurídica y la predictibilidad. Es probable que la introducción de normas armonizadas de conflicto de leyes reduzca considerablemente el riesgo de “carrera a los tribunales”, puesto que cualquier órgano jurisdiccional de la Comunidad al que se acudiera aplicaría la ley designada sobre la base de normas comunes*”.

<sup>106</sup> Considerando (10b) Proyecto de Reglamento Roma III: “*In the absence of choice of applicable law, this Regulation should introduce harmonised conflict-of-law rules based on a scale of connecting factors to ensure legal certainty and predictability and to prevent “rush to court”. Such connecting factors should be chosen so as to ensure that proceedings relating to divorce or legal separation are governed by a law with which the spouses have a close connection*”.

genera los menores “costes conflictuales” para los cónyuges. En efecto, se trata de dar aplicación a la Ley del país “más próximo a la situación de divorcio” porque se supone que los cónyuges conocen o pueden conocer dicha Ley a bajo coste, y con arreglo a la cual es muy posible que hayan ajustado su comportamiento en el pasado. Este enfoque explica por qué, a la hora de determinar la Ley aplicable al divorcio y la separación judicial, es indiferente el contenido de la Ley reguladora de dicho divorcio y es indiferente también el resultado al que conduce la aplicación de dicha Ley, salvo intervención, naturalmente, pero siempre posterior, de la excepción de orden público internacional.

30. Si las partes no han elegido la Ley reguladora del divorcio o si dicha elección no es válida, el divorcio se regirá por las siguientes Leyes.

#### **A) Ley de la residencia habitual común de los esposos en el momento de la interposición de la demanda de divorcio.**

31. En primer lugar, y en defecto de elección de Ley por los cónyuges con arreglo al Proyecto de Reglamento Roma III, el divorcio o la separación legal se regirá por la Ley de la residencia habitual común de los esposos en el momento de la interposición de la demanda de divorcio o separación judicial. El Proyecto de Reglamento Roma III arranca de la prevalencia de la “conexión social” (= “*proximité sociale*”) sobre la “conexión cultural” (= “*proximité culturelle*”) (F. RIGAUX / M. FALLON)<sup>107</sup>. Los argumentos utilizados en favor del punto de conexión residencia habitual de los cónyuges en materia de divorcio son convincentes.

1º) *Menores costes conflictuales*. El país donde los cónyuges tienen su residencia habitual es el país donde se encuentra su “centro social de vida”, es el país donde contratan habitualmente, donde reside el núcleo de su familia, donde normalmente residirán también los hijos de los cónyuges y donde tales hijos están escolarizados, es el país donde normalmente los cónyuges tendrán sus trabajos y/o negocios, es el país donde se relacionan con terceros todos los días, donde normalmente tendrán bienes, y con frecuencia, bienes inmuebles. Es el país en cuya sociedad se encuentran integrados los cónyuges. Por ello, la residencia habitual de los cónyuges es una “conexión social”. El legislador comunitario entiende que la “conexión social” conduce a una Ley que genera costes conflictuales menores que los que provocaría la aplicación de la Ley a la que conduce una “conexión cultural”, como es la nacionalidad. Es decir, el legislador comunitario prefiere la residencia habitual de los cónyuges porque parte de la idea de que los cónyuges conocen mejor o pueden conocer mejor, y por tanto a un coste más reducido, la Ley del país de su residencia habitual común, que la Ley de cualquier otro Estado, incluida la Ley del país de su nacionalidad común en el momento de presentación de la demanda. En principio, y desde el punto de vista de la norma de conflicto, la calidad de los contactos del punto de conexión “residencia habitual” es superior a la calidad de los contactos del punto de conexión “nacionalidad”. Ello se explica porque la residencia habitual está basada, necesariamente, en contactos “sustanciales” de los cónyuges con un país (= es el país donde, efectivamente, viven los cónyuges, país en cuya sociedad dichos cónyuges se hayan integrados), mientras que la “nacionalidad” es un punto de conexión basado en contactos que pueden ser puramente “formales” (= se puede ostentar la nacionalidad de un país sin haber vivido jamás en dicho país o habiendo abandonado dicho país hace años). La residencia habitual representa, por ello, en los litigios de divorcio, la conexión “más real y sustancial” de una situación con un concreto Estado (D. HENRICH, V. GAERTNER, TH.M. DE BOER, P. MCELEAVY)<sup>108</sup>.

2º) *Reflejo de la movilidad social actual*. La sociedad actual se caracteriza por su movilidad. Las personas cambian de país de residencia con facilidad. Este punto de conexión permite la movilidad de

<sup>107</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, p. 574.

<sup>108</sup> D. HENRICH, “Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends”, en N. LOWE / G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 41-51; V. GARTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 129; TH.M. DE BOER, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (Eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers / Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 193-214; P. MCELEAVY, “The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law”, *ICLQ*, vol.51, oct. 2002, pp. 883-908.



la Ley aplicable y la aplicación de la Ley que responde al ambiente social actual de los cónyuges. La nacionalidad, como es sabido, es un punto de conexión muy rígido. La pérdida y adquisición de la nacionalidad siguen procedimientos muy estrictos, que no reflejan adecuadamente la movilidad de las personas propia del momento presente<sup>109</sup>.

3º) *Ley neutral para los cónyuges*. La Ley del país de la residencia habitual de los cónyuges es una Ley “neutral” para las partes. Dicha Ley no privilegia las circunstancias de uno o de otro de los cónyuges. No se trata de la Ley “de un cónyuge” que se impone a la Ley “del otro cónyuge”. Es una Ley con la que ambos cónyuges presentan un vínculo común.

4º) *Proporciona una aceptable estabilidad jurídica a los cónyuges*. El criterio de la residencia habitual de ambos cónyuges constituye además un criterio dotado de un aceptable nivel de estabilidad. En efecto, la Ley aplicable no cambia por el hecho de que uno de los cónyuges traslade a otro país su “residencia de hecho” o cambie de nacionalidad. Por último, debe añadirse que, debido a que una buena parte de los foros de competencia judicial internacional en materia de divorcio y separación judicial están contruidos sobre la residencia habitual de los cónyuges, la regla de la aplicación de la Ley de la residencia habitual común conducirá con frecuencia a la aplicación del Derecho de Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Ello evita aplicar Leyes extranjeras en materia de divorcio y separación judicial, lo que puede constituir una ventaja para los cónyuges en ciertos casos<sup>110</sup>.

5º) *Es un concepto de fácil precisión técnica*. La residencia habitual es un “concepto fáctico”. Se determina a través de meros datos de hecho que revelan cuál es el lugar que constituye el centro social de vida de los sujetos. Por ello, es más sencillo saber en qué país tienen los cónyuges su “residencia habitual”, que saber en qué país tienen éstos su “domicilio” o saber y probar qué nacionalidad ostentan. En efecto, estos dos últimos conceptos son “conceptos jurídicos” y, por ello, su comprobación es más dificultosa.

6º) *Es un punto de conexión que permite la función ordenadora del Derecho sobre la sociedad*. Los Estados legislan para ordenar su sociedad de un modo concreto. Este punto de conexión permite al Estado realizar en su territorio los objetivos que persigue su ordenamiento jurídico en lo relativo al Derecho de la persona y Familia (H. HELLWIG, G.P. ROMANO, T. WOLFF)<sup>111</sup>.

**32.** Naturalmente, la preferencia de legislador por la “residencia habitual” en perjuicio de la nacionalidad como punto de conexión en la escalera conflictual del Proyecto de Reglamento Roma III, constituye una “regla de base” que puede fallar en ciertos casos concretos. En efecto, puede suceder que los cónyuges tengan su residencia habitual en un país en el que no se hayan socialmente integrados y que se sientan muy ligados al país de su nacionalidad, cuyas normas legales siguen observando pese a habitar en otro país distinto desde hace tiempo. En estos supuestos, los cónyuges siempre podrán elegir, como Ley aplicable al divorcio, la Ley del país cuya nacionalidad común ostentan en el momento de presentación de la demanda de divorcio y hacer así prevalecer la “conexión cultural” (F. RIGAUX / M. FALLON, CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY)<sup>112</sup>. De todos modos, esta última situación caracterizada por el hecho de que los cónyuges no se han integrado en el país donde residen habitualmente y por el hecho de que todavía se sienten más vinculados con el país de su nacionalidad común debe considerarse menos frecuente que la contraria. Lo normal será que los cónyuges se hallen integrados en el país en el cual tienen su residencia habitual. Por ello, el legislador ha establecido que, en defecto de Ley elegida

<sup>109</sup> D. HENRICH, “Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends”, en N. LOWE / G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 41-51.

<sup>110</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 11: “[e]l hecho de que la norma se base en primer lugar en la residencia habitual de los cónyuges y, en su defecto, en su última residencia habitual si uno de ellos aún mantiene esta residencia conducirá a la aplicación de la ley del foro en la gran mayoría de los casos. Así pues, serán escasos los problemas relativos a la aplicación de la ley extranjera”.

<sup>111</sup> H. HELLWIG, *Die Staatsangehörigkeit als Akknüpfung im deutschen IPR: unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2001; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520; T. WOLFF, “Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Disputes”, *UnivPaLRev*, 2005, pp. 2215-2250.

<sup>112</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, p. 574; CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, pp. 50-59.

por las partes, la regla básica consiste en la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda. Las normas se elaboran no para supuestos o personas concretas, sino para los “casos generales”, como escribió ULPiano (*Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*).

**B) Ley del Estado de la última residencia habitual común de los esposos siempre que uno de los esposos todavía resida allí y no hayan pasado más de tres años desde que dicho Estado dejó de ser la residencia habitual común.**

33. En segundo lugar, y en defecto de residencia habitual de los cónyuges en el mismo país en el momento de presentación de la demanda, el divorcio y la separación legal se regirán por la Ley del Estado de la última residencia habitual común de los esposos siempre que uno de los esposos todavía resida allí y no hayan pasado más de tres años desde que dicho Estado dejó de ser la residencia habitual común de ambos esposos. La *raison d'être* de esta conexión es sencilla. El país donde los cónyuges han tenido su última residencia habitual común manifiesta, en los “casos normales”, un alto grado de vinculación sustancial con la situación matrimonial. En efecto, será frecuente que en dicho país los cónyuges tengan bienes comunes, hijos escolarizados, negocios varios, otros familiares, etc. Por ello, se tratará de una Ley cuyo conocimiento y aplicación al caso generará “costes conflictuales” reducidos para los cónyuges, ya que es una Ley que dichos sujetos pueden conocer fácilmente o a la que tienen un acceso sencillo. En otras palabras, se trata de una Ley de aplicación previsible para los cónyuges. Además, y como sucede en relación con el punto de conexión anterior, es una Ley “neutral” para las partes, que no privilegia a ninguno de los cónyuges. Debe recordarse de nuevo que los cónyuges siempre pueden “descartar” la aplicación de la Ley del país de su última residencia habitual común mediante la elección de otra Ley estatal aplicable al divorcio (= primer punto de conexión: elección de Ley al divorcio efectuada por los cónyuges).

**C) Ley del Estado de la nacionalidad común de los esposos.**

34. En defecto de los anteriores puntos de conexión, el divorcio se regirá por la Ley nacional común de los esposos o, en el caso del Reino Unido o Irlanda, por la Ley del país donde éstos tengan su *domicile*. La justificación de esta conexión es clara. Cuando es complejo o imposible identificar un país en el que los cónyuges tienen su residencia habitual, la “conexión social” falla. Ello significa que no existe “una” sociedad correspondiente a “un” Estado en el que ambos cónyuges estén efectivamente integrados. En defecto, por lo tanto, de una conexión social, el legislador comunitario tiene presente la “conexión cultural”, la nacionalidad de ambos cónyuges, que representa, en estos casos, la vinculación más estrecha de la situación matrimonial con un concreto país (V. GAERTNER, L.-J. SILBERMAN)<sup>113</sup>. Con otras palabras, puede afirmarse que cuando los cónyuges no residen habitualmente en el mismo Estado y hace ya más de tres años que abandonaron su última residencia habitual o ésta fue muy fugaz y no duró al menos tres años, la aplicación de la Ley nacional común es la solución que genera los costes conflictuales menores para los cónyuges. En efecto, éstos se hallan en una buena posición para informarse sobre la legislación de su país con un coste reducido (N. DETHLOFF, V. GAERTNER)<sup>114</sup>. Aunque ha sido relegada a un lugar secundario por el Proyecto de Reglamento Roma III, la nacionalidad puede reflejar un vínculo significativo de una persona con el Estado del que es nacional. Vínculo que explica el hecho de que, en ciertas ocasiones, la aplicación de la Ley nacional comporta costes conflictuales reducidos y por

<sup>113</sup> V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. pp. 115-127; L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016: “*This aspect of Rome III also illustrates the continuing role that “nationality” has in Europe and the view that the cultural ties that an individual has to his country of origin should have a role in the choice of applicable law*”.

<sup>114</sup> N. DETHLOFF, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, *Intersentia*, 2003, pp. 51-59; V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 113.

ello, puede resultar una “conexión de calidad”. La conexión entre la persona y el país cuya nacionalidad ostenta es una vinculación real por varios motivos: a) Visto que la persona suele poder votar en las elecciones políticas de su país, la persona no es un mero “objeto de la Ley”, sino que participa de modo indirecto pero real, en su creación (J.F. REZEK, F. TERRÉ, V. GAERTNER, H.P. MANSEL)<sup>115</sup>. Por ello, el sujeto se encuentra vinculado con su país y con la legislación de su país; b) La Ley de un país es el precipitado histórico de una identidad cultural y el sujeto que ostenta dicha nacionalidad recibe dicha herencia y dicha identidad cultural, con la que de algún modo, sigue vinculado.

**35.** La colocación de la nacionalidad en el cuarto lugar de la escalera conflictual del Proyecto de Reglamento Roma III se explica por varios motivos.

1º) La mayor “calidad conflictual” de la conexión autonomía de la voluntad conflictual y residencia habitual de los cónyuges. En efecto, con carácter general, ambos puntos de conexión conducen a una Ley que genera menores costes conflictuales y que los que puede provocar el punto de conexión “nacionalidad” (J. BASEDOW / B. DIEHL-LEISTNER)<sup>116</sup>.

2º) La mayoría de los Estados miembros son, en la actualidad, países receptores de emigrantes. El punto de conexión “nacionalidad” incrementa injustificadamente la aplicación de Leyes extranjeras en los Estados miembros, pues provoca la llamada “paradoja de la nacionalidad”. Los extranjeros que residen permanentemente en un Estado entablan relaciones jurídicas con otras personas en dicho Estado con una frecuencia cada vez mayor. Sin embargo, su capacidad jurídica y de obrar sigue siendo regulada por su Ley nacional, que es una Ley extranjera. Resultado: cuanto más integrado se halla un sujeto en una sociedad concreta de un Estado concreto, más veces se le aplica una Ley extranjera, lo que parece poco adecuado (A. FLESSNER)<sup>117</sup>. Por ello, el valor conflictual del punto de conexión “nacionalidad” está sometido a una fuerte “degeneración” (R.D. KOLLEWIJN, J.V. LONG, P. LOUIS LUCAS)<sup>118</sup>.

3º) En la actualidad, la rigidez normativa de la adquisición y pérdida de la nacionalidad ha hecho surgir el concepto de “nacionalidad sociológica”, que supera al concepto de “nacionalidad formal” (= o nacionalidad realmente ostentada). La nacionalidad sociológica se identifica muy frecuentemente, con la residencia habitual. La “nacionalidad sociológica” refleja la vinculación personal del sujeto con un país, país de cuya sociedad se considera miembro integrante. Dicho vínculo presenta un carácter más sustancial y menos formal que el vínculo tradicional que constituye la nacionalidad que se ostenta en el pasaporte. La nacionalidad formal “se ostenta”, pero la nacionalidad sociológica “se vive” (J.-Y. CARLIER, D. MAYER, I. FADLALLAH, C. LABRUSSE)<sup>119</sup>. Por otro lado, la altísima movilidad de la sociedad actual hace que el perfil de los emigrantes haya cambiado de modo muy notable. Los emigrantes del siglo XXI no necesariamente regresan a su país de origen y no necesariamente están interesados en la eficacia de la sentencia de divorcio en el país cuya nacionalidad ostentan. La nacionalidad ya no presenta el “potencial localizador” que mostraba en el siglo XIX, tiempos en los que el vínculo de la persona con el país de su nacionalidad era más estrecho.

<sup>115</sup> J.F. REZEK, “Le droit international de la nationalité”, *RCADI*, 1986, vol.198, pp. 333-400; F. TERRÉ, “Reflexions sur la notion de nationalité”, *RCDIP*, 1975, vol.64, pp. 197-214; V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 124; H.P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, Munich, 1988; ID., “L’adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 août 1896”, *Liber Memorialis François Laurent*, Bruselas, 1989, pp. 869-880.

<sup>116</sup> J. BASEDOW / B. DIEHL-LEISTNER, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland”, en E. JAYME / H.-P. MANSEL (Hrsg.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, C.F. Müller, 1990, pp. 13-43.

<sup>117</sup> A. FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1990; ID., “Fakultatives Kollisionsrecht”, *RabelsZ.*, 1970, vol.34, pp. 547-584.

<sup>118</sup> R.D. KOLLEWIJN, “Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno”, *DI*, 1959, vol.XIII, pp. 508-525; J.V. LONG, “Domicil v. Nationality”, *RabelsZ.*, 1953, pp. 247-262; P. LOUIS LUCAS, “Le probleme de la loi applicable a l’état et a la capacité des personnes”, *TCFDIP*, 1946-1947 y 1947-1948, París, 1951, pp. 95-110.

<sup>119</sup> J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; ID., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38; D. MAYER, “Evolution du statut de la famille en droit international privé”, *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469; I. FADLALLAH, “Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?”, *RCDIP*, 1981, pp. 17-29; C. LABRUSSE, “La compétence et l’application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère”, *TCFDIP*, 1975/1977, pp. 111-144.

4º) La nacionalidad es un punto de conexión intrínsecamente complicado desde el punto de vista legal. Es frecuente que la precisión de la “nacionalidad” de los cónyuges se convierta en el centro del litigio de divorcio, al constituir una cuestión extremadamente compleja pero en todo caso preliminar al mismo divorcio si éste se rige por la Ley nacional común de los cónyuges. En efecto, puede resultar muy difícil precisar si una persona ha adquirido o ha perdido una determinada nacionalidad, y además, los casos de múltiple nacionalidad y apatridia dificultan la precisión de la “nacionalidad” de la persona.

5º) La nacionalidad ha sido considerada durante muchos años, como una “conexión imperialista”. Se ha dicho que esta conexión, colocada en la cúspide de la escalera conflictual, no respeta la libertad del individuo de elegir el sistema legal que prefiere. La nacionalidad persigue al individuo por todo el mundo, como la sombra al cuerpo. No le deja escapar de la aplicación de las Leyes de su país, aunque resida en el extranjero (A.E. ANTON). Le obliga a seguir los “standards jurídicos” de su país de origen, quiera o no quiera seguirlos. Por ello, la colocación de este punto de conexión en el cuarto lugar de la escalera conflictual, de modo que opera sólo en defecto de conexiones más realistas y que encajan mejor con la libertad individual, resulta oportuna.

**36.** Ciertos aspectos técnicos deben tenerse presentes en relación con la conexión “nacionalidad común” de los cónyuges”: 1º) La nacionalidad o el *domicile* debe tenerse en cuenta en el momento de interposición de la demanda de divorcio. Anteriores o posteriores nacionalidades de los cónyuges no son relevantes. Esta solución evita el conflicto móvil y refuerza la seguridad jurídica; 2º) En el caso de doble o múltiple nacionalidad de ambos o de alguno de los cónyuges, el Proyecto de Reglamento Roma III deja en manos del Derecho de cada Estado miembro la cuestión de fijar qué nacionalidad debe prevalecer a estos efectos, como ya sucede en relación con la vigente versión del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000<sup>120</sup>, como ha sido indicado (A. BORRÁS)<sup>121</sup>. La razón de ello es que se estima que la cuestión afecta a la soberanía de cada Estado (= se trata, en el fondo, de precisar quiénes son los nacionales de un Estado miembro aunque sea, exclusivamente, a efectos de Derecho internacional privado). En el caso español, ello conduce a aplicar los Convenios internacionales firmados por España en materia de doble nacionalidad y en su defecto, el art. 9.9 CC; 3º) Para concretar la nacionalidad de cada cónyuge debe ser consultado el Derecho del Estado cuya nacionalidad dice ostentar el cónyuge en cuestión. Ejemplo: el Derecho español no puede determinar la nacionalidad “francesa” de la esposa y si ésta dice ser francesa, deberá ser consultado el Derecho francés para acreditar si, efectivamente, la esposa ostenta tal nacionalidad en el momento de presentación de la demanda; 4º) En el caso de apatridia, el Proyecto Reglamento Roma III guarda silencio. Dicho silencio debe ser interpretado en el sentido de que falla la conexión cultural que se construye, precisamente, en la nacionalidad del cónyuge. Porque no se trata, como ocurre en el art. 9.1 CC, de aplicar la “Ley personal” de cada cónyuge, sino de aplicar la Ley de la nacionalidad del mismo. Los cónyuges apátridas no tienen nacionalidad y por ello, esta conexión no puede operar en relación a dichos cónyuges; 5º) La utilización del punto de conexión “nacionalidad” no provoca ningún efecto discriminatorio, prohibido por el art. 12 TCE (A. RAUSCHER, V. GAERTNER)<sup>122</sup>. La nacionalidad se utiliza como un criterio general para todos los sujetos sea cual sea su nacionalidad, por lo tanto no hay un tratamiento legal “negativo” o “discriminatorio” contra ciertos sujetos por razón de su nacionalidad.

#### D) Lex Fori.

**37.** En defecto de todos los anteriores puntos de conexión, el divorcio se regirá por la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto. La justificación de esta conexión es clara: cuando es muy difícil o imposible identificar un país en el que los cónyuges tienen su residencia habitual común,

<sup>120</sup> DOUE L 338 de 23 diciembre 2003.

<sup>121</sup> A. BORRÁS, “Informe oficial sobre el Convenio de Bruselas de 28 mayo 1998”, en DOCE C 221 de 16 julio 1998.

<sup>122</sup> A. RAUSCHER, *Nationale und kulturelle Identität im Zeitalter der globalisierung*, 2006, p. 732; V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 125.

actual o pasada, la “conexión social” falla, y cuando además, también falla la conexión cultural porque los cónyuges no ostentan una misma nacionalidad, el legislador activa una “conexión judicial”. En efecto, se trata de una auténtica “conexión de cierre”, ante la imposibilidad de encontrar una conexión “social” o “cultural” que conduzca a una Ley de aplicación suficientemente previsible para los cónyuges. Ello significa que esta conexión “*Lex Fori*” debe operar sólo en relación con supuestos de divorcio cuyos elementos se hallan muy dispersos por diferentes Estados: cónyuges de distinta nacionalidad que no tienen su residencia habitual en el mismo Estado ni la han tenido jamás o que tuvieron su residencia habitual en un Estado por un período fugaz de menos de tres años y/o hace más de tres años (= “divorcios altamente internacionales”). Debe subrayarse que, con la nueva redacción incorporada por el Proyecto de Reglamento Roma III, un tribunal de un Estado miembro sólo se declarará competente en el caso de que concurra alguno de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento 2201/2003, con independencia de lo que establezcan sus normas de competencia judicial internacional de producción interna, normas que no serán aplicables en ningún caso. Ello garantiza una conexión real entre el país cuya Ley es aplicable y el litigio de divorcio. De ese modo, los cónyuges pueden prever a un coste razonable cuál es la Ley que regirá su divorcio y la información sobre el contenido de dicha Ley no debe resultarles excesivamente costosa, ya que pudieron fácilmente prever la aplicación de la misma al litigio de separación judicial o divorcio.

### 3. Ámbito de la Ley aplicable al divorcio y separación legal.

38. El Proyecto de Reglamento Roma III no contiene una norma que concrete el ámbito de aplicación de la Ley designada a través de sus normas de conflicto. Durante el proceso de elaboración del texto, sin embargo, ha quedado claro que la Ley designada por las normas de conflicto contenidas en el Proyecto de Reglamento Roma III regulará, exclusivamente, el divorcio o separación judicial y en concreto, las siguientes cuestiones: 1º) Admisión del divorcio o separación judicial; 2º) Causas de separación y divorcio; 3º) Efectos que produce la interposición de la demanda y plazo mínimo para instar el divorcio; 4º) Efectos de la reconciliación sobre el procedimiento y/o el divorcio y posible conversión de la separación en divorcio; 5º) La cuestión de si debe elaborarse o no un “convenio regulador” en los procedimientos de divorcio o separación de mutuo acuerdo, así como el contenido necesario de tal convenio; 6º) Régimen del divorcio o de la separación en caso de desacuerdo: el llamado “régimen legal supletorio” en defecto de acuerdo entre los cónyuges; 7º) Si debe procederse o no a la disolución del régimen económico matrimonial, si bien la Ley reguladora del divorcio sólo establece un “sí” o un “no” a la disolución del citado régimen económico matrimonial. La Ley que rige la disolución y la efectiva liquidación del régimen económico matrimonial no se determina con arreglo a las normas de conflicto recogidas en el Proyecto de Reglamento Roma III, sino que se determina con arreglo a las normas de conflicto de cada Estado miembro; 8º) La asignación del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico a uno de los ex-cónyuges. Y visto que en numerosas legislaciones, como la española (art. 96 CC español), el uso de la vivienda habitual se asigna al cónyuge al que se le atribuye la custodia de los hijos comunes, deberá consultarse la Ley aplicable a la custodia de los hijos para acreditar qué cónyuge dispone de dicha custodia. La Ley aplicable a la custodia de los hijos comunes no se fija con arreglo al Proyecto de Reglamento Roma III, sino que se precisa con arreglo a las normas de conflicto en vigor en cada Estado miembro. En España se aplicarán las normas de conflicto contenidas en el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable a la protección de menores, y para los casos excluidos de dicho Convenio, se aplicará el art. 9.6 CC.

39. La Ley designada por las normas de conflicto recogidas en el Proyecto de Reglamento Roma III no regula, en general, los llamados “efectos del divorcio” (F. RIGAUX / M. FALLON)<sup>123</sup>. En particular, están excluidas las siguientes cuestiones: 1º) Los alimentos derivados del divorcio o separación y la pensión compensatoria por “desequilibrio económico”. No obstante, la Ley que rige estas cuestiones será la Ley que, con arreglo al Proyecto de Reglamento Roma III rige el divorcio en aquellos Estados miem-

<sup>123</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 575-578.

bros que, como España, son partes en el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la Ley aplicable a las obligaciones de alimentos. En efecto, el art. 8 de dicho Convenio remite dichas cuestiones a la Ley que rige el divorcio o separación judicial; 2º) La responsabilidad parental de los hijos comunes. Las medidas de asignación de la custodia y derecho de visita de los hijos menores, son “medidas de protección del menor” y no se rigen por la Ley del divorcio. Tales medidas quedan sujetas a la Ley designada por las normas de conflicto que, en cada Estado miembro, regulan la protección de menores. En España, se aplicará el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [protección de menores], como señala la doctrina (T. BALLARINO / D. MILAN)<sup>124</sup>; 3º) Las pensiones y prestaciones de Seguridad Social, que quedan sujetas a las disposiciones de Derecho Público que “marcan” el ámbito de aplicación de la Ley de cada Estado miembro en el espacio; 4º) Las medidas provisionales y cautelares derivadas de la interposición de la demanda. Dos tesis se han mantenido: (a) *Tesis procesal*. Estas medidas tienen “carácter procesal” (art. 3 LEC), y por tanto, cuando tales medidas deben cumplirse en España, se rigen por la Ley española, ya que sus efectos se agotan en España (P. PICONE)<sup>125</sup> (SAP Barcelona 15 junio 2006 [divorcio entre cónyuges polacos]). Esta solución se sigue también en Francia (Sent. Cour Cass. 13 febrero 1973); (b) *Tesis sustantiva*. Estas medidas quedarían regidas por la Ley estatal que rige el divorcio con arreglo al Proyecto de Reglamento Roma III (SAP Zaragoza 8 mayo 2003, AAP Madrid 4 septiembre 2006 [divorcio entre cónyuges polacos]). Debe subrayarse que el Proyecto de Reglamento Roma II no regula ni la competencia judicial internacional ni la Ley aplicable a las medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con la disolución del régimen económico matrimonial que sigue a un divorcio; 5º) El nombre y los apellidos de las personas tras el divorcio. Esta cuestión se rige por la Ley designada por las normas de conflicto de cada Estado miembro. En España se aplicará el Convenio de Munich de 5 septiembre 1980.; 6ª) Los derechos sucesorios de las personas divorciadas o separadas, que se rigen por la Ley que regula la sucesión del causante. En España se aplicará la Ley nacional del causante (art. 9.8 CC); 7º) El procedimiento de separación judicial, nulidad y divorcio. El procedimiento para obtener el divorcio, separación o nulidad es un “aspecto procesal” y por tanto, se sujeta a la Ley procesal del Estado miembro cuyos tribunales sean competentes para pronunciar el divorcio (vid. para España, el art. 3 LEC). Pertenecen al ámbito del procedimiento judicial de divorcio cuestiones como las formalidades que debe respetar la sentencia de separación, nulidad o divorcio, la comunicación de la sentencia a los Registros oficiales españoles, adopción de medidas cautelares con posterioridad a la sentencia y todos los aspectos del procedimiento (SAP Madrid 28 septiembre 2000, SAP Barcelona 12 noviembre 1999).

#### 4. Otras cuestiones relativas a la Ley aplicable al divorcio y a la separación legal.

##### A) Orden público internacional.

40. El Proyecto de Reglamento Roma III recoge la clásica cláusula de orden público internacional. En virtud de la misma, la aplicación de una disposición de la Ley designada por el Reglamento puede ser rechazada sólo si su aplicación resulta manifiestamente incompatible con el orden público del foro<sup>126</sup>. En torno a esta cláusula es preciso incorporar varias precisiones: 1º) La intervención del orden público es siempre de carácter excepcional, porque dicha cláusula es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto (= “regla general”)<sup>127</sup>. Además, puede intervenir de modo parcial contra la aplicación de ciertas disposiciones del Derecho extranjero (= “orden público internacional parcial”). El precepto que regula el orden público internacional en el Proyecto de Reglamento Roma III exige un muy

<sup>124</sup> T. BALLARINO / D. MILAN, *Corso di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2007, pp. 133-136.

<sup>125</sup> P. PICONE, “I provvedimenti temporanei e urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano”, *RDI*, 1994, pp. 333-388.

<sup>126</sup> Article 20e Proyecto de Reglamento Roma III: “Public policy. The application of a provision of the law designated by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum”.

<sup>127</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”, Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 11.

claro “plus de motivación” para descartar la aplicación del Derecho extranjero en materia de divorcio. De ese modo, no basta que la Ley extranjera contenga una regulación “diferente” en materia de divorcio ni basta tampoco que éste sea un divorcio “causal” o “sin causa”. Naturalmente, esta excepción de orden público internacional exige una interpretación restrictiva de su contenido y aplicación, pues *quae communi legi derogant, stricte interpretantur*. La norma de conflicto es la regla general y la intervención del orden público internacional es la regla excepcional; 2º) El precepto se refiere al orden público “del foro”, lo que exige comprobar que la aplicación de la Ley extranjera daña la estructura jurídica básica de la sociedad del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (= “*ordre public de proximité*”); 3º) El orden público internacional sólo debe operar contra la “aplicación” de un Derecho extranjero y no contra el “contenido” del Derecho extranjero. En efecto: no es relevante el contenido del Derecho extranjero, sino el resultado que la aplicación de un determinado Derecho extranjero produce en la estructura jurídica básica de la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto. El juez de dicho Estado miembro debe valorar esta circunstancia y es por ello que el precepto incluye la expresión “*may be refused*”. En efecto, el juez de dicho Estado miembro dispone de un margen de apreciación para comprobar si debe excluirse la aplicación del Derecho extranjero o no en función del resultado final del proceso de divorcio y su impacto en el Estado miembro del foro; 4º) El orden público internacional es un concepto “interno”, propio de cada Estado miembro. Ahora bien, en relación con la mayor parte de los Estados miembros se pueden indicar como casos-tipo en los que deberá intervenir el orden público en materia de divorcio, los siguientes: (a) Cuando el divorcio resulta, en la práctica, imposible o extraordinariamente dificultoso. Una dificultad o rigidez legal para la obtención del divorcio no es suficiente para activar la intervención del orden público internacional; (b) Cuando el proceso de divorcio, la regulación del divorcio o el resultado del mismo resultan discriminatorios para una de las partes, frecuentemente, para la mujer. Ello podrá producirse porque la mujer no puede instar el divorcio o la separación. En los casos en los que la esposa queda tras el divorcio en una situación de evidente desamparo o discriminación, surge un problema agudo, porque dicho resultado no depende de la Ley que regula el divorcio (*Lex Divoriti*), sino de la Ley que regula ciertos “efectos jurídicos colaterales del divorcio”. Ejemplo 1: la Ley que regula la custodia de los hijos comunes puede establecer que ésta debe ser confiada siempre al padre o a la familia del padre, con exclusión total y radical de la madre, como sucede con frecuencia en el Derecho musulmán. Ejemplo 2: la Ley que regula la disolución del régimen económico matrimonial o la ley que regula la pensión compensatoria post-divorcio pueden dejar a la esposa sin soporte económico alguno. En estos casos, la intervención del orden público internacional tendrá lugar contra la Ley que rige tales efectos jurídicos colaterales del divorcio, y que se determina con arreglo a las correspondientes normas de conflicto de cada Estado miembro, pero no contra la Ley que regula el divorcio; (c) En el caso de “divorcios revocables” a voluntad del varón, propios del Derecho de ciertos países musulmanes, pues ello genera una inestabilidad muy profunda del estado civil, lo que puede perjudicar a terceros y ala sociedad en su conjunto; (d) Cuando la causa de divorcio resulte contraria a la dignidad de la persona o a los derechos fundamentales, como sucede en el caso de determinados Derechos de países musulmanes, en cuyo contexto no se admite el divorcio por “malos tratos” a la esposa, pues se estima que tales prácticas son “normales” en dichas sociedades; (e) Cuando el Derecho aplicable al divorcio prevé exclusivamente un “divorcio no judicial” (C. RIMINI)<sup>128</sup>.

## B) Cláusula de rechazo de la Ley extranjera.

41. El Proyecto de Reglamento Roma III recoge una cláusula propuesta por la Delegación española y tomada del art. 107.2 CC español, en cuya virtud se rechaza la aplicación de la Ley extranjera en dos supuestos: 1º) Cuando el Derecho extranjero no recoge la posibilidad de divorcio. En la actualidad, sólo tres países desconocen en su Derecho el divorcio como causa de disolución *inter vivos* del matrimonio: Malta, Ciudad del Vaticano y Filipinas, aunque en este caso, sólo en relación con determinados sujetos de religión católica; 2º) Cuando el contenido de tal Derecho extranjero no permite a un cónyuge presentar su demanda de divorcio por razón de género. Este supuesto es frecuente en países con legisla-

<sup>128</sup> C. RIMINI, “Il ripudio innazi ad un tribunal rabbino italiano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero”, *RDIPP*, 1992, pp. 55-69.

ciones inspiradas en el Corán, en los que el divorcio sólo se puede disolver *inter vivos* mediante un repudio de la esposa ejercitado por el varón de modo unilateral.

42. En ambos casos, esta “cláusula de rechazo” de la Ley extranjera opera de manera distinta al orden público internacional. En efecto, a través de esta “cláusula de rechazo” de la Ley extranjera, basta comprobar el tenor de las normas del Derecho extranjero para descartar la aplicación del mismo en un Estado miembro. No es preciso acreditar que, en el caso concreto, la Ley extranjera produce un perjuicio para la estructura jurídica de la sociedad del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto<sup>129</sup>.

43. En ambos casos, el divorcio se regirá por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Se ha discutido si era necesaria la presencia de esta “cláusula de rechazo de plano” a la Ley extranjera en materia de divorcio, pues podría resultar superflua por existir ya la tradicional excepción de orden público internacional. Es cierto que la excepción de orden público internacional podría evitar la aplicación de las Leyes extranjeras que impiden el divorcio y también la aplicación de las Leyes extranjeras que no permiten al cónyuge instar el divorcio por razón de su sexo. Existen dos buenas razones en favor de esta “cláusula de rechazo” que se analiza: 1º) Es un modo más directo, automático y veloz para descartar, en casos muy graves, la aplicación de la Ley extranjera, ya que no exige comprobar que, en el caso concreto, se produce vulneración del orden público internacional. Ello puede agilizar estos pleitos de divorcio; 2º) No comporta la “carga política” que se genera si los tribunales de un Estado miembro declaran que una Ley de un concreto país vulnera el orden público internacional de dicho Estado miembro.

### C) Aplicación de la *Lex Fori* en casos de *Forum Necessitatis*.

44. La *Lex Fori* también se aplica en los casos en los que interviene el *Forum Necessitatis*. En concreto se aplicará la *Lex Fori* en estos casos: 1º) Cuando son competentes por *Forum Necessitatis* los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de cualquiera de los esposos porque el divorcio no existe en la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales son los únicos competentes según el art. 3 y nuevo art. 7 (= foro de la sumisión) del Reglamento 2201/2003. Esta previsión afecta principalmente al “caso maltés”: cuando los únicos tribunales competentes ex Reglamento 2201/2003 para dictar el divorcio sean los tribunales malteses, se abre un foro de necesidad en favor de los tribunales de la nacionalidad de cualquiera de los esposos. Pues bien, dichos tribunales se pronunciarán sobre el divorcio mediante la aplicación de su propia Ley sustantiva (*Lex Materialis Fori*); 2º) Cuando son competentes por *Forum Necessitatis* los tribunales del Estado miembro cuyas autoridades celebraron el matrimonio porque los tribunales competentes con arreglo al art. 3 y nuevo art. 7 (= foro de la sumisión) del Reglamento 2201/2003, pero la Ley de dichos Estados miembros no pueden conceder el divorcio porque el matrimonio entre los cónyuges no es considerado como “matrimonio” por el Derecho de dichos Estados miembros. Es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, existente y válido en España, Holanda y Bélgica, pero que no se considera un “matrimonio” en otros Estados miembros, como Grecia, Italia o Portugal o que surte unos “efectos jurídicos limitados”. Cuando sólo sean competentes ex art. 3 Reglamento 2201/2003 los tribunales de un Estado miembro que no considera que dicha unión legal tiene la consideración de un “matrimonio”, serán entonces competentes los tribunales del Estado miembro cuyas autoridades celebraron el matrimonio y dichos tribunales aplicarán al divorcio su propia Ley material (*Lex Materialis Fori*).

### D) Prueba de la Ley extranjera.

45. El Proyecto de Reglamento Roma III no ha querido introducir un precepto que imponga el principio *jura novit curia* en relación con el Derecho extranjero. En este sentido, el Proyecto Reglamento

<sup>129</sup> Article 20b-1 Proyecto de Reglamento Roma III. “*The application of the law of the forum*”. 1. *Where the law applicable pursuant to Article 20a and 20b does not provide for divorce or does not allow one of the spouses by his or her gender to lodge an application for divorce, the law of the forum shall apply*”.



Roma III se alinea con el Reglamento Roma I y con el Reglamento Roma II, que confían en la “red judicial civil europea” como mecanismo de acreditación del Derecho extranjero. Esta herramienta procesal puede ser, en efecto, muy eficaz. Sin embargo, no podrá ser utilizada en relación con Derechos de terceros países, de frecuente aplicación en pleitos de divorcio internacional. Los aspectos de prueba del Derecho extranjero se regirán por las normas de Derecho internacional privado de cada Estado miembro. En España es aplicable el art. 281.2 LEC. Debe recordarse, sin embargo, que un mecanismo poco efectivo de prueba del Derecho extranjero en materia de divorcio o un sistema en el que a falta de prueba del Derecho extranjero se opte por la aplicación de la *Lex Materialis Fori*, puede dinamitar todo el entramado conflictual del Reglamento. Ello perjudicaría la seguridad jurídica, la previsibilidad de soluciones para los cónyuges e incrementaría los costes de resolución del conflicto (I. PERIN TOMICIC)<sup>130</sup>.

### E) Sistemas plurilegislativos.

46. En relación con los Estados plurilegislativos en cuyo seno coexisten diversos sistemas legales que regulan el divorcio y/o la separación judicial, se sigue la fórmula inglesa, de modo que cada unidad territorial con Derecho propio se considera un “Estado” a los efectos de la identificación de la Ley aplicable. Un Estado miembro con diferentes unidades territoriales que disponen de legislación propia en materia de separación y divorcio no está obligado a aplicar el Proyecto de Reglamento Roma III a los conflictos de Leyes entre tales unidades territoriales<sup>131</sup>.

### F) Exclusión del reenvío.

47. En la misma línea ya marcada por el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (art. 20)<sup>132</sup> y por el Reglamento (CE) Núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (art. 24)<sup>133</sup>, el Proyecto de Reglamento Roma III prohíbe de modo taxativo el reenvío. Por lo tanto, la Ley designada por las normas de conflicto del Proyecto de Reglamento Roma III es la Ley material del Estado del que se trate, con exclusión de sus normas de conflicto<sup>134</sup>. Ello incluye los casos en los que la Ley aplicable ha sido designada por los cónyuges.

## 5. “Lex Fori Approach” y Ley aplicable al divorcio.

48. Varios Estados miembros mantienen un *Jurisdictional Approach* en el campo del divorcio (J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, K. MCQUAID, V. GAERTNER)<sup>135</sup>. Ello significa que, en los casos internacionales, la Ley que rige el divorcio es siempre la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (= *Lex Materialis Fori*). El Reino Unido lidera el grupo de estos Estados, en cuyo seno se hallan también Irlanda y la mayor parte de los Estados escandinavos. Este *Lex Fori Approach*, que se

<sup>130</sup> I. PERIN TOMICIC, “Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law”, *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880, esp. p. 878.

<sup>131</sup> Article 20f Proyecto de Reglamento Roma III: “States with two or more legal systems. 1. Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of divorce and legal separation, each territorial unit shall be considered as a State for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation. 2. A Member State within which different territorial units have their own rules of law in respect of divorce and legal separation shall not be required to apply this Regulation to conflicts solely between the laws of such units”.

<sup>132</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008.

<sup>133</sup> DOUE L 199 de 31 julio 2007.

<sup>134</sup> Article 20d Proyecto de Reglamento Roma III: “Exclusion of renvoi. The application of a law designated under this Regulation means the application of the rules (...) in force in that State other than its rules of private international law”.

<sup>135</sup> J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 944-1028; K. MCQUAID, “Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; V. GAERTNER, “European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments”, *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. pp. 105-115.

sigue también en los Estados Unidos de América (L.-J. SILBERMAN)<sup>136</sup>, tiene sus bases en diversos argumentos<sup>137</sup>. La disciplina jurídica de los casos internacionales se realiza, básicamente, a la hora de fijar la competencia internacional de los tribunales. Cada país determina, en su propia legislación, los casos internacionales de divorcio de los que sus tribunales van a conocer. Admitido esto, tales tribunales aplicarán, siempre y en todo caso, su propia Ley material o sustantiva (= *Substantial Lex Fori*). Mediante mecanismos específicos, como el *Forum Non Conveniens*, los “casos más alejados” de la esfera de un Estado son “rechazados” por los tribunales de éste. Tales tribunales no entran a conocer de estos casos “alejados” y se declaran “incompetentes” en relación a los mismos. En conclusión, para estos Estados tributarios del *Lex Fori Approach* en materia de divorcio, lo importante es determinar la competencia judicial internacional en materia de divorcio y no la Ley aplicable (L.-J. SILBERMAN)<sup>138</sup>.

49. En la Europa continental este método ha tenido cierta repercusión en algunas materias relativas al Derecho de Familia, por ejemplo, en la Ley suiza de Derecho internacional privado de 18 diciembre 1987, y sobre todo en el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (arts. 1 y 2)<sup>139</sup>. Este Convenio está en vigor para Alemania, Austria, China (región administrativa de Macao únicamente), España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía. Sin embargo, como regla general, este método ha sido criticado por ser un mecanismo legeforista que produce “situaciones claudicantes” y que potencia el *Forum Shopping*. Algunos autores lo han calificado como un “método anti-Derecho internacional privado”, que no tiene presentes las exigencias de Justicia de las situaciones que comportan “conflictos de Leyes” (R. DE NOVA)<sup>140</sup>.

50. El fundamento teórico central de este método es el siguiente. En la raíz del *Lex Fori Approach* se encuentra el *principio de territorialidad*, que en el Derecho inglés tiene una tradición histórica muy marcada: los *Foreign Cases* (= o casos “alejados de la esfera británica”), no pueden ser decididos ni fallados por los tribunales ingleses. La razón es simple: así se respeta la “Soberanía extranjera”. Y al contrario: los casos “más cercanos” a la esfera británica, deben ser fallados, como no puede ser de otro modo, con arreglo, exclusivamente, al Derecho sustantivo inglés. El argumento se explica a través del clásico binomio formado por la reciprocidad y por la soberanía. En relación con la soberanía del Estado y la territorialidad del Derecho, este argumento presenta un matiz llamativo: los Estados que siguen el *Lex Fori Approach* entienden que su legislación es de obligado cumplimiento porque se trata de Derecho imperativo, ya que los fundamentos del Derecho de Familia son, efectivamente, imperativos, y se aplican a todos los que casos que se suscitan ante los tribunales del Estado. Entienden también que el Estado es “parte” en los procesos de divorcio y que los intereses del Estado están afectados en los procesos de di-

<sup>136</sup> L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016.

<sup>137</sup> En torno al *Jurisdictional Approach*, *vid.*, entre otros, G. BARILE, “La fonction historique du droit international privé”, *RCADI*, vol.116, 1965, pp. 305-381; H. BATIFFOL, “Observations sur les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative”, *De conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D.Kollewijn / J.Offerhaus*, Leyden, Sijthoff, 1962, pp. 5-24; A. BONNICHON, “La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois”, *RCDIP*, 1949, pp. 615-635 y 1950, pp. 11-32; L. BRILMAYER, *Conflict of Laws. Foundations and Future Decisions*, Boston / Toronto / Londres, 1991; R. CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese e jurisdiction con particolare riguardo ai rapporti di famiglia*, Padova, 1979; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Conflicto de leyes (en el espacio)”, *EJB*, 1995, pp. 1428-1431; *Id.*, “Derecho internacional privado”, *EJB*, 1995, pp. 2311-2316; *Id.*, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Homenaje A.Menédez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; R.H. GRAVESON, “The comparative Evolution of Principles of the Conflict of Laws in England and the USA”, *RCADI*, 1960, vol.99, pp. 21-118; *Id.*, “Aspects of the General Principles of Private International Law”, *RCADI*, 1963, pp.7 ss.; *Id.*, *Conflict of Laws, Private International Law*, 7th ed., London, 1974, pp. 5 y 13; P. HEBRAUD, “De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître”, *RCDIP*, 1968, pp. 205-225; O. KAHN-FREUND, “General Problems of Private International Law”, *RCADI*, 1974, vol.143, pp. 149-474; SP. VRELLIS, “La justice ‘matérielle’ dans une codification du droit international privé”, *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 541-562.

<sup>138</sup> L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016.

<sup>139</sup> BOE núm.199 de 20 agosto 1987 y BOE núm. 267 de 7 noviembre 1987. Entrada en vigor para España: 21 julio 1987.

<sup>140</sup> R. DE NOVA, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, *RCADI*, 1966-II, t.118, pp. 435-619, esp. pp. 441-477.

vorcio (L.-J. SILBERMAN)<sup>141</sup>. Exactamente igual que sucede con el Derecho Penal en los casos internacionales. Todo *Jurisdictional Approach* o *Lex Fori Approach*, así como todas las teorías que tratan de justificar la existencia de normas de aplicación necesaria en materia de Derecho de Familia, arrancan de la idea de considerar que dicha legislación en materia de Derecho de Familia es una legislación con connotaciones muy cercanas al Derecho Penal. Más tarde, ya en el siglo XVII, por obra de un gran jurista especializado en Derecho internacional privado, LORD MANSFELD, ciertas ideas continentales penetran en el Derecho internacional privado inglés, bajo el manto de la entonces en boga “tesis de los derechos adquiridos”. Pues bien: el Derecho internacional privado inglés del siglo XXI es, todavía, el resultado de la unión de esos dos factores: territorialidad judicial (= *Jurisdictional Approach*) y “tesis de los derechos adquiridos”, que se traduce en que, en ciertos casos, por respeto a las “expectativas de las partes”, habría que aplicar Derecho extranjero. Por tanto, el Derecho internacional privado inglés experimentó un movimiento de acercamiento al Derecho internacional privado continental y se dotó de un sesgo más internacional. Pero es curioso comprobar que, en ciertas materias, el Derecho internacional privado europeo continental ha tomado lecciones del Derecho internacional privado anglosajón y se ha acercado al sistema de Derecho internacional privado inglés.

51. En materia de divorcio, el método *Lex Fori Approach* se ha mantenido del modo más inalterado y puro hasta hoy en Inglaterra (P.M. NORTH)<sup>142</sup>. Varían, naturalmente, los criterios utilizados para llegar al destino final, que es siempre la aplicación de la *Substantial Lex Fori*. La evolución histórica es compleja en la materia. Al inicio, los tribunales ingleses utilizaron el criterio “domicilio del marido” (= lo que era lógico, pues el domicilio era siempre el común de los cónyuges, ya que la esposa no tenía domicilio propio), como criterio fundamental de competencia judicial internacional. Y ello llevaba siempre a la Ley material inglesa, como explica la doctrina<sup>143</sup>. Tras varias reformas legales en el Derecho material inglés, inspiradas muchas de ellas en el principio de “no discriminación”, se permitió a la esposa adquirir su propio domicilio y también instar el divorcio. Ello ha hecho más complejas las soluciones. Pero no debe olvidarse que la *Substantial Lex Fori* continúa siendo la única Ley aplicable al divorcio. El *leading case* fue y sigue siendo *Zanelli vs. Zanelli* (1948).

52. Las explicaciones de la pervivencia de la solución *Lex Fori Approach* y de la defensa a ultranza que ciertos autores realizan del criterio, no son sencillas de comprender. No obstante, pueden citarse varios factores: a) La doctrina internacionalprivatista anglosajona insiste en afirmar que la *Lex Fori* es la Ley aplicable al divorcio si los cónyuges tienen su domicilio en el Reino Unido o allí se encuentra el domicilio matrimonial o el domicilio del cónyuge que solicita el divorcio. Y como los tribunales ingleses sólo conocen de los casos de divorcio en los que los cónyuges tienen su domicilio en el Reino Unido, la explicación parece funcionar. Sin embargo, esta explicación decae porque la definición del domicilio como foro de competencia judicial internacional y como punto de conexión es extraordinariamente controvertida. En el fondo, numerosos tribunales ingleses y norteamericanos fundan su competencia internacional en el domicilio del cónyuge solicitante del divorcio, con lo que esta “explicación conflictual” ya no justifica nada. El concepto de “domicilio” se vuelve inestable y se emplea como un truco para hacer aplicable la *Lex Fori* (L.-J. SILBERMAN)<sup>144</sup>; b) La Ley extranjera, se dice, proporciona una “Justicia de menor cali-

<sup>141</sup> L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016: “As for choice of law, there has been little discussion of applicable law--it is taken as a given that the forum will apply its own law. The reason for that is to some degree historical: a state's interest in marriage/divorce is especially strong and therefore it applies its own law. A more contemporary”.

<sup>142</sup> P.M. NORTH, “Development of rules of private international law in the field of family law”, *RCADI*, 1980-I, vol.166, pp. 9-118.

<sup>143</sup> R.H. GRAVESON, *Conflict of Laws, Private International Law*, 7th ed., London, 1974, pp. 5 y 13: “questions of jurisdiction frequently tend to overshadow questions of choice of law (...) if the question of jurisdiction (whether of the English or of a foreign court) is answered satisfactorily, the question of choice of law do not arise”. En idéntico sentido, O. KAHN-FREUND, *The Growth of Internationalism in English Private International Law*, Jerusalem, 1960, pp. 13 ss.; P.M. NORTH, *The Private International Law of Matrimonial Causes in the British Isles and the Republic of Ireland*, Amsterdam, New York Oxford, 1977, pp. 25 ss.

<sup>144</sup> L.-J. SILBERMAN, “Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?”, 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016: “A more contemporary justification is that the state of a person's domicile has the dominant interest in that person's marital status, and it is therefore proper for that state to exer-

dad”, lo que constituye un argumento clásico de los adversarios de la aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, esta explicación no constituye un argumento válido en materia de divorcio, pues se ampara en un juicio de valor indemostrado en favor del Derecho del foro; c) Se dice que las materias de Derecho de Familia exigen una administración veloz de la Justicia, materias ligadas a una naturaleza frecuentemente “procesal” de las cuestiones o al carácter de Derecho Público de las normas que las regulan.

53. Sin embargo, todos estos argumentos no son más que “máscaras” o “etiquetas” que explican pero no justifican sustancialmente el criterio *Lex Fori Approach* (P. PICONE)<sup>145</sup>. En verdad, sólo dos justificaciones tienen cierto juego real: a) Una “justificación” puramente histórica. La doctrina territorialista holandesa forjada por el gran jurista U. HUBER sigue siendo la estructura general del Derecho internacional privado anglosajón; b) La “política de Derecho internacional privado” seguida por el legislador y los tribunales ingleses consiste en asimilar a la fuerza los supuestos “no excesivamente internacionales”, a los casos pura y meramente “internos”. La razón es que los primeros casos están llamados a producir efectos, básicamente, en el Estado del foro, en Inglaterra. Por ello, se aduce que la “unidad de reglamentación” está justificada. No obstante, la extensión de los criterios de competencia judicial internacional en materia de divorcio por efecto del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000<sup>146</sup>, destruye toda la coherencia del sistema. En efecto, se aplica la *Lex Fori* incluso en relación con supuestos de divorcio ya no “tan vinculados” con el Estado del foro (P.M. NORTH)<sup>147</sup>.

54. Instaurar una norma de Derecho internacional privado que tuviera como punto de conexión básico o principal la *Lex Fori* comportaría un error de política legislativa de grandes dimensiones. En primer lugar, porque no acaba con el *Forum Shopping*, de modo que con esta solución, no se evita la carrera al tribunal ni la inseguridad jurídica ni la imprevisibilidad de la Ley aplicable al divorcio. El punto de conexión *Lex Fori* no genera una norma de conflicto “uniforme”. Por ello, no constituye una opción para el legislador comunitario que lo que quiere lograr, precisamente, es una norma de conflicto uniforme que evite el *Forum Shopping* (N. DETHLOFF)<sup>148</sup>. En segundo lugar, porque lo que es más cómodo para el tribunal puede no serlo para las partes. Un ejemplo adicional bastará. Resultará difícil convencer a dos cónyuges españoles que residen habitualmente en Irlanda de que no pueden divorciarse ante los tribunales irlandeses en sólo tres meses y con arreglo al generoso y rápido sistema hoy vigente en el Código Civil español y que tienen, por el contrario, que esperar cuatro años para que un juez irlandés pronuncie la sentencia de divorcio con arreglo a la Ley irlandesa. Ése es el resultado del criterio *Lex Fori Approach*: en él, todo son ventajas (= pero sólo para el juez), hasta que salen a flote todos sus inconvenientes (= para las partes, ciudadanos comunitarios perjudicados por la “comodidad judicial”). El llamado *Lex Fori Approach* es un mito: ya lo dejó escrito W. WENGLER hace años de manera muy crítica<sup>149</sup>.

---

*cise jurisdiction over the divorce and also to apply its own law to determine the grounds upon which the divorce should be granted. Because "domicile" is the nexus for jurisdiction, application of forum law really means application of the law of the "domicile," and it is the domicile -certainly the marital domicile- that arguably has the most significant connection to the parties and litigation on this issue. The difficulty with this rationale is that "domicile" in the divorce context does not necessarily mean "matrimonial domicile": it can also refer to the domicile of the party seeking the divorce, and often, in the United States, that domicile is a charade. That is, a New York plaintiff (who cannot get a divorce under New York law) goes to Nevada, establishes a residence by staying for six weeks (as required by Nevada law), alleges domicile in the petition, obtains the divorce under Nevada law, and shortly thereafter returns to New York”.*

<sup>145</sup> P. PICONE, “Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti”, en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 485-528.

<sup>146</sup> DOUE L 338 de 23 diciembre 2003.

<sup>147</sup> P.M. NORTH, “Reform, but no Revolution. General Course on Private International Law”, *RCADI*, 1990, vol.220, 1990, pp. 9 288; ; ID., “Private International Law: Change or Decay”, *ICLQ*, vol.30, 2001, pp. 477-508; ID., “La liberté d’appréhension de la compétence (jurisdictional discretion) selon la convention de Bruxelles”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 373-385; ID., “Development of rules of private international law in the field of family law”, *RCADI*, 1980, vol. 166, pp. 9-118.

<sup>148</sup> N. DETHLOFF, “Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe”, en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59.

<sup>149</sup> W. WENGLER, “Der Mythos von der lex fori”, en *Ius privatum gentium, Festschrift Max Rheinstein*, vol.I, Tübingen, 1969, pp. 299-323.