

Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea

Law applicable to divorce and party autonomy in European private international law

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 20.04.2022 / Aceptado: 10.05.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7182

Resumen: El Reglamento Roma III (Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial) contiene un nuevo conjunto de normas en la materia. El primer punto de conexión para determinar la ley aplicable al divorcio es la autonomía conflictual de las partes. El divorcio se rige por la ley elegida por las partes. Este criterio es eficiente. La autonomía de las partes conduce a la ley que comporta los menores costes de litigación para los cónyuges. De este modo, el divorcio se concederá de acuerdo con las expectativas de las partes. El acuerdo la ley aplicable es también un contrato. En consecuencia, algunas normas regulan la capacidad jurídica, el consentimiento y la validez formal del acuerdo. Este trabajo aborda los requisitos de este acuerdo y demuestra que el legislador europeo considera que la autonomía de la voluntad proporciona soluciones eficientes a los conflictos de leyes incluso por encima del punto de conexión de la residencia habitual de los cónyuges. Es un signo de libertad permitir que los cónyuges puedan escoger la Ley aplicable a su divorcio.

Palabras clave: Divorcio, autonomía de la voluntad, Reglamento Roma III, litigación internacional

Abstract: The Rome III Regulation (Council Regulation 1259/2010 of 20 December 2010 establishing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation) contains a new set of rules on the matter. First connecting factor to determine the law applicable to divorce is party autonomy. Divorce is governed by the law chosen by the parties. This criterion is efficient. Party autonomy leads to the law with less litigation costs for the spouses. By doing so, divorce will be granted in accordance with the expectations of the parties. The agreement the applicable law is also a contract. Accordingly, some rules govern the legal capacity, consent and formal validity of the agreement. This paper deals with the requisites of this agreement and proves that the European law maker considers that party autonomy provides efficient conflict-of-law solutions even beyond the spouses' habitual residence. It is a sign of freedom to allow the spouses to choose the law applicable to their divorce.

Keywords: Divorce, party autonomy, Rome III Regulation, international litigation.

Sumario: I. Introducción. 1. El matrimonio. Una institución poliédrica y controvertida. 2. El divorcio. Una institución controvertida y poliédrica. II. Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado de la Unión Europea. 1. Evolución histórica sobre la Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado español. 2. El Reglamento Roma III: Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. A) Aspectos generales. B) Rasgos básicos del Reglamento Roma III. a) Libre circulación de personas en la Unión Europea y Reglamento Roma III. b) Carácter obligatorio del Reglamento Roma III. c) Enfoque conflictual y multilateral del Reglamento Roma III. d) Principio de coherencia europea y Reglamento Roma III. e) Aplicación del Reglamento Roma III a personas que no son ciudadanos de la UE. f) Relación de los puntos de conexión para determinar la Ley aplicable al divorcio. g) Orientación conflictual y favor *divortii* en el Reglamento Roma III. III. La Ley elegida por los cónyuges como Ley aplicable al divorcio. 1. Aspectos generales. A) Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad conflictual en el sector del divorcio internacional. B) Ventajas operativas de la autonomía de la voluntad en el sector del divorcio internacional. a) Seguridad jurídica. b) Facilitación de la labor judicial. c) Elección de la Ley más conveniente para regular el divorcio. d) Superación del debate nacionalidad vs. domicilio. e) Potenciación de la ejecución transfronteriza de la sentencia de divorcio. f) Impulso del libre desarrollo de la personalidad. g) Incentivo a los divorcios de mutuo acuerdo. C) Novedad del punto de conexión. D) Autonomía de la voluntad conflictual “limitada” y principio de la “elección informada de la Ley aplicable”. E) Eficacia espacialmente limitada de la elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial. F) Irrelevancia de los motivos de elección de la Ley aplicable. G) Autonomía conflictual de los cónyuges. H) La autonomía de la voluntad conflictual y el divorcio internacional en los Estados miembros antes del Reglamento Roma III. 2. Requisitos de fondo de la elección de Ley. A) Leyes susceptibles de elección por los cónyuges. B) Incorporación por referencia de las causas del divorcio en un pacto matrimonial. C) Elección de Ley por los “cónyuges”. D) Elección de una Ley única. a) Negación del *dépeçage*. b) Negación de la elección cumulativa de varias Leyes aplicables. c) Elección de una Ley sustantiva estatal. d) Elección de la Ley de un Estado. E) Consentimiento de los cónyuges. a) La elección de Ley como negocio jurídico. El art. 6 RR-III. b) Elección de una Ley que prohíbe a los cónyuges elegir la Ley aplicable al divorcio. c) Elección de una Ley estatal que impide o prohíbe el divorcio. d) Elección informada de la Ley aplicable al divorcio. 3. Requisitos de forma de la elección de Ley. A) Requisitos formales mínimos “europeos”: acuerdo por escrito, fechado y firmado. a) Elección por acuerdo escrito. b) Elección por acuerdo fechado. c) Elección por acuerdo firmado. B) Requisitos formales adicionales “nacionales”. 4. Cambio y modificación de la elección de Ley. 5. Elección de Leyes subsidiarias, alternativas y flotantes reguladoras del divorcio. A) Elección de Leyes en modo subsidiario. B) Elección de Leyes mediante “cláusulas de reemplazo”. C) Cláusulas flotantes de elección de Ley. 6. Elección de Leyes distintas reguladoras del divorcio y de la separación legal. IV. Conclusiones. La autonomía de la voluntad y la Ley reguladora del divorcio.

I. Introducción

1. El matrimonio. Una institución poliédrica y controvertida.

1. El matrimonio es una realidad mundial¹. Se trata de una institución jurídica presente en todas las culturas del planeta y en todas las épocas históricas. Su importancia en las relaciones humanas y en la construcción social es innegable. Tanto es así que es posible afirmar que en todos los países del mundo toda persona goza, en la actualidad, del *jus connubii* o derecho a contraer matrimonio libremente. Nu-

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación LOGOS (Fundación BBVA) “Los principios del Derecho romano en el Derecho europeo del siglo XXI” (Proyecto Roma-Europa: IP Javier Carrascosa). <https://proyectoromaeuropa.com/>), del Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia (coordinador: Javier Carrascosa), del Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa), de la “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: Javier Carrascosa). <http://www.redespañaeuropa.es/>), así como del Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com), dirigido por Javier Carrascosa.

merosos textos jurídicos de génesis internacional, en vigor en la inmensa mayoría de países del planeta Tierra, así lo establecen (art. 16 DUDH, art. 23.2 PIDCP y art. 12 CEDH 1950)². Así lo indica también la Constitución española de 27 diciembre 1978 en su art. 32, cuya lectura debe hacerse siempre en sintonía armónica con el art. 39 del mismo texto legal³. Sin embargo, a partir de aquí, todas las certezas jurídicas y sociales se convierten en dudas y matices.

2. En primer lugar, es cierto que es posible afirmar que en todo el mundo toda persona goza del *jus connubii* o derecho a contraer matrimonio libremente (art. 32 CE 1978, art. 16 DUDH, art. 23.2 PIDCP, y art. 12 CEDH 1950). No obstante, el alcance del *jus connubii* en estos textos internacionales no está nada claro. En efecto, estos textos internacionales, por ejemplo, no cubren el derecho de toda persona a contraer matrimonio con otra persona del mismo sexo. Por otro lado, el art. 9 Carta de Derechos fundamentales de la UE de 12 diciembre 2007, indica que “[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”⁴. Este precepto deja en manos de cada Estado miembro la decisión de configurar el matrimonio como una unión entre personas del mismo y/o de diferente sexo, y permite que un Estado miembro pueda denominar “matrimonio” a la unión entre personas del mismo sexo. Por ello, desde el punto de vista de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, resulta perfectamente legítimo que un concreto Estado reserve la institución del “matrimonio”, exclusivamente, a personas de distinto sexo. Es el caso de Italia (*vid.* sentencia de la Corte Costituzionale Italia de 15 abril 2010, n. 138: “*nell’ordinamento giuridico italiano, l’istituto del matrimonio è incentrato su requisito fondamentale della diversità di sesso dei coniugi*”, así como sentencia de la Corte di Cassazione Italia, 9 febrero 2015), cuyas Leyes no vulneran ni el art. 12 CEDH ni el art. 9 Carta DFUE 2007⁵.

² Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de 10 diciembre 1948 (resolución 217 A (III)): “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre 1966: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. Art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979): “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Art. 12 del mismo convenio: “Derecho a contraer matrimonio A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

³ Art. 39 de la Constitución española de 27 diciembre 1978 (BOE núm. 311 de 29 diciembre 1978): “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Art. 32 de la misma Constitución: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

⁴ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (2007/C 303/01) (DOUE C 303/1 de 14 diciembre 2007).

⁵ Sent. Corte Costituzionale Italia de 15 abril 2010, n. 138 [ECLI:IT:COST:2010:138]; Sent. Corte Cass. Italia 9 febrero 2015, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 236.

3. En segundo lugar, el matrimonio ha perdido el trono dorado que ocupaba como sede única y origen de toda familia. En efecto, durante más de mil años, en la cultura occidental sólo había una familia posible: la familia matrimonial, la familia basada en el matrimonio canónico y más tarde la familia basada en el matrimonio también civil. No había “familia” sin “matrimonio”. Pues bien, esa situación ya no existe. La Constitución española de 27 diciembre 1978 protege la familia y la vida familiar y la “familia”, en dicho texto legal, no debe estar construida necesariamente sobre un previo matrimonio⁶. Así, el art. 39 CE obliga a proteger jurídicamente a todo hijo cualquiera sea su origen o filiación, matrimonial o no matrimonial, y cualquiera que sea el modelo de familia, matrimonial o no matrimonial, en la que dicho hijo se encuentre integrado. Además, el art. 39.1 CE ordena a los Poderes Públicos que lleven a cabo una protección social, económica y jurídica de la familia. El concepto de “familia” que recoge dicho precepto cubre diversos modelos de familia y no únicamente la basada en el matrimonio tradicional. El nivel de protección que deben ofrecer los Poderes Públicos a la “familia” lo define el legislador ordinario, que puede establecer niveles de protección diferentes para cada modelo de familia en sintonía con sus propias características. En esta perspectiva, el art. 32 CE 1978 protege, de modo especial, el “matrimonio”.

4. El concepto de “matrimonio” recogido en el art. 32 CE 1978 es el tradicional, esto es, la unión entre un varón y una mujer. En consecuencia, otras formas de convivencia social y otras formas de familia, -como las parejas de hecho formadas por personas de distinto o mismo sexo, el matrimonio entre personas del mismo sexo, o el matrimonio poligámico o poliándrico-, no están protegidas por el art. 32 CE 1978. El legislador puede admitir o no admitir, regular o no regular estas otras formas de convivencia no matrimonial. Puede dictar leyes que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues tal opción no es contraria al art. 32 CE 1978.

5. En tercer lugar, con la expresión “matrimonio” puede aludirse tanto a la institución o vínculo entre los cónyuges (*matrimonium in facto esse*), como al acto por el cual se accede a dicha relación jurídica (*matrimonium in fieri*). La regulación de ambos aspectos en Derecho internacional privado se sujeta a normas de conflicto distintas

6. En cuarto lugar, el matrimonio siempre ha presentado una controvertida naturaleza jurídica. Para fijar el régimen jurídico del mismo, éste ha tratado de encapsularse en instituciones jurídicas ya conocidas. Así, se ha considerado que el matrimonio es un contrato, una convención jurídica, un acto de estado civil, un acto complejo en el que concurren tres voluntades diversas, una institución jurídica, etc. De todo.

7. En quinto lugar, como han puesto de relieve B. AUDIT, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y M.A. AMORES CONRADI, el matrimonio es una institución cuyo contenido jurídico varía enormemente según sea el círculo cultural examinado⁷. Es, indica H. FULCHIRON, una institución jurídica que es al mismo tiempo universal (= en todos los Estados existe) y también particular (= su significado, regulación y contenido difiere de país a país con suma frecuencia)⁸.

Así, puede afirmarse que el “matrimonio” en Derecho musulmán es algo muy diferente al “matrimonio” en el Derecho de los países europeos. En efecto, el matrimonio en Derecho islámico es, recuerda P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, un “contrato que tiene por objeto la organización de las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer” cuya finalidad es convertir en “lícitas” las relaciones sexuales entre

⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1369-1380.

⁷ B. AUDIT / L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 8ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, pp. 523-546; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 289-328; M.A. AMORES CONRADI, “Art.107 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 424-427.

⁸ H. FULCHIRON, «Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’», *Journal de droit international Clunet*, 2013, núm. 4, pp. 1055-1113.

los esposos⁹. Como expone C. CAMPIGLIO, el matrimonio (*nikab*) es, en Derecho islámico, un contrato formal con doble objeto: atribuir al marido una serie de derechos sobre la persona de la esposa y atribuir a la esposa el derecho a la percepción de una prestación económica correspondiente que consiste en la dote nupcial y en el mantenimiento¹⁰. En Derecho islámico, el marido puede contraer matrimonio con mujer no musulmana siempre que ésta sea cristiana o judía (“gente del libro”), pero la mujer musulmana no puede contraer matrimonio con varón de religión no islámica. En Derecho islámico, la confesión chiíta admite un matrimonio temporal (*mut’aa*) que legitima la descendencia. Se admite la poligamia, que aunque cada vez es menos practicada y en algunos Estados se prohíbe (Túnez). El matrimonio puede disolverse por repudio, que puede consistir, explica R. DE MEO, en una declaración extrajudicial pronunciada unilateralmente por el marido por su sola voluntad mediante la triple repetición de la palabra “*talaq*” (= “*talaq talaq talaq*”)¹¹. El repudio está muy extendido en todo el mundo musulmán y la jurisprudencia lo admite incluso si se hace por teléfono o “sms”. Sólo Turquía y Túnez lo han prohibido. Además, en Derecho islámico, según subraya C. ESPLUGUES MOTA, los contrayentes pueden modular a voluntad ciertos aspectos del matrimonio (cláusulas de monogamia y poligamia), mientras que en Derecho Occidental, el núcleo jurídico básico del matrimonio está fijado imperativamente por la Ley y los contrayentes en nada pueden alterarlo

Otro ejemplo puede resultar útil. En Derecho judío no existe la nulidad del matrimonio. En caso de defecto en la formación del matrimonio, el tribunal rabínico obliga al marido a repudiar a su mujer y el matrimonio se disuelve, pero en ningún caso se anula.

8. En quinto lugar, es posible afirmar que el concepto de “matrimonio” ha cambiado profundamente en el Derecho occidental con el transcurso de los años¹². En el mega famoso caso *Hyde vs. Hyde and Woodmansee* (20 marzo 1866), dictado por la *Court of Probate and Divorce*, Lord Penzance definió el matrimonio en un *obiter dicta*¹³. Esta definición tuvo una repercusión inmensa que ha durado más de cien años en todo Occidente. El caso fue el siguiente: John Hyde era un varón de nacionalidad inglesa que en 1847 había sido ordenado sacerdote de La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Iglesia mormón) en Londres. John Hyde se casó en 1853 con la señorita Lavinia Hawkins en Salt Lake City (Estados Unidos de América). Cohabitaron como marido y mujer en Salt Lake City hasta 1856, y tuvieron varios hijos. En 1856, John Hyde partió como misionero con destino a las Islas Sandwich. Su esposa permaneció en Utah. John Hyde apostató de la Iglesia mormona y comenzó a publicar material contra la misma. No regresó a Utah sino que se instaló en Inglaterra. Su esposa Lavinia fue declarada libre para contraer nuevo matrimonio en Utah, cosa que hizo, y tuvo varios hijos más con su nuevo esposo.

John Hyde presentó demanda de divorcio contra su esposa Lavinia por adulterio ante los tribunales ingleses. El nuevo matrimonio de Lavinia fue la razón de la demanda de divorcio por adulterio que presentó John Hyde contra ella. Según John Hyde, su esposa Lavinia había incumplido sus deberes matrimoniales. Claro que para afirmar tal cosa, era imprescindible estimar, antes, que John Hyde y Lavinia estaban unidos en “matrimonio”.

Lord Penzance indicó que las instituciones jurídicas no son iguales en todos los países del mundo aunque sean designadas con el mismo nombre jurídico. Así, para considerar que un “matrimonio” celebrado en otro país constituye, en efecto, un “matrimonio” que puede ser estimado como tal en el Reino

⁹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *La Ley*, núm. 7913, 31 julio 2012; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Nota a Instrucción DGRN de 31 enero 2006 (matrimonios de complacencia)», *Revista española de Derecho internacional*, 2006, pp. 473-477.

¹⁰ C. CAMPIGLIO, “Matrimonio poligámico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1990, vol. XXVI, pp. 853-908.

¹¹ R. DE MEO, «Il diritto europeo e il divorzio privato islamico», *Il Foro italiano*, CXLIII, 5, 2018, parte IV, col. 282-287.

¹² C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2003, pp. 88-98.

¹³ Puede verse un breve estudio del caso en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de “matrimonio” en el tiempo y en el espacio. En busca de la esencia de las instituciones jurídicas. El caso Hyde vs. Hyde 1866”, 25 julio 2020, en *Accursio-DIP Blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1165>.

Unido, debe existir una equivalencia sustancial entre el matrimonio celebrado en el extranjero y el matrimonio tal y como es concebido en la Ley inglesa. Lord Pendance afirmó que un matrimonio poligámico -como el celebrado en Utah-, al igual que un mero concubinato no constituyen un “matrimonio” según el Derecho inglés y no pueden ser consideradas como uniones matrimoniales porque no encajan en la noción de matrimonio que rige en el Derecho inglés. Y aquí viene la famosa frase de Lord Pendance: “*I conceive that marriage, as understood in Christendom, may for this purpose be defined as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*” (= “considero que el matrimonio, como se entiende en la Cristiandad, puede definirse para este propósito como la unión voluntaria para toda la vida entre un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás”). Lord Pendance afirmó que, según las leyes de Utah, el matrimonio podía ser contraído válidamente entre un varón y varias mujeres. Esa unión legal no se correspondía con la noción de “matrimonio” en Derecho inglés. Por ello, el enlace entre John Hyde y Lavinia Hawkings no era un “matrimonio” para el juez inglés y Lavinia no pudo, de manera alguna, haber incumplido sus deberes matrimoniales. El tribunal desestimó la demanda de John Hyde: no podía haber divorcio por adulterio si se consideraba que el matrimonio, -válidamente celebrado en Utah con arreglo a las leyes de dicho territorio-, no era un “matrimonio” para el Derecho inglés.

Como es evidente, esta definición de matrimonio en la Ley inglesa no se ha mantenido con el tiempo. En la actualidad, el divorcio y los matrimonios entre personas del mismo sexo han alterado profundamente el concepto de “matrimonio” en el Derecho inglés, en el Derecho español y en el Derecho de muchos otros países. En consecuencia puede afirmarse que: (a) El concepto de “matrimonio” es distinto de país a país hoy y lo ha sido siempre; (b) En un concreto ordenamiento jurídico, el matrimonio, no posee unos caracteres jurídicos inmutables: constituye, ciertamente, una unión afectiva (*affectio maritalis*) entre varias personas. Sin embargo, el tiempo ha demostrado que el Derecho español hoy considera “matrimonio” la unión entre personas del mismo sexo así como una unión que puede terminar inter vivos por divorcio. En consecuencia, el “matrimonio”, en Derecho español, una vez fue “la unión para toda la vida entre varón y mujer” pero hoy ya no es así. En los próximos años es posible que el Derecho español admita como “matrimonio” uniones entre más de dos personas y uniones no sólo entre personas. El futuro jurídico es imprevisible. Y esto plantea otro debate más profundo: ¿poseen las instituciones jurídicas una esencia inmutable que no puede ser alterada por el legislador? ¿existen las instituciones jurídicas antes que el Derecho positivo, que limita a regularlas? ¿O más bien por el contrario, una institución jurídica y su “esencia” no existen hasta que el legislador la regula a través de normas legales?

2. El divorcio. Una institución controvertida y poliédrica

9. El divorcio, entendido como la disolución del matrimonio *inter vivos*, como hoy se concibe, es el producto de una tortuosa, complicada y delicada evolución histórica llena de matices, propia de cada país y de cada área cultural. Exponen D. HENRICH y B. PLITZ, que existen diversos modelos de divorcio, o “modos de entender el divorcio” como causa de disolución *inter vivos* del vínculo matrimonial, diferentes de país a país¹⁴. No se trata sólo, comentan N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, de “admitir o no admitir” el divorcio, sino también de “cómo se llega” al divorcio y de qué “consecuencias jurídicas” se derivan del divorcio¹⁵. Las diferencias entre los distintos Derechos estatales a la hora de regular la disolución del matrimonio son muy pronunciadas. Así, en ciertos países el divorcio no se admite. Ése fue el caso de Malta, hasta que el referéndum de mayo 2011 tuvo como resultado que el 52 % de los ciudadanos malteses votasen a favor de introducir el divorcio en la legislación maltesa¹⁶. El 25 julio 2011, el Parlamento de Malta aprobó una Ley en cuya virtud se modificó el Código civil maltés para introducir el divorcio en el Derecho de dicho país (Capítulo 16 del Código civil y nueva sección IV, bajo el título “*Del divorcio*”, arts. 66A-66M). En otros Estados no existe la separación judicial pero

¹⁴ Así puede apreciarse en las obras de D. HENRICH, *Internationales Scheidungsrecht: einschließlich Scheidungsfolgen*, 4ª ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2017 y B. PLITZ, *Internationales Scheidungsrecht*, Munich, Beck, 1988, entre otras.

¹⁵ 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.

¹⁶ *Diario El País* 29 mayo 2011.

sí el divorcio (Alemania, Suecia, Finlandia, Marruecos, Rumanía). En otros, el divorcio es unilateral y sólo lo puede solicitar el esposo (ciertos países musulmanes, que admiten el *repudio*). En otros Estados el divorcio procede sólo por declaración judicial, mientras que en otros países cabe un divorcio ante autoridad administrativa (Japón: alcaldes), autoridad religiosa (Israel: rabinos), o fedatario público (Cuba: notarios; España: notarios), o cabe un divorcio por acuerdo privado entre los cónyuges sin intervención de autoridad ninguna (Tailandia, Ghana, Francia en el caso del art. 229 *Code*) o bien un divorcio por decisión unilateral de un cónyuge posteriormente registrada por un tribunal o autoridad pública que no interviene con carácter constitutivo en dicho divorcio (Siria). En otros Estados el divorcio es el único modo de disolver *inter vivos* el matrimonio, y no existe la nulidad matrimonial (Suecia, Finlandia). Hay divorcios de todos los tipos y colores. También, como se verá, el Derecho europeo dispone de su propio concepto de “divorcio”, como ha puesto de relieve P. HAMMJE¹⁷. Así, el Reglamento Roma III se aplica exclusivamente a los divorcios y separaciones matrimoniales de carácter civil. No se aplica a los procesos de tipo religioso que, aunque se desarrollen en el territorio de los Estados miembros participantes, son decididos por órganos no estatales de carácter religioso que no aparecen integrados en el organigrama estatal de autoridades con poder jurisdiccional (art. 3.2 y Cons. [13]) RR-III). Ciertamente es que este Reglamento no define el concepto de «divorcio» (STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Sahyouni*. FD 38), por lo que podría pensarse que, visto que *ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere*, estos divorcios están incluidos en el Reglamento Roma III¹⁸. Verdad también es que el Reglamento no ha recogido los «divorcios privados» entre las «cuestiones expresamente excluidas» de su ámbito de aplicación material (art. 1.2 RR-III), como sagazmente destacan M. PIKA / M.-P. WELLER¹⁹.

Ahora bien, frente a ello cabe subrayar que existen diversas razones que permiten afirmar categóricamente que estos divorcios privados o «divorcios sin juez», están excluidos del Reglamento Roma III, bien analizadas por É. VIGANOTTI²⁰: (a) El Reglamento Roma III se refiere en su articulado, de manera constante, a los «órganos jurisdiccionales» y al «procedimiento» de divorcio o separación judicial (arts. 1.2, art. 5.2 y 3, art. 8, art. 13 y art. 18.2); (b) El art. 18 RR-III alude a las «demandas» de divorcio; (c) El concepto de «divorcio» en el Reglamento Roma III debe ser el mismo que el que se maneja en el Reglamento Bruselas II-ter (Cons. [10] RR-III) y es claro que el art. 1.1.a) RB II-ter hace referencia al divorcio pronunciado por un «órgano jurisdiccional» y que el art. 2.4 RB II-ter indica que las «resoluciones judiciales» deben haber sido dictadas por «un órgano jurisdiccional de un Estado miembro»; (d) De los trabajos preparatorios del Reglamento Roma III se deduce con claridad que en las negociaciones que condujeron a la adopción del Reglamento no se mencionó en ningún momento la aplicación del Reglamento a los divorcios privados; (e) En el momento de la elaboración del Reglamento Roma III, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros participantes, sólo los órganos públicos de tales Estados miembros podían adoptar resoluciones con valor jurídico en relación con el divorcio. Estos datos ponen de relieve, como dejó claro S.L. GÖSSL, que la voluntad del legislador europeo que redactó el Reglamento Roma III fue que dicho texto resultara aplicable, exclusivamente, a los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta²¹. Se sigue, de ese modo, una línea germánica en la cuestión, hostil a admitir los divorcios privados con efectos legales, destacan M.-TH. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN²². Así lo ha corroborado el TJUE (STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Sahyouni*. FD 38-46)²³.

¹⁷ P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16), *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912.

¹⁸ Auto TJUE 12 mayo 2016, C-281/15, *Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch* [ECLI:EU:C:2016:343]; STJUE 20 diciembre 2017, C-372/16, *Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch* [ECLI:EU:C:2017:988].

¹⁹ M. PIKA / M.-P. WELLER, «Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht (EuGH, S. 90 und OLG München, S. 92)», *IPRax*, 2017, pp. 65-72.

²⁰ É. VIGANOTTI, “Rome III et le divorce sans juge: CJUE, 1re ch., 20 déc. 2017, no. C-372/16 *Sahyouni c/ Mamisch*”, *Gazette du Palais*, 138, 7, 2018, *jurisprudence*, pp. 27-29.

²¹ S.L. GÖSSL, «Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, «Private Divorces» and Islamic law under the Rome III Regulation», *The European Legal Forum*, 2017, pp. 68-74.

²² M.-TH. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN, „Das Verhältnis von Art. 17 Abs. 2 EGBGB zur Rom III-Verordnung“, *IPRax*, 2016-2, pp. 103-107.

²³ *Vid.* nota anterior.

Con posterioridad a la elaboración del Reglamento Roma III varios Estados miembros, como es el caso de Francia, han introducido en sus ordenamientos jurídicos la posibilidad de pronunciar divorcios sin intervención de una autoridad estatal. No obstante, el Reglamento Roma III tampoco es aplicable a estos divorcios privados. Para que lo fuera, apunta H. GAUDEMET-TALLON, sería necesaria una reforma del mismo que sólo puede llevar a cabo, como es evidente, la UE²⁴. El divorcio a través de abogados previsto por el art. 229 *code français* (= introducido por la Ley n. 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016), plantea numerosos interrogantes. Se trata de un auténtico divorcio sin autoridad ni judicial ni notarial. Es un verdadero y auténtico «contrato privado de divorcio»: «*los cónyuges pueden acordar mutuamente su divorcio por documento con firma privada refrendado por los abogados y depositado ante notario*». Los abogados no son órganos jurisdiccionales y los cónyuges tampoco. Este divorcio privado suscita varios comentarios desde el prisma del DIPr.: (a) En estos casos, el divorcio no ha sido dictado por un órgano jurisdiccional (art. 2.1.a RB II-ter *a contrario sensu*), por lo que no resultan aplicables las reglas de competencia internacional recogidas en el Reglamento Bruselas II-ter. Estos divorcios están abiertos a cualquier persona, por lo que Francia se convierte así en un oasis divorcista internacional para cónyuges sin nacionalidad francesa ni residencia en Francia; (b) Estos divorcios no se rigen por la Ley designada por el Reglamento Roma III, pues en los mismos no intervienen «órganos jurisdiccionales» (art. 3.2 RR-III *a contrario sensu*); (c) Estos divorcios privados sí pueden circular por la UE. Indica el art. 65.1 RB II-ter que los documentos públicos y los acuerdos sobre separación legal y divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen se reconocerán en otros Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial. Pueden por tanto contenerse en documentos públicos o también en acuerdos registrados oficialmente en el Estado miembro de origen.

10. 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, paralelamente, 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 o a cargo de los cónyuges, sobre la capacidad matrimonial, sobre el nombre y apellido de los cónyuges, etc. Por ello, la regulación jurídica del divorcio no es sencilla y menos aún lo es, indican H. GAUDEMET-TALLON y P. PAONE, en Derecho internacional privado²⁵.

11. El divorcio, institución polémica desde el punto de vista social, moral, religioso y jurídico, se ha extendido por todo el planeta Tierra. El divorcio, cierto es, constituye una institución jurídica extraordinariamente polémica. Este carácter polémico del divorcio ha suscitado una amplia repercusión en Derecho internacional privado, porque, ya se sabe que las controversias jurídicas son más agudas en relación con instituciones jurídicas que proceden de otros países, según escriben sagazmente C. GORNATI DE CIUCEIS y L. PALSSON²⁶. Ha sido el divorcio una institución atacada con agresividad por ciertos sectores sociales y jurídicos. Pero ha sido también defendida radicalmente por otros. 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 un 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

²⁴ H. GAUDEMET-TALLON, «La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international», en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 91-102.

²⁵ H. GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en Droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.226, pp. 9-206; P. PAONE, «Divorzio (Diritto internazionale privato)», en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol.XIII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 526-534.

²⁶ C. GORNATI DE CIUCEIS, «Problemi di diritto internazionale privato in tema di effetti del matrimonio invalido», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 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;

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, como describe J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 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 Mênilmontant, cerca de París²⁷. 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. A pesar de resistencias históricas, de tipo ideológico, jurídico y religioso, es un hecho objetivo que el divorcio se extiende con fuerza imparable por el planeta entero. 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, así como la muy extendida idea de felicidad individual (= “*Life is short. Get a divorce*”). 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.

12. Desde un punto de vista cuantitativo, el divorcio es una institución legal de frecuentísima aplicación. Así, por ejemplo, España presenta la tasa más alta de divorcios en la UE: un divorcio cada 3,7 minutos. En España, desde hace ya más de quince años, tres de cada cuatro matrimonios terminan en divorcio²⁸. Aunque también es verdad que la crisis iniciada en 2008 ha hecho que España, Italia, Irlanda y Grecia sean ahora los países con tasas de divorcio más bajas en Europa. En 2010, la tasa de divorcio en España descendió un 10,7% respecto al año anterior. De todos modos el número de divorcios anuales en España depende también de poderosos factores puntuales como la crisis económica o la pandemia del Coronavirus (COVID 19). En 2020 hubo un descenso del número de divorcios en España pero éstos aumentaron en 2021 hasta los 93.505, un 2,7% más que en 2020²⁹.

13 Tras los “conflictos de Leyes” en el sector de las crisis matrimoniales se perciben profundos “conflictos de civilizaciones”. En efecto, se aprecia un fuerte enfrentamiento entre diferentes y opuestas maneras de contemplar y regular las relaciones sociales. Este conflicto de civilizaciones es difícil de resolver con el método tradicional del Derecho internacional privado basado en la selección de “una Ley aplicable” a la crisis matrimonial. Explicación: cuando se aplica una Ley estatal y no otra, entonces una civilización triunfa sobre otra, un modelo de familia triunfa sobre otro.

14. 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” (*fault divorce*), consecuencia del incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte de un “cónyuge culpable”, al que la Ley castiga con unas consecuencias negativas tras el divorcio, como el pago de alimentos o pensiones o la pérdida de la vivienda común. 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

²⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 101-106.

²⁸ Diario *El Mundo*, 24 mayo 2007.

²⁹ Datos interesantes al respecto pueden encontrarse en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-divorcios-aumentaron-espana-2021-93505-27-mas-2020-20220307113308.html> y https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206#:~:text=En%2021%20hubo%2077.200%20divorcios,separaci%C3%B3n%20de%20parejas%20con%20hijos.

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, 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 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 objetivas” 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.

15. El crecimiento del número de matrimonios mixtos (= en los que los cónyuges ostentan nacionalidades diferentes) y de matrimonios deslocalizados (= formados por sujetos con la misma nacionalidad pero que residen habitualmente en otro país), es también un dato objetivo incontestable. A partir de ahí, es fácil comprender que el número de divorcios internacionales ha crecido también de manera exponencial. Así, en 2009 el 8,4% de los divorcios dictados en España lo fueron en relación con parejas en los que un cónyuge ostentaba nacionalidad extranjera y el 4,4,% se dictó entre cónyuges extranjeros³⁰. En la UE, los divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad en la UE fueron, en el año 2005, un total de 170.000. Ello supone que más del 20% de los divorcios en la UE son divorcios “transfronterizos”³¹. Por otro lado, las parejas matrimoniales internacionales (= formadas por personas de distinta nacionalidad y, especialmente, en el caso de sujetos procedentes de ambientes sociales y culturales alejados entre sí), son “parejas de alto riesgo”, cuyos índices de fracaso son más elevados que los que se observan en parejas culturalmente homogéneas o parejas matrimoniales meramente nacionales, como indica A. DAVÍ³². En suma, puede afirmarse con H. RÖSLER, que los índices de divorcios transfronterizos son francamente elevados³³.

16. Conscientes de la repercusiones internacionales del divorcio (= siempre han sido muy frecuentes los supuestos de extranjeros que buscan un divorcio rápido y sencillo [*quick divorces*] ante autoridades de otro país para luego solicitar que la resolución de divorcio produzca efectos en el país de origen de los cónyuges), la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado elaboró el Convenio de La Haya de 12 junio 1902 [conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y de separación de cuerpos], firmado pero no ratificado por España y que jamás entró en vigor para España. Tampoco fue incorporado al Derecho español el Convenio de La Haya de 1 junio 1970 [reconocimiento de divorcios y de separación de cuerpos]³⁴.

³⁰ Diario *ABC* 7 septiembre 2010.

³¹ News Release Eurostat 25/2006, 12 mayo 2006, International Day of Families, “The family in the EU25 seen through figures”, Luxemburgo, 2006.

³² A. DAVÍ, “Separazione personale”, en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol.XLI, Giuffrè, Milano, pp. 1412-1434; También 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; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III”, *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

³³ H. RÖSLER, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RebelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

³⁴ Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 que regula los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de divorcio y de separación personal. Texto en <https://www.hcch.net/es/instruments/the-old-conventions/1902-divorce-convention>. *Vid.* también Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separación de cuerpos. Texto en <https://assets.hcch.net/docs/91f2d561-990c-4344-b1d1-b9907ca85a53.pdf>.

II. Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado de la Unión Europea.

1. Evolución histórica sobre la Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado español.

17. Numerosos países, y entre ellos España, no han admitido el divorcio durante dilatados períodos de su historia jurídica. La negación del divorcio en Derecho interno implica, con extrema frecuencia, una ausencia de normas de conflicto en la materia y la correlativa denegación de los efectos jurídicos en España de divorcios obtenidos en el extranjero. Varios momentos clave pueden distinguirse.

18. Desde el Concilio de Trento hasta la Ley de matrimonio civil de 1870, el Derecho español aparecía vertebrado por dos principios-fuerza: el matrimonio es un sacramento y por tanto, es indisoluble. La Ley de matrimonio civil de 1870 y el Código civil de 1889 consideraron que el matrimonio, tanto canónico como civil, era indisoluble.

19. La Ley de divorcio de 2 marzo 1932, en sintonía con la Constitución Republicana de 1931, acogió la institución del divorcio³⁵. Sin embargo, la Ley citada no contenía normas de Derecho internacional privado. La jurisprudencia, como han mostrado J. PUENTE EGIDO y F. DE CASTRO, operó según varios parámetros³⁶. En primer lugar, la competencia judicial internacional se fundó en los arts. 51 y 70 LEC 1881 y en foros tales como el domicilio de las partes (STS 27 enero 1933, STS 4 diciembre 1935), foro del domicilio junto con la nacionalidad española de uno de los cónyuges y el lugar de celebración del matrimonio en España (STS 27 enero 1933, STS 9 enero 1936)³⁷. En segundo lugar, en cuanto a la Ley aplicable, el art. 9 CC debería haber conducido a la aplicación de la Ley nacional común o, cumulativamente, de la Ley de ambos cónyuges en caso de cónyuges de distinta nacionalidad. Pero esta última solución hubiera dificultado el divorcio. En la práctica, el TS siempre terminaba en la plácida aplicación de la Ley material española (STS 27 enero 1933; STS 10 julio 1934; STS 21 febrero 1935; STS 4 diciembre 1935; STS 19 diciembre 1935)³⁸. Para ello el Tribunal Supremo utilizó distintos argumentos: *favor divortii*, inmediatez de respuesta judicial, correlación automática *forum-jus*, etc. mucho de ellos citados de perfil y sin mucha convicción ni sistema. También parece que la aplicación de la Ley española operó como un mecanismo de retorsión legal, explica A.-L. CALVO CARAVACA³⁹. En efecto, visto que en ciertos países entonces no divorcistas (Italia), no se aplicaba a los españoles su Ley nacional común (= solución que hubiera permitido el divorcio a los españoles en el extranjero), tampoco a los extranjeros que pretendían divorciarse en España se les aplicaba su Ley nacional común, sino que se les sujetaba a la Ley española.

20. Con el régimen franquista, se derogó la Ley de Divorcio de 1932 (Decreto de 2 marzo 1938, Ley de 12 marzo 1938, Ley de 23 septiembre 1939). La Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio, en su artículo único, era terminante: “*Queda derogada la ley de Divorcio de dos de marzo de mil novecientos treinta y dos y las disposiciones complementarias de la misma, quedando vigente en la materia las disposiciones del Código Civil*”⁴⁰. La Ley estaba acompañada por varias disposiciones transitorias, todas ellas demoleedoras para la seguridad jurídica. Así, las sentencias firmes de divorcio vincular,

³⁵ Publicada en *Gaceta de Madrid*, núm. 72 de 12 marzo 1932. Texto original en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/072/A01794-01799.pdf>.

³⁶ J. PUENTE EGIDO, “Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas normas de conflicto, examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges”, *Revista española de Derecho internacional*, 1972, vol. XXV, pp. 327-348; F. DE CASTRO, “La ley del divorcio y el Derecho internacional privado”, *RDP*, 1933, pp. 129-136.

³⁷ STS 27 enero 1933 [R.1932/33, 1455]; STS 4 diciembre 1935 [R.2312]; STS 9 enero 1936 [R.49].

³⁸ STS 10 julio 1934 [R.1353]; STS 21 febrero 1935 [R.440]; STS 4 diciembre 1935 [R.2312]; STS 19 diciembre 1935 [R.2345].

³⁹ A.-L. CALVO CARAVACA, “*Exequatur* de divorcio extranjero en España, nuevas directrices del Tribunal Supremo”, *RJ La Ley*, 1983, pp. 251-260; A.-L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986, pp. 100-104.

⁴⁰ BOE de 5 octubre 1939.

dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, “*se declararán nulas por la autoridad judicial*”, a instancia de cualquiera de los interesados. Además, las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que se deroga y en que uno o ambos de los cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltas para todos los efectos civiles que procedan, mediante declaración judicial, solicitada a instancia de cualquiera de los interesados. Por otro lado se estableció que serían causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las precedentes disposiciones, el deseo de cualquiera de los interesados de reconstituir su legítimo hogar, o simplemente, el de tranquilizar su conciencia de creyentes.

El matrimonio volvía a ser indisoluble y ello, según comentaron, entre otros, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, M. MEDINA ORTEGA y J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE tuvo un impacto de primer orden en los divorcios internacionales⁴¹. El Derecho español carecía de normas de Derecho internacional privado sobre el divorcio y se negó todo efecto jurídico al divorcio obtenido en el extranjero con el argumento de que las Leyes extranjeras que permitían el divorcio y las sentencias extranjeras de divorcio vulneraban el orden público internacional español (G. GARCÍA CANTERO) (STS 12 marzo 1970: “*no puede ponerse en marcha la actividad judicial [...] para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral o al orden público, entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sujetos a su estatuto personal y éste lo permita*”; STS 12 mayo 1944, RDGRN 10 agosto 1961, STS 10 octubre 1960, STS 5 abril 1966, STS 23 octubre 1965 [divorcio de sujeto nacionalizado norteamericano y matrimonio civil celebrado en España], STS 29 mayo 1970, RDGRN 26 marzo 1951, RDGRN 7 julio 1952, RDGRN 3 octubre 1952, RDGRN 23 abril 1970, RDGRN 19 octubre 1979)⁴². El matrimonio civil celebrado por español con extranjero divorciado era considerado nulo (STS 12 mayo 1944, STS 21 diciembre 1963, STS 5 abril 1966)⁴³. En una etapa posterior, la jurisprudencia admitió ciertos efectos jurídicos en España de las sentencias extranjeras de divorcio que afectan a ciudadano extranjero (STS 22 noviembre 1977; STS 13 marzo 1969, RDGRN 26 marzo 1951; RDGRN 18 septiembre 1971; RDGRN 5 abril 1976)⁴⁴. La decisión más relevante fue la RDGRN 18 septiembre 1971 [autorización de matrimonio civil de una española soltera con saharauí de nacionalidad española y religión musulmana, divorciado según su estatuto personal de dos esposas anteriores con las que había contraído matrimonio islámico].

21. La aprobación de la Constitución española de 27 diciembre 1978 abre paso al divorcio en la Ley 30/1981 de 7 julio. Se elaboran normas de competencia judicial internacional y de Ley aplicable en la materia y se reconocen en España las sentencias extranjeras de divorcio (ATS 24 octubre 1979)⁴⁵. El art. 107 CC (redacción de 1981) presentaba este texto legal: “*La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles*

⁴¹ J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “La libertad nupcial como derecho fundamental de la persona en el Derecho internacional privado español”, *IV Jornadas de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Granada, 1980, pp. 159-176; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “La nulidad del matrimonio después de la Constitución”, *RGLJ*, 1979, pp. 3-24 y 177-230; M. MEDINA ORTEGA, “Reconsideración del divorcio en el Derecho español de los conflictos”, *Revista española de Derecho internacional*, 1962, vol.XV, pp. 445-463; J.M. MOLTO DARNER, “Le divorce en droit international privé espagnol”, *NILR*, 1974, pp. 171-182; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Incidencia de las reglas de conexión del proyecto de ley sobre matrimonio y divorcio”, *RGLJ*, 1980, vol.LXXX, pp. 151-168; Id., “La anunciada ley del divorcio y la problemática de Derecho internacional privado”, *RDP*, 1979, pp. 1006-1025.

⁴² STS 12 marzo 1970 [R.1467]; STS 12 mayo 1944 [R.669]; RDGRN 10 agosto 1961 [AnDGRN, pp. 152-154]; STS 10 octubre 1960 [R.3081]; STS 29 mayo 1970 [R.2510]; RDGRN 26 marzo 1951 [AnDGRN, pp. 338-340]; RDGRN 7 julio 1952 [AnDGRN, pp. 421-423]; RDGRN 3 octubre 1952 [AnDGRN, pp. 423-424]; RDGRN 23 abril 1970 [AnDGRN, pp. 242-250]; RDGRN 19 octubre 1979 [RJ 1979/3286].

⁴³ STS 12 mayo 1944 [R.669]; STS 21 diciembre 1963 [R.5360]; STS 5 abril 1966 [R.1684].

⁴⁴ STS 13 marzo 1969 [R.1276]; STS 22 noviembre 1977 [R.4284]; RDGRN 26 marzo 1951 [AnDGRN, pp. 338-340]; RDGRN 5 abril 1976 [BOE núm. 110, 1976, pp. 8969-8972]; RDGRN 18 septiembre 1971 [AnDGRN, pp. 320-325].

⁴⁵ ATS 24 octubre 1979 [CENDOJ 28079110011979200001] [ECLI:ES:TS:1979:1A].

resulten competentes”⁴⁶. Se trataba de una regulación tradicional, como pusieron de manifiesto J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO⁴⁷. Una regulación en la que se observaba un peso muy notable de la Ley nacional y un cierto toque de influencia francesa en la segunda conexión: la “jurisprudencia *Rivière*” (Sent. Cour Cass. Francia 17 abril 1953 [divorcio entre esposa francesa y marido ruso de origen pero nacionalizado ecuatoriano ambos con residencia habitual en Ecuador]), muy bien explicada por Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES y F. MOSCONI, también tenía su espacio en España⁴⁸. La tercera conexión conducía, con un disimulo poco efectivo, a aplicar la *Lex Fori* para cerrar el sistema conflictual.

22. El texto del art. 107 CC redactado en 1981 fue sustituido por un nuevo texto legal en virtud de la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁴⁹. El art. 3 de la Ley orgánica 11/2003, -que es el precepto que da nueva redacción al art. 107 CC-, tiene, sin embargo, y como precisa la Disp. Final Primera de la citada Ley, “carácter ordinario” y no de “Ley orgánica”. El nuevo art. 107 CC entró en vigor el 1 octubre 2003. Para comprender el alcance auténtico del art. 107.2.II CC, hay que conocer el origen de esta modificación legal. Todo arrancó de un problema puntual: el Defensor del Pueblo español recibió una queja de una ciudadana de nacionalidad marroquí casada en el Consulado marroquí de Algeciras desde 1990 con un varón también marroquí. Dicha ciudadana solicitó, ante los tribunales españoles, la separación judicial, debido, principalmente, a los malos tratos por parte del marido. El tribunal que conoció del caso desestimó la pretensión de la actora, pues quedó probado que en Derecho marroquí, -aplicable

⁴⁶ Sobre esta norma *vid.*, entre otros, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La ley aplicable al divorcio en el Derecho internacional privado español”, *BIMJ*, 1990, núm.1566, pp. 2631-2634; M.A. AMORES CONRADÍ, “Art.107 CC”, en AA.VV., *Comentario del Código civil*, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 424-427; R. ARROYO MONTERO, “Divorcio y separación (Derecho internacional privado”, en VV.AA., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOTOY MELGAR, Ed.Cívitas, Madrid, 1995, pp. 2561-2562; A. BONET NAVARRO, “Disposiciones adicionales”, *Matrimonio y divorcio, Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, 1982, pp. 953-961; A.-L. CALVO CARAVACA, “*Exequatur* de divorcio extranjero en España, nuevas directrices del Tribunal Supremo”, *RJ La Ley*, 1983, pp. 251-260; J.A. CARRILLO SALCEDO, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *Revue critique de droit international privé*, 1983, vol.LXXII, pp. 1-35; J.M. ESPINAR VICENTE, “Art.107 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol.I, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 765-771; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO, “Comentario al art.107 del Código civil”, *Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp. 907-931; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO, “Art.107 CC”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro primero del Código civil*, Madrid, Cívitas, 2ª ed., 1994, pp. 1331-1338 (1ª ed. 1982, pp. 907-931); J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de divorcio”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1984*, Serv.Publ. Univ. País Vasco, 1984, pp. 241-281; V. SIMÓ SANTONJA, *Divorcio y separación. Derecho comparado y conflictual europeo*, Madrid, 1973; Id., “Aspectos internacionales del divorcio en España”, *Estudios en homenagem ao Prof.Dr. A.Ferrer-Correia*, vol.I, Coimbra, 1986, pp. 755-780; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “La anunciada ley del divorcio y la problemática de Derecho internacional privado”, *RDP*, 1979, pp. 1006-1025; Id., “Incidencia de las reglas de conexión del proyecto de ley sobre matrimonio y divorcio”, *RGLJ*, 1980, vol.LXXX, pp. 151-168; M.L. TRINIDAD GARCÍA, “Cuestiones de divorcio en Derecho internacional privado francés y español, Algunas precisiones de un análisis comparado”, *IX Jornadas de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1985, pp. 499-524; Id., “La reforma del art. 107 CC”, *Rednex*, n.4, 2003, pp. 141-159. También P. ABARCA JUNCO en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión en 1979), pp. 327-372; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 313-328; A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado II. Parte especial. Derecho civil internacional*, Granada, 1990, pp. 139-142; A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado I*, 1987, pp. 440-451 (revisado por J.L. IGLESIAS BUHIGUES); J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense. Madrid, 1982, pp. 157-202; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Separación, divorcio y nulidad del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp. 117-145; M.L. TRINIDAD GARCÍA en A. MARÍN LÓPEZ Y OTROS, *Derecho internacional privado II*, 1994, pp. 169-188; UNED (por P. ABARCA JUNCO), *Derecho internacional privado II*, 1994, pp. 127-136.

⁴⁷ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO, “Comentario al art.107 del Código civil”, *Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp. 907-931; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y P. ABARCA JUNCO, “Art.107 CC”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro primero del Código civil*, Madrid, Cívitas, 2ª ed., 1994, pp. 1331-1338 (1ª ed. 1982, pp. 907-931).

⁴⁸ *Vid.* Sent. Cour Cass. Francia 17 abril 1953, *Revue critique de droit international privé*, 1953, p. 412, nota de H. BATIFFOL; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8ª ed., París, Dalloz, 2004, pp. 170 y 420-423; F. MOSCONI, “Exceptions to Operation of Choice of Law Rules”, *RCADI*, 1989, vol.217, pp. 9-214, esp. p. 88.

⁴⁹ BOE núm. 234 de 30 septiembre 2003.

in casu según el art. 107.I CC versión de 1981-, no existe la “separación matrimonial”. El Defensor del Pueblo redactó un *Informe*, de fecha 14 octubre 2002, sobre la cuestión, informe en el que se apreciaba la oscilante jurisprudencia española en la materia: en casos como el reseñado, ciertos tribunales no admitían la demanda de separación; otros admitían la demanda pero *rechazaban la pretensión* del actor, como en el caso señalado (*ad ex.* SAP Barcelona 6 abril 2000); otros tribunales rechazaban la pretensión pero no porque la acción no se contemplaba en el Derecho marroquí, sino porque el Derecho marroquí no había sido *probado* (*ad ex.* SAP Barcelona 15 septiembre 1998)⁵⁰; finalmente, otros tribunales se contentaban con aplicar simple y llanamente el Derecho civil español al caso, posición claramente errónea y legeforista. Pues bien, como expone B. CAMPUZANO DÍAZ, la situación alarmó al Defensor del Pueblo, que trasladó la queja al Gobierno, al que instó la presentación de un Proyecto de Ley que admitiese la posibilidad, para la parte demandante, de elegir como Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, bien la Ley nacional de los cónyuges, o bien la Ley material española. Y el Gobierno procedió a redactar un proyecto de Ley que, sin modificaciones relevantes, fue el texto definitivamente aprobado con valor de Ley. Debe decirse ya que la nueva redacción del art. 107 CC acogida en el Proyecto de Ley elaborado por el Gobierno no coincidía con la “solicitud” o “sugerencia” del Defensor del Pueblo: éste instaba a una reforma en la que se admitiera una limitada “autonomía de la voluntad conflictual”, mientras que el Gobierno, en el Proyecto de Ley presentado, eliminó tal posibilidad y se limitó a extender la aplicación del Derecho español a casos que antes quedaban regulados por Leyes extranjeras, y en particular, por la Ley nacional común de los esposos. El texto del art. 107.2 CC redactado en 2003 fue el siguiente: “*La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. | En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. | b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. | c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público*”⁵¹.

La primera conexión del precepto, extremadamente legeforista y al mismo tiempo, negadora de toda autonomía de la voluntad conflictual de los cónyuges generó una abundante jurisprudencia *pro lege fori* en la práctica española (SAP Asturias 4 noviembre 2011 [divorcio entre cónyuges senegaleses casados en Bangla-Desh], SAP Zaragoza 24 febrero 2009 [divorcio de mutuo acuerdo entre cónyuges rumanos con residencia habitual en España], SAP Santa Cruz de Tenerife 6 abril 2009 [divorcio entre

⁵⁰ SAP Barcelona 15 septiembre 1998 [CENDOJ 08019370121998100903].

⁵¹ Este precepto fue bien analizado y sistematizado por abundante doctrina con abundantes perfiles críticos. *Vid. ad ex.*, M^ºD. ADAM MUÑOZ, “Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español”, *Estudios de Deusto*, julio diciembre de 2008, vol. 56 / 2 (julio-diciembre), pp. 191 y ss; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Univ. Santiago Compostela, 2004; Id., “La nueva redacción del art. 107 del Código Civil”, *Revista española de Derecho internacional*, 2004, vol. LVI, pp. 205-225; 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; Id., “Del fenómeno de la migración y cómo esto incide en la vitalidad del Derecho internacional privado”, en J.L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa - UNAM, México, 2005, pp. 619-639; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000; J.M. ESPINAR VICENTE, “Art.107 Cc.”, *Comentarios a las Reformas del Dcho. Familia*, vol.I, Madrid, 1984, pp. 765-771; C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional*, Ed.Tirant lo Blanch, València, 2003; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / P. ABARCA JUNCO, “Comentario al art. 107 Cc.”, *Comentarios al nuevo tit. IV Libro I Cc. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp. 907-931, 2ª ed., 1994, pp. 1329-1358; M. GONZALO QUIROGA, “Las crisis matrimoniales en el DIPr. español: novedades en la legislación”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 943-956; N. MARCHAL ESCALONA, “El repudio ante la jurisprudencia del TS”, *Rev.Fac. Dcho. Un. Granada*, 2002, pp. 367-376; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000; Id., “Limitaciones infundadas al *jus nubendi*: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil”, *Homenaje R. Arroyo*, Madrid, 2003, pp. 297-304; Id., “Espagne - Divorce - Loi applicable”, *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 783-790; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Ante la anunciada reforma del art. 107 Cc.”, *Act. Civil*, 2003, n.3; M.L. TRINIDAD GARCÍA, “La reforma del art. 107 CC”, *Rednex*, n.4, 2003, pp. 141-159.

cónyuges uruguayos], SAP SC Tenerife 8 junio 2009 [divorcio entre cónyuges argentinos con residencia habitual en España], SAP Castellón 6 marzo 2007 [divorcio entre cónyuges iraníes], SAP Cuenca 26 febrero 2004, SAP Almería 28 junio 2004, AAP Barcelona 25 octubre 2005, SAP Las Palmas 13 junio 2008 [divorcio entre contrayentes ecuatorianos], SAP Barcelona 14 octubre 2010 [divorcio de cónyuges marroquíes con residencia habitual en España], SAP Castellón 15 abril 2010 [divorcio entre cónyuges marroquíes], SAP Burgos 29 abril 2010 [divorcio entre cónyuges ecuatorianos], SAP Las Palmas 23 febrero 2009 [divorcio no contencioso entre ecuatorianos con residencia habitual en España], SAP Málaga 10 febrero 2005, SAP Cuenca 26 febrero 2004, SAP Madrid 18 octubre 2004, SAP Barcelona 8 junio 2006 [cónyuges marroquíes], SAP Murcia 25 abril 2013 [los cónyuges pueden litigar con arreglo a la Ley española e ignorar la aplicación de su Ley nacional común]⁵².

2. El Reglamento Roma III: Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

A) Aspectos generales

23. La precisión de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio se realiza en España con arreglo a las normas de conflicto contenidas en el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁵³.

⁵² SAP Cuenca 26 febrero 2004 [CENDOJ 16078370012004100087]; SAP Madrid 18 octubre 2004 [CENDOJ 28079370112004100552]; SAP Almería 28 junio 2004 [CENDOJ 04013370032004100254]; SAP Málaga 10 febrero 2005 [CENDOJ 29067370062005100066]; AAP Barcelona 25 octubre 2005 [CENDOJ 08019370122005200198]; SAP Barcelona 8 junio 2006 [CENDOJ 08019370122006100353]; SAP Castellón 6 marzo 2007 [CENDOJ 12040370022007100159]; SAP Zaragoza 24 febrero 2009 [CENDOJ 50297370022009100032]; SAP Santa Cruz de Tenerife 6 abril 2009 [CENDOJ 38038370012009100154]; SAP SC Tenerife 8 junio 2009 [CENDOJ 38038370012009100280]; SAP Las Palmas 13 junio 2008 [CENDOJ 35016370032008100403]; SAP Las Palmas 23 febrero 2009 [CENDOJ 35016370032009100044]; SAP Castellón 15 abril 2010 [CENDOJ 12040370022010100141]; SAP Barcelona 14 octubre 2010 [CENDOJ 08019370182010100348]; SAP Burgos 29 abril 2010 [CENDOJ 09059370022010100245]; SAP Asturias 4 noviembre 2011 [ECLI: ES:APO:2011:1285].

⁵³ Los estudios globales y/o sobre cuestiones generales del Reglamento Roma III son muy numerosos. *Vid. inter alia*, M. AHMED, “The nature and enforcement of choice of law agreements”, *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 500-531; H. AGUILAR GRIEDER, “Crisis matrimoniales internacionales y conflictos de civilizaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, núm. 7, pp. 143-165; C. ALTHAMMER (HRSG.), *Brüssel IIa, Rom III: Kommentar zu den Verordnungen (EG) 2201/2003 und (EU) 1259/2010*, München, Beck, 2014; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010”, *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2013, vol. 5, Nº 2, pp. 140-208; M. ANDRAE, “Antrag auf Scheidung der Ehe bei einem Scharia-Gericht im Libanon und in Deutschland (OLG Hamm, S. 263)”, *IPRax*, 2018-3, pp. 243-248 (“Petition for divorce of marriage before a sharia court in Lebanon and Germany”); J. ANOMO, “Privatscheidungen und der neue Art. 17 Abs. 2 EGBGB: Rom III-VO à la berlinoise”, *Das Standesamt*, 72, 2, 2019, pp. 33-42; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 11, 1, 2019, pp. 81-109; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales internacionales y protección de los menores”, en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 117-141; S. ARNOLD / M. SCHNETTER, “Privatentscheidungen und die Renaissance der autonomen Kollisionsrechte Europas: Entscheidung des EuGH vom 20. Dezember 2017: C-372/16, Sahyouni”, *ZEuP*, 26, 3, 2018, pp. 646-666; N.A. BAARMSMA, *The Europeanisation of international family law: from Dutch to European law; an analysis on the basis of the choice of law on divorce and on the termination of registered partnerships*, Groningen, Ulrik Huber Inst. for Private International Law, 2010; M.A. BAARMSMA, “European Choice of Law on Divorce (Rome III): Where Did it Go Wrong?”, *NIP*, 2009, p. 9 ss; R. BAILLEY-HARRIS, “Issues in international divorce cases”, en *International and national perspectives on child and family law: essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 179-192; M. BARUFFI, “Il regolamento sulla legge applicabile ai “divorzi europei””, *Il Diritto dell’Unione europea*, nº 4, 2011, pp. 867-893; G. BIAGIONI, “Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel Diritto dell’Unione Europea”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, Vol.2, núm. 2, pp. 16 ss.; D.-C. BITTMANN, “Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes”, en *Europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 241-271; M. BROSCHE, *Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im in-*

ternationalen Familien- und Erbrecht der EU, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019; M. BUSCHBAUM, “Ausländische einvernehmliche Notarscheidung vor deutschen Gerichten: Art. 46 Brüssel IIa-Verordnung im Gefüge der unionsrechtlichen Vorschriften über die Zirkulation öffentlicher Urkunden”, en *Scheidung ohne Gericht?: neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2017, pp. 353-360; G.-P. CALLIÉS (ED.), *Rome Regulations: Commentary*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015; G.-P. CALLIÉS / M. RENNER (EDS.), *Rome Regulations: Commentary*, 3ª ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 261-462; B. CAMPUZANO DÍAZ, “Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation”, en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 39, mayo-agosto 2011, pp. 561-587; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / F. SEATZU, “Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento ‘Roma III’”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2009-3, pp. 567-588; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, núm. 1, pp. 52-85; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Esclusione dell’applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III”, *Studi sull’integrazione europea*, 2017, núm. 2, pp. 267-288; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2009, vol. 1, nº 1, pp. 36-71; L.F. CARRILLO POZO, “Crisis matrimoniales, imperatividad de la norma de conflicto y Derecho extranjero”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 249-275; 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; M.D. CERVILLA GARZÓN, “La aplicabilidad de las normas del Código de Familia marroquí (la Mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2018, pp. 144-163; D. COESTER-WALTJEN, “Die verpasste Chance: der EuGH und die Privatscheidung (zu EuGH, 20.12.2017, Rs. C-372/16, Soha Sahyouni vs. Raja Mamisch, unten S. 261, Nr. 19)”, *IPRax*, 38, 3, 2018, pp. 238-242; S. CORNELOUP/N. JOUBERT, “Autonomie de la volonté et divorce: le règlement Rome III”, en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L’autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 179-203; S. CORNELOUP (direction), *Droit Européen du Divorce. European Divorce Law*, Editions LexisNexis Litec, Paris, 2013; S. CORNELOUP, *The Rome III Regulation. A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Elgar Commentaries in Private International Law series, 2020, pp. 11-19; 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; A. DEVERS / M. FARGE, «Le nouveau droit international privé du divorce. - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce», *Droit de la Famille*, núm. 6, 2012, pp. 1 ss.; M. EKSTRÖM, «Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement ‘Bruxelles II’ à la proposition ‘Rome III’», *L’observateur de Bruxelles*, 2007, p. 19; F. FALCONI, «Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, nº 1, pp. 568-580; M. FALLON, «Introduction aux conditions d’exercice de l’autonomie de la volonté dans les règlements européens», en A. PANET/H. FULCHIRON/P. WAUTELET (DIR.), *L’autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 171-177; F. FERRAND / H. FULCHIRON, *La rupture du mariage en droit comparé*, 2015; A. FIORINI, «Rome III – Un modèle à suivre ?» en M. DOUCHY-ODUDOT / E. GUINCHARD, *La Justice civile européenne en marche*, Dalloz, Paris, 2012, pp. 79 ss; ID., «Harmonizing the Law applicable to Divorce and Legal Separation –Enhanced Cooperation as the Way forward?», *ICLQ*, 2010, pp. 1143 ss; P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L’autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496; F. FERRAND / H. FULCHIRON, *La rupture du mariage en droit comparé*, 2015; 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; H. GAUDEMET-TALLON, «La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international», en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSEL (HRSG.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 91-102; S.L. GÖSSL, «Überlegungen zum deutschen Scheidungskollisionsrecht nach ‘Sahyouni’», *GPR*, 15, 2, 2018, pp. 94-99; S.L. GÖSSL, «Open Issues in European International Family Law: Sahyouni, ‘Private Divorces’ and Islamic law under the Rome III Regulation», *The European Legal Forum*, 2017, pp. 68-74; P. GRUBER, «Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung», *IPRax*, 2012, pp. 381-392; M. GUZMÁN ZAPATER, «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III» en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (Eds), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 521 ss.; P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) nº1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)», *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156; R. HAUSMANN, *Internatio-*

nales und europäisches Ehescheidungsrecht: mit Scheidungsfolgenrecht, München, Beck, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2013; T. HELMS, «Neue Entwicklungen im Scheidungsrecht als Herausforderung für das internationale Privatrecht», en *Scheidung ohne Gericht?: neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2017, pp. 337-351; T. HELMS, «Konkludente Wahl des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts? (OLG Hamm, S. 349)», *IPRax*, 2015-1, pp. 334-336; D. HENRICH, *Internationales Scheidungsrecht: einschließlich Scheidungsfolgen*, 4ª ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2017; J. KOCH, *Die Anwendung islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im internationalen Privatrecht der EU-Mitgliedstaaten: eine rechtsvergleichende Analyse unter besonderer Berücksichtigung des nationalen und europäischen ordre public*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2012; M. HERRANZ BALLESTEROS, «Reflexiones en torno al Reglamento (UE) N°1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», en Sobrino Heredia J.M. (Dir.), García Segura C. / Martínez Capdevila C./ Palao Moreno G. (Coords.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: Un balance de la Presidencia española*, Madrid, 2011, pp. 197 ss.; K. HILBIG-LUGANI, «Zielsetzung und Effektivität der Rom III-Verordnung aus Sicht der Wissenschaft», en T. PFEIFFER/J. WITTMANN/M. ESCHER (HRSG.), *Europäisches Familienrecht im Spiegel deutscher Wissenschaft und Praxis: Tagungsband des Austauschseminars am 16. September 2016 in Heidelberg*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 55-74; O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, pp. 126-139; J.J. KUIPERS, «The law applicable to divorce as test ground for enforced cooperation», *European Law Journal*, 2012, vol. 18, 2, pp. 201 ss.; T. MARZAL YETANO, «The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law», *JPIL*, 2010, 1, vol. 6, pp. 155 ss.; P. MCELEAVY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642; N. DE MAIZIÈRE, *Das europäische Scheidungskollisionsrecht nach der Rom III-Verordnung: Grundfragen, Wertungen und Perspektiven*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017; M. MCQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; C. MAYER, «Scheidung ohne Gericht: europäische Entwicklungen», *Das Standesamt*, 71, 4, 2018, pp. 106-116; R. DE MEO, «Il diritto europeo e il divorzio privato islamico», *Il Foro italiano*, CXLIII, 5, 2018, parte IV, col. 282-287; G. MORENO CORDEIRO, «La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del reglamento «Roma III», *REEI*, 2015; J. MÖRSDORF-SCHULTE, «Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III)», *RabelsZ*, 2013-4, pp. 786-827; F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, «Richiami interni alla legge di diritto internazionale privato e regolamenti comunitari: il caso dei divorzi esteri», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, LIII, 1, 2017, pp. 5-11; B. NASCIMBERE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, 2011; L. NICOLAS-VULLIERME/B. HEIDERHOFF, «Die neue Privatscheidung in Frankreich und ihre Wirkungen in Deutschland: Vorbild oder Ärgernis?», *Das Standesamt*, 71, 12, 2018, pp. 361-367; D. OLZEN/A. FRANK, «Rom III - VO: zwei Jahre danach», en *Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2015, pp. 1015-1032; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *La Ley*, núm. 7913, 31 julio 2012; I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali», *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 11, núm.1, 2011, pp. 113-144; I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880; F.R. PAULINO PEREIRA, «Rome III : la compétence jurisdictionnelle et la loi applicable en matière matrimoniale», *RMCUE*, 2007, núm. 509, pp. 390-402; M. PIKA / M.-P. WELLER, «Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht (EuGH, S. 90 und OLG München, S. 92)», *IPRax*, 2017, pp. 65-72; 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; F. POCAR, «Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 297-306; I. QUEIROLO / L. CARPANETO, «Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 59-86; C. RAUPACH, *Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union: die Rom III-Verordnung als Kernstück eines einheitlichen europäischen Scheidungskollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014; M.T. REGUEIRO GARCÍA, *Estudio comparado de causas de divorcio en la Unión Europea: orígenes canónicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; C. RICCI, «Il foro della residenza abituale nel Regolamento n° 2201/2003 e nella proposta Roma III», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUÍZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431; C. RICCI, «La legge applicabile al divorzio tra cittadini di Stati plurilegislativi: prassi italiana e nuove norme europee», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 55-80; H. RÖSLER, «Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III - Verordnung», *RabelsZ*, 2014-1, pp. 155-192; A. RÖTHEL, «Il Regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2013, Vol. 49, núm. 4, pp. 883-898; S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; C. RUIZ SUTIL, «Le nouveau Règlement «Rome III»: La séparation de corps et le divorce de la population marocaine en Europe et en Espagne», *RIDC*, núm. 2, 2012, pp. 525 ss.; M. SABIDO RODRÍGUEZ, «La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en derecho internacional privado español», *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2013, n. 45, 2013, pp. 499-534; Mª.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Aranzadi, Madrid, 2013; CH. SCHALL / J. WEBER, «Die vorsorgende Rechtswahl des Scheidungsstatuts nach der Rom III-VO», *IPRax*, 2015-1, pp. 381-386; L. SCHLÜRSMANN, «Art. 17 Abs. 2 EGBGB n. F. als überschneidende Anwendung der Rom III-VO: das neue Kollisionsrecht für

Este Reglamento se conoce con el nombre de “Reglamento Roma III”⁵⁴.

El párrafo 2 del art. 9.2 CC, tal y como fue redactado por el número dos del art. 3 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, indica que “[l]a nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107”⁵⁵.

El art. 107.2 CC, en su redacción dada por el apartado 28 de la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria indica: “La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”⁵⁶. Visto que no existen en la actualidad normas “españolas” de Derecho internacional privado que señalen la Ley aplicable al divorcio y separación judicial, esta remisión se debe entender realizada en favor del Reglamento Roma III. Esta remisión no se produce, en modo alguno, en favor del art. 9.2 CC (= Ley reguladora de los efectos del matrimonio) (con pavoroso error: SAP Vizcaya 1 septiembre 2015 [cónyuges bolivianos]; con sorprendente equivocación: SAP Ciudad Real 10 septiembre 2020 [pensión por desequilibrio y vecindad civil catalana]; mucho mejor SAP Pontevedra 29 julio 2016 [haddana marroquí y divorcio entre cónyuges marroquíes])⁵⁷.

El art. 9.2 CC no es aplicable para determinar la ley aplicable a los efectos del divorcio, sino a los efectos del matrimonio, en los casos no regulados por el ya en vigor Reglamento 2016/1103, que son, fundamentalmente, matrimonios celebrados antes del 29 enero 2019⁵⁸.

Privatscheidungen nach Sahyouni», *FamRZ*, 66, 13, 2019, pp. 1035-1040; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78; K. SIEHR, «Schnell gefreit, hat oft bereut»: internationale Zuständigkeit und Wahl des anwendbaren Rechts für die Scheidung einer gemischt-nationalen Ehe (zu Tribunale di Pordenone, 14.10.2014, X gegen Y)», *IPRax*, 37, 4, 2017, pp. 411-414; 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; I. TOSCANO, *Ehescheidungen mit grenzüberschreitendem Bezug: von divergierenden nationalen Scheidungsvoraussetzungen zu einem einheitlichen europäischen Scheidungsrecht?*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2011; M^a.M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «El divorcio en Derecho internacional privado comunitario: cuestiones de ley aplicable», *RGDE*, núm. 17, 2008, pp. 1 ss; Id., «La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales. El nuevo Reglamento (UE) N^o 1259/2010», *RGDE*, núm. 24, 2011; M. VELLETTI / E. CALO, *Il ruolo del notaio nel divorzio europeo. Aspetti personali e patrimoniali. Patti prematrimoniali*, 2012; I. VIARENGO, “Il coordinamento tra gli accordi di scelta della legge applicabile nei regolamenti comunitari in materia di famiglia e di successioni”, en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 2017, pp. 1181-1186; I. VIARENGO, “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (The EU Regulation on the Law Governing Legal Separation and Divorce and Party Autonomy)”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 601-624; I. VIARENGO, “Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 601-624; I. VIARENGO, “Choice of law agreements in property regimes, divorce, and succession: stress-testing the new EU regulations”, *ERA-Forum*, 17, 4, 2016, pp. 543-554; É. VIGANOTTI, *Pratique du divorce international*, Paris, Gazette du Palais, 2016; É. VIGANOTTI, “Rome III et le divorce sans juge: CJUE, Ire ch., 20 déc. 2017, no. C-372/16 Sahyouni c/ Mamisch”, *Gazette du Palais*, 138, 7, 2018, *jurisprudence*, pp. 27-29; S. DE VIDO, “The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012-II, pp. 222-232; M.-P. WELLER / I. HAUBER / A. SCHULZ, „Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO“, *IPRax*, 2016-2, pp. 123-132; J. WENNERBUSCH, *Rechtswahl im Spannungsfeld von Parteiautonomie und kollisionsrechtlichem Schutz des Schwächeren: eine vergleichende Untersuchung der Rechtswahlmöglichkeiten sowie der Effektivität des Schwächerenschutzes im internationalen Scheidungs-, Unterhalts- und Erbrecht*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2018; M.-Th. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN, „Das Verhältnis von Art. 17 Abs. 2 EGBGB zur Rom III-Verordnung“, *IPRax*, 2016-2, pp. 103-107.

⁵⁴ Reglamento (UE) n. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como “Reglamento Roma III”.

⁵⁵ Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 30 septiembre 2003).

⁵⁶ BOE núm. de 158 de 3 julio 2015.

⁵⁷ SAP Vizcaya 1 septiembre 2015 [CENDOJ 48020370042015100328]; SAP Pontevedra 29 julio 2016 [CENDOJ 36038370012016100396]; SAP Ciudad Real 10 septiembre 2020 [ECLI:ES:APCR:2020:1377].

⁵⁸ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

B) Rasgos básicos del Reglamento Roma III

a) Libre circulación de personas en la Unión Europea y Reglamento Roma III

24. El objetivo primero de este Reglamento Roma III es potenciar la libre circulación de personas en la UE, la “*movilidad de las personas*” (Cons. (15) RR-III). En efecto, el hecho de que las normas de conflicto de un Estado miembro determinen que la Ley aplicable al divorcio / separación judicial debe ser la Ley de un Estado distinta a la que aplicarían, al mismo caso, los tribunales de otro Estado miembro, puede dificultar la libre circulación de personas en la UE. La diversidad de normas de conflicto de los Estados miembros puede operar, en efecto, como un auténtico obstáculo a la libre circulación de personas en la UE. Véase un ejemplo: dos cónyuges, ambos italianos, residen habitualmente en Sevilla. En 2009, el matrimonio atravesó una profunda crisis. El marido recibe una oferta de trabajo de Milán. Resulta que si los cónyuges se divorciaran en España de mutuo acuerdo, la Ley reguladora de su divorcio sería la Ley sustantiva española con arreglo a la norma de conflicto vigente en 2009 (art. 107.2 CC), Ley que facilita en gran medida el divorcio. Sin embargo, si la demanda de divorcio se presenta en Italia una vez trasladado el marido a dicho país, los tribunales italianos aplicarían a dicho divorcio la Ley sustantiva italiana (art. 31.1 *Legge* 218/1995: Ley nacional común de los cónyuges), Ley que dificulta y ralentiza el divorcio⁵⁹. En consecuencia, el marido puede decidir no trasladarse a Italia y no aceptar la oferta de trabajo porque ello podría comportar un divorcio lento y complicado. El marido puede decidir no viajar, puede elegir dejar perder esa oferta de trabajo, puede preferir “no circular por la UE”.

El Reglamento Roma III evita, entre los Estados miembros participantes en el mismo, el *Forum Shopping*. Esta afirmación debe leerse en dos direcciones, como explica P. JUÁREZ PÉREZ⁶⁰: 1º) En primer lugar, sea cual fuere el Estado miembro cuyos tribunales resultaren competentes para dictar la sentencia de divorcio o separación judicial, la Ley estatal aplicable a tales materias será siempre la misma Ley, esto es, la Ley estatal designada por las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma III. El Reglamento Roma III acaba con la “relatividad de soluciones” de Derecho internacional privado entre los Estados miembros participantes. Los tribunales de todos estos Estados aplican la misma Ley a los supuestos internacionales de divorcios y separaciones judiciales; 2º) Las “normas uniformes de conflicto de leyes” (Cons. (12) RR-III) en los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III refuerzan también la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable (Cons. (9), (21) y (29) RR-III). Pues bien, la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable a los divorcios y a las separaciones judiciales internacionales son imprescindibles para potenciar la libre circulación de personas en la UE y para crear un verdadero “espacio judicial europeo”. Este “espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” está incompleto si no se garantiza la seguridad jurídica en relación con las personas que habitan y operan 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. En efecto, el Reglamento Roma III permite que los cónyuges puedan conocer, *a priori*, cuál es la Ley estatal aplicable a su divorcio / separación judicial. La cuestión ya no dependerá de cuál sea el tribunal competente para dictar el divorcio / separación judicial, como sucedería si las normas de conflicto en materia de divorcio fueran distintas de Estado miembro a Estado miembro, según exponen P. MCELEAVY y I. PERIN TOMICIC⁶¹. La eliminación del *Forum Shopping* es deseable porque la persona, para el Derecho de

⁵⁹ Ley núm.218 de 31 mayo 1995 sobre reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado (*Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana* núm.68, 3 junio 1995). Para su génesis *vid.* Proyecto de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado (1989), *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1989, pp. 932-945, posteriormente transformado en proyecto de ley núm.1192 de 29 abril 1993, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 494-503.

⁶⁰ P. JUÁREZ PÉREZ, “Bad forum shopping y recurso de revisión: “causa causae est causa causati” (STS de 25 de noviembre de 2019)”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 12, 2, 2020, pp. 1051-1060.

⁶¹ 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; P. MCELEAVY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642.

la UE, presenta un “valor constitucional”. El Derecho de la UE sirve para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia que está diseñado “para las personas”, en bella expresión de F. POCAR⁶².

25. La elaboración de este Reglamento no debe ser contemplada como una mera e injustificada “invasión” del Derecho de la UE en materias de Derecho de Familia. Este Reglamento no es más que otro paso más en un proceso de “transformación del Derecho internacional privado nacional” en “Derecho internacional privado de la UE”. Todas las normas de conflicto “nacionales” de los Estados miembros deben convertirse en “normas de conflicto de la UE” en la medida en que ello sea preciso para evitar obstáculos a la libre circulación de personas y factores productivos en la UE. La materia sobre la que versen tales normas de conflicto resulta irrelevante. Si la norma de conflicto genera obstáculos a la construcción de un espacio judicial europeo y a la libre circulación de personas en la UE, debe ser “europeizada”, sea cual sea la materia cuya Ley aplicable designa.

26. Como ilustra V. GAERTNER, el «principio del mutuo reconocimiento» no constituye un mecanismo metodológico adecuado ni suficiente para superar el obstáculo generado por la diversidad de normas de conflicto de los Estados miembros en relación con las crisis matrimoniales⁶³. En efecto, 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 que ya existe en otro Estado miembro distinto, como un divorcio ya declarado por un tribunal de un Estado miembro, por ejemplo, subraya P. FRANZINA⁶⁴. Sin embargo, como apostilla A. MALATESTA, 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 todavía declarada por una autoridad de un Estado miembro⁶⁵. Por ello no es de extrañar que el texto del Reglamento Roma III no haga alusión ni una sola vez al “principio del mutuo reconocimiento”. Debe recordarse, además, con H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, que las libertades de circulación de la UE no obligan a seguir el principio del reconocimiento mutuo en perjuicio de la perspectiva tradicional de las normas de conflicto⁶⁶. Por tanto, el resultado es claro: la elaboración de normas uniformes de conflicto de leyes en los Estados miembros es necesaria para crear un espacio judicial europeo y también, en particular, para mejorar el buen funcionamiento del mercado interior. En consecuencia, las autoridades de la UE disponen de competencia para llevar a buen término un programa sistemático de elaboración de normas uniformes de conflicto de leyes de los Estados miembros con los objetivos indicados (art. 81.2 TFUE).

27. La “unificación”, “compatibilidad” o “armonización” de las normas de conflicto de Leyes en materia de divorcio y separación judicial entre los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III (*vid.* Cons. 21) RR-III) opera como una herramienta importante en la construcción del espacio europeo de “libertad, seguridad y justicia” también porque dicha unificación conflictual favorece y potencia la libre circulación de resoluciones judiciales, como bien destacan M. MCQUAID y C. MAYER⁶⁷. En

⁶² 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; F. POCAR, «Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 297-306.

⁶³ 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.

⁶⁴ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

⁶⁵ 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?“, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 293-313.

⁶⁶ H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?”, *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

⁶⁷ M. MCQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and*

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 relación con el divorcio y la separación legal 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 si hubiera conocido del mismo litigio, expone I. PERIN TOMICIC⁶⁸. En dicho sentido, destaca D. TSIKRIKAS, la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros potencia el «principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y otras decisiones»⁶⁹. En esta línea se manifiestan los Considerandos (3) y (4) Reg. Roma I 593/2008 de 17 junio 2008 [ley aplicable a las obligaciones contractuales] y 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 (DOCE C 12 de 15 enero 2001): «la aplicación del principio de reconocimiento mutuo podrá facilitarse con la armonización de las normas de conflicto de leyes»⁷⁰. Así lo ha destacado también B. CAMPUZANO DIAZ en relación con las sentencias de divorcio que circulan por la Unión Europea⁷¹.

b) Carácter obligatorio del Reglamento Roma III

28. Este Reglamento es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro participante en el mismo (art. 21.IV RR-III). Ahora bien, el Reglamento sólo vincula a ciertos Estados miembros. En concreto, a los siguientes Estados miembros: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Lituania, Grecia y Estonia⁷². Estos Estados miembros participan en la llamada “cooperación reforzada”, procedimiento previsto en el art. 20 TUE y arts. 326-334 TFUE, que les permitía adoptar un Reglamento exclusivamente para los Estados miembros interesados en profundizar en la cooperación en esta materia. Otros Estados miembros decidieron no participar en este Reglamento. El Reglamento Roma III es vinculante en su totalidad y directamente aplicable sólo en los Estados miembros participantes en el mismo (Cons. (8), (11), art. 3.1 RR-III y Decisión 2010/405/UE de 12 julio 2010). Los dos Estados miembros con mayor número de “matrimonios transnacionales”, Alemania y Francia, son Estados participantes en este Reglamento, como bien recuerda I. OTTAVIANO⁷³.

29. El camino hasta el Reglamento Roma III, muy bien ilustrado por P. FRANZINA, fue prolongado, lento y laborioso: un largo y sinuoso camino⁷⁴. La elaboración de este Reglamento comenzó en el momento en el que la Comisión UE adoptó, el 14 marzo 2005, un Libro Verde sobre la legislación

Contemporary Problems, Fall 2006, pp. 374-400; C. MAYER, «Scheidung ohne Gericht: europäische Entwicklungen», *Das Ständesamt*, 71, 4, 2018, pp. 106-116.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ D. TSIKRIKAS, «Grenzüberschreitende Bindungswirkung von Prozessurteilen im europäischen Justizraum», *ZJP Int.*, 22, 2017, pp. 213-224.

⁷⁰ *Vid.* Presidency Conclusions Tampere European Council 15 and 16 October 1999 (DOCE C 54 de 25 febrero 2000, p. 93/94). Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 30 noviembre 2000 (DOCE C 12 de 15 enero 2001).

⁷¹ B. CAMPUZANO DIAZ, “Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation”, en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48; B. CAMPUZANO DIAZ, “El Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 39, mayo-agosto 2011, pp. 561- 587.

⁷² *Vid.* el útil mapa explicativo contenido en https://www.era-comm.eu/EU_Civil_Justice_Training_Modules/kiosk/courses/Family_Law_Module_1_EN/Module%202/index.html. El mapa es muy bonito, pero no está actualizado. Así que atención. Datos correctos pueden recabarse en: https://en.wikipedia.org/wiki/Applicable_divorce_law_regulation.

⁷³ I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali», *Il diritto dell’Unione europea*, vol. 11, núm.1, 2011, pp. 113-144.

⁷⁴ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129.

aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (Cons. (3) RR-III) (Libro Verde divorcio Doc COM (2005) 82 final de 14 marzo 2005)⁷⁵. El 17 julio 2006 vio la luz la Propuesta de la Comisión para la elaboración de este Reglamento. Durante las negociaciones de los representantes de los Estados miembros para la elaboración del Reglamento Roma III, diversos Estados miembros, en especial los Estados escandinavos, se opusieron a las normas de conflicto recogidas en el mismo por estimar que el divorcio debería regirse en todo por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Fundaban su posición en que, con arreglo a sus respectivos Derechos sustantivos nacionales, el divorcio es un derecho subjetivo de toda persona, razón por la cual todo individuo debe tener derecho a divorciarse en tales Estados miembros mediante la aplicación de tal Derecho sustantivo. Es evidente que la argumentación incurre en un *non sequitur*: una Ley extranjera también puede permitir el divorcio, con lo que tal derecho subjetivo al divorcio queda perfectamente garantizado para toda persona. Además, para el caso de que el divorcio no fuera posible, podían incorporarse mecanismos legales para lograr dicho divorcio de modo que éste no quedase «bloqueado» o «impedido» por la Ley reguladora del mismo (*vid.* art. 10 RR-III). Tras esta postura se escondía el deseo inconfesable de estos Estados miembros de mantener intactas sus normas de conflicto tradicionales en esta materia, a tenor de las cuales todo divorcio, ya afecte a nacionales o a extranjeros, se debe regir siempre por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Estos Estados miembros hicieron valer, realmente, razones de «comodidad judicial», pues sus normas de conflicto nacionales nunca obligan a sus tribunales a aplicar Leyes extranjeras en materia de divorcio. Sin embargo, este enfoque, como se ha visto, cuenta con una argumentación muy débil y, además, provoca un efecto negativo innegable. Si cada Estado miembro aplica su propia Ley sustantiva a los divorcios que deben pronunciar sus tribunales, subsistirá la diversidad de Leyes aplicables Estado por Estado, de manera que seguirán presentes los obstáculos la libre circulación de personas en la UE derivados de la diversidad de normas de conflicto en los Estados miembros. En consecuencia, el Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 [cooperación reforzada y ley aplicable al divorcio] no podía fundarse sobre una norma de conflicto que proclamase la aplicación de la *Lex Materialis Fori*, porque en tal caso, habría sido un Reglamento inútil. Debe recordarse, con P. HAMMJE, que las normas de Derecho internacional privado relativas al Derecho de Familia y que puede elaborar la UE exigen unanimidad de los Estados miembros (art. 81.3 TFUE: «No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo»)⁷⁶. Ante la negativa de estos Estados miembros a seguir adelante en la elaboración de las normas uniformes de conflicto de leyes relativas al divorcio / separación judicial, y ante la imposibilidad de alcanzar la unanimidad en el seno del Consejo UE, los demás Estados miembros que sí deseaban dotarse de normas de conflicto comunes en materia de divorcio, activaron un procedimiento llamado «cooperación reforzada» (*Enhanced Cooperation*), previsto en el art. 20 TUE y arts. 326-334 TFUE. Este procedimiento permite a ciertos Estados miembros dotarse de un «set de normas de conflicto comunes» para determinar la Ley aplicable

⁷⁵ La documentación básica relativa al Reglamento Roma III, necesaria para el estudio de la génesis del mismo puede concretarse en las siguientes referencias: 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) 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) 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*.

⁷⁶ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)», *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

al divorcio y separación judicial. El Consejo UE, reunido en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio 2008, tomó nota de la situación (Cons. (5) RR-III) y adoptó el 12 julio 2010, la Decisión 2010/405/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial a estos Estados miembros (Cons. (7) Reg. RR-III). Las cooperaciones reforzadas están abiertas permanentemente a todos los Estados miembros (art. 328.1 TFUE) y se adoptan por el Consejo UE, subraya B. CAMPUZANO DIAZ, como «último recurso», esto es, «cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros» (art. 20.2 TUE y Cons. (8) RR-III)⁷⁷.

30. El Reglamento se aplica para concretar la Ley aplicable a toda situación de divorcio y separación judicial que se suscite ante las autoridades de los Estados miembros participantes en el Reglamento (art. 4 RR-III). De ahí derivan varias consecuencias: 1º El Reglamento es aplicable con indiferencia de la nacionalidad, la residencia habitual y cualquier otra circunstancia personal de los cónyuges (SAP Tarragona 28 julio 2021 [esposos de nacionalidad marroquí]; SAP Barcelona 20 octubre 2015 [divorcio entre cónyuges marroquíes]; SAP Barcelona 29 julio 2015 [divorcio entre cónyuges alemanes]; SAP Barcelona 4 febrero 2015 [cónyuges españoles antes marroquíes]; SAP Barcelona 15 julio 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes])⁷⁸. El Reglamento Roma III también se aplica en el caso de un matrimonio celebrado en un Estado no miembro en el Reglamento Roma III (SJPI Familia Málaga 20 julio 2021 [matrimonio celebrado en Israel y no inscrito en España])⁷⁹; 2º El Reglamento es aplicable también sea cual fuere el Estado cuya la Ley debe regular el divorcio o separación judicial. Es irrelevante que dicha Ley corresponda a un Estado miembro participante, a un Estado miembro no participante o a un tercer Estado no miembro de UE (Cons. (12) y (14) y art. 4 RR-III); 3º El Reglamento Roma III se aplica a todo litigio de separación judicial y divorcio que presente elementos extranjeros.

31. Este Reglamento es fruto de la competencia de la que disponen las instituciones de la UE para elaborar normas de conflicto de leyes comunes a los Estados miembros de la UE como una medida en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos civiles con repercusión transfronteriza y con el objetivo último de facilitar “mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la libre circulación de las personas” en la UE (art. 81 TFUE y Cons. (1) y (2) RR-III). Diversos puntos deben ser destacados al respecto.

- 1º) La elaboración de normas de conflicto únicas para los Estados miembros de la UE se realiza de manera “progresiva” (Cons. (1) RR-III) y no mediante un “Código de Derecho internacional privado general” para la UE. En efecto, las instituciones de la UE han elaborado ya normas de conflicto únicas para los Estados miembros en materia de insolvencia, obligaciones contractuales, alimentos, obligaciones extracontractuales, regímenes económicos matrimoniales y de parejas de hecho registradas y sucesiones *mortis causa*⁸⁰. Ahora también

⁷⁷ B. CAMPUZANO DIAZ, “Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation”, en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48; B. CAMPUZANO DIAZ, “El Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº 39, mayo-agosto 2011, pp. 561- 587.

⁷⁸ SAP Tarragona 28 julio 2021 [ECLI:ES:APT:2021:1282]; SAP Barcelona 20 octubre 2015 [CENDOJ 08019370122015100635]; SAP Barcelona 29 julio 2015 [CENDOJ 08019370122015100479]; SAP Barcelona 4 febrero 2015 [CENDOJ 08019370122015100071]; SAP Barcelona 15 julio 2014 [CENDOJ 08019370122014100517].

⁷⁹ SJPI Familia Málaga 20 julio 2021 [inédito].

⁸⁰ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008); Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007); Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009); Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE L 141/19 de 5 junio 2015); Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del

- en el sector de la Ley aplicable al divorcio y separación judicial mediante este Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 [ley aplicable al divorcio y a la separación judicial].
- 2º) Las autoridades de la UE disponían de competencia para elaborar este Reglamento porque dichas autoridades son competentes para elaborar normas de Derecho internacional privado que sirven para construir dicho “espacio judicial europeo” (arts. 81.2, 4.2.j y 67 TFUE). Con otras palabras, constituye un grave error afirmar que la UE asume competencias en materias de Derecho de Familia. Debe, más bien, subrayarse que la UE dispone de competencia para crear un “espacio judicial europeo”, lo que puede exigir la elaboración de normas de Derecho internacional privado en cualquier materia de Derecho privado, incluido, naturalmente, el Derecho de Familia.
 - 3º) Además, el legislador de la UE 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”
 - 4º) La competencia de la UE para elaborar el Reglamento Roma III se ajusta perfectamente también al principio de subsidiariedad y al principio de proporcionalidad. En efecto, en cuanto al principio de “subsidiariedad”, el objetivo que persigue el Reglamento (= 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 (= una normativa nacional no puede unificar los Derechos de los Estados miembros en la materia), y por consiguiente, puede lograrse mejor a “escala de la UE” mediante un Reglamento de la UE (Cons. 29 RR-III y art. 5 TUE). Además, el Reglamento Roma III, como ya se ha indicado, no unifica las normas sustantivas de los Estados miembros en materia de divorcio y separación judicial. Por ello, este Reglamento sintoniza perfectamente con el principio de “proporcionalidad” (= se unifican las normas de conflicto pero no las Leyes sustantivas de los Estados miembros: la intervención legislativa de la UE es, así, proporcional al objetivo perseguido)⁸¹.
 - 5º) Por otra parte, para profundizar en la “conversión del Derecho internacional privado nacional de los Estados miembros” en “Derecho internacional privado de la UE”, la utilización de Reglamentos de la UE constituye, por diversos motivos, la vía formal más adecuada:
(a) Un Reglamento de la UE sobre la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial constituye una opción de política legislativa europea plenamente acertada porque contiene normas uniformes sobre la Ley aplicable que son detalladas, precisas e incondicionales y que no requieren medidas de transposición por parte de los Derechos nacionales de los Estados miembros. En efecto, si los Estados miembros tuvieran que proceder a la “transposición” de estas normas en sus Derechos nacionales, volvería la inseguridad jurídica que la unificación a escala de la UE de las normas de conflicto pretende suprimir. En efecto, el Reglamento de la UE unifica las normas de conflicto de los Estados miembros, evita los complejos problemas de “Derecho de los Tratados” (= tales como las reservas, denuncias, ratificaciones, etc., fomenta la “seguridad jurídica internacional”), permite a los particulares, a los ciudadanos de la UE, invocar directamente las normas contenidas en tal Reglamento y obliga a los jueces y tribunales estatales a aplicar de oficio el instrumento legal de la UE, y puede ser interpretado por el TJUE a través del “recurso prejudicial de interpretación” (arts. 267.b TFUE).

Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012); Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016); Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

⁸¹ 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).

c) Enfoque conflictual y multilateral del Reglamento Roma III

32. El Reglamento Roma III contiene normas de conflicto multilaterales que designan la Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial. No recoge normas materiales reguladoras del divorcio o separación judicial. Tampoco autoriza la aplicación de “normas de policía” de los Estados miembros en estas materias. El divorcio y la separación judicial se rigen, exclusivamente, por la Ley designada a través de las normas de conflicto del Reglamento Roma III. El Reglamento Roma III recoge un conjunto de normas de conflicto multilaterales. La función de tales normas es designar la Ley estatal que debe regir los litigios internacionales de divorcio / separación judicial. En tal sentido el Reglamento responde al paradigma de una normas de conflicto neutrales que ofrecen las mismas posibilidades de aplicación a todas las leyes del mundo porque las consideran “igualmente justas” y por tanto, “intercambiables”, expone M. LEHMANN⁸². Esta sencilla afirmación comporta consecuencias de envergadura.

- 1º) El Reglamento Roma III no unifica los Derechos sustantivos de los Estados miembros en materia de divorcio y separación judicial. Cada Estado miembro participante regula el divorcio / separación judicial como tiene por conveniente y sin ninguna “imposición” por parte de la UE. Recuerda P. FRANZINA que la UE carece de competencia objetiva para unificar el Derecho de Familia sustantivo de los Estados miembros. La UE sí dispone de competencia para elaborar «normas de conflictos de leyes» (art. 81.2 TFUE) incluso, en relación con el «Derecho de Familia» (art. 81.3 TFUE)⁸³. De este modo, el Reglamento Roma III preserva, salvaguarda y defiende la diversidad legislativa, y por tanto, cultural y social, en la UE
- 2º) El Reglamento Roma III tampoco contiene una normativa material propia y específica del divorcio / separación judicial en los supuestos internacionales, distinta a la regulación legal de los divorcios «meramente nacionales». Nada tiene que ver el Reglamento Roma III con la construcción de un hipotético «Código Civil europeo» en materias de Derecho de Familia, de carácter material o sustancial. La elaboración de este cuerpo legal comportaría diversos y graves inconvenientes: (a) Resultaría contrario al principio de subsidiariedad y proporcionalidad; (b) Es innecesario si se cuenta con normas de conflicto uniformes en la UE; (c) Es un objetivo de difícil realización, pues el grado de acercamiento valorativo de los Derechos de los Estados miembros no es elevado, lo que dificulta todo proceso de redacción de un Código material de Derecho de Familia en Europa; (d) En el estado actual del Derecho de la UE, la UE carece de competencia para elaborar un Derecho sustantivo de Familia común a los Estados miembros.
- 3º) El Reglamento Roma III contiene un conjunto normas de conflicto que señalan la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. Se trata de normas de conflicto multilaterales, que localizan el divorcio / separación judicial en el Estado con el que el litigio presenta los vínculos más estrechos y que hacen aplicable la Ley sustantiva de dicho país. Tales normas de conflicto son «multilaterales», por lo que pueden conducir a la aplicación de la Ley de cualquier Estado, sin preferencias por uno u otro. El Reglamento Roma III sigue, pues, en palabras de T. VIGNAL, un «*méthode classiquement bilatérale*»⁸⁴. Se reafirma, así, la “apertura al mundo” del Derecho internacional privado europeo, tal y como han escrito H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER⁸⁵. Se asegura, también un enfoque neutral de la norma de conflicto entendido como una igualdad de oportunidad de aplicación de las leyes de todos

⁸² M. LEHMANN, “Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle”, *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 1-30.

⁸³ P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496;

⁸⁴ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021, pp. 309-311.

⁸⁵ H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2019: Konsolidierung und Multilateralisierung”, *IPRax*, 2020, n.2 vol. 40, pp. 97-126.

los Estados del mundo, un *approach* savygniano, escribe M.-P. WELLER⁸⁶. El Reglamento Roma III no es legeforista. Como han subrayado F. SEATZU / J. CARRASCOSA, el Reglamento no ha recurrido al método fácil, pero simplista y con frecuencia costoso para los cónyuges, de proclamar, con carácter general, la aplicación de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) a los litigios de divorcio / separación judicial. La aplicación al divorcio / separación judicial de la *Lex Fori* es, en el Reglamento Roma III, y salvo casos excepcionales, una medida meramente residual (art. 8.d RR-III).

- 4º) Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma III conducen, en todo caso, a la aplicación de una “Ley estatal”. Sus normas de conflicto no designan, en ningún caso, como aplicable a un divorcio / separación judicial, una “normativa religiosa” (*Lex Religiosa*). Tampoco los cónyuges pueden elegir, como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial, una normativa exclusivamente religiosa no estatal (art. 5 RR-III *a contrario*).
- 5º) El legislador de la UE no ha empleado “normas unilaterales” para precisar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. La evidente y palmaria preferencia del legislador de la UE por normas de conflicto multilaterales responde a su intención de potenciar la claridad legal, la certeza del Derecho y la seguridad jurídica (Cons. (9) RR-III). Se ha descartado así la utilización del “método unilateral francés” (art. 309 *Code*) a tenor del cual, los litigios de divorcio / separación judicial vinculados con casos vinculados con Francia se sujetaban al Derecho francés y los no vinculados con Francia se debían regir por la Ley designada por las normas de conflicto extranjeras de los Estados vinculados con el caso. Este sistema, de extraordinaria complejidad técnica y nula ventaja material, habría comportado la necesidad de aplicar la *Lex Fori* a los casos vinculados con el Estado miembro participante cuyas autoridades resultaren competentes, mientras que los restantes litigios (= casos de divorcio / separación judicial “alejados” de la esfera del país cuyos tribunales conocen del asunto) deberían haberse sujetado a la Ley estatal designada por las normas de conflicto de los Estados conectados con el caso. Ello habría comportado los clásicos problemas de la “laguna” (= ninguna Ley estatal de autodeclara aplicable al litigio) y del “cúmulo” (= varias Leyes estatales son aplicables al mismo litigio porque varias normas de conflicto de distintos Estados así lo indican). El sistema unilateral complica la designación del Derecho aplicable (= lo que incrementa los costes conflictuales) y no comporta ninguna ventaja de fondo.
- 6º) Tampoco contiene el Reglamento Roma III ninguna norma que autorice a aplicar las normas de Derecho interno conocidas como “normas de policía” o “normas internacionalmente imperativas”, que regulen el divorcio / separación judicial. La imposibilidad de interferencia de estas normas en el mecanismo conflictual del Reglamento Roma III aumenta la claridad normativa, la certeza del Derecho y la seguridad jurídica en los litigios internacionales de divorcio / separación judicial. Esta decisión de política jurídica responde al hecho de que las materias relativas al Derecho de Familia experimentan en la actualidad un proceso de “contractualización” o “liberalización”. Ello significa que el Estado renuncia a regular los pormenores de las relaciones privadas familiares y concede autonomía regulativa a los cónyuges. El “orden público de dirección” (= conjunto de normas que salvaguardan un determinado modelo de familia), desaparece progresivamente y queda, exclusivamente, un “orden público de protección” que garantiza los derechos individuales de toda persona (P. FRANZINA). Ese “orden público de protección” queda preservado a través de la cláusula general de orden público internacional (art. 12 RR-III), de modo que no es necesario “dirigir” u “obligar” a los cónyuges a seguir un determinado modelo de familia y matrimonio mediante normas internacionalmente imperativas.

⁸⁶ M.-P. WELLER, “Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?”, *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436.

- 7º) Las normas de conflicto del Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 se acompañan, además, de un *set* de normas de aplicación que resuelven los problemas característicos de las normas de conflicto: reenvío, orden público, remisión a sistemas plurilegislativos, cuestión previa, etc. Ello facilita la aplicación autónoma del Reglamento Roma III sin que sea preciso recurrir a las normas de cada Estado miembro para solventar estas cuestiones. De ese modo, se incrementa la seguridad jurídica, la claridad normativa y se reducen, para los cónyuges, los costes de información de la normativa conflictual.
- 8º) El Reglamento Roma III recoge un sistema conflictual técnicamente muy cuidado y construido sobre principios conflictuales coherentes y sólidos. Es, por ello, un “Reglamento elegante”, ya que contiene un escaso número de normas de conflicto que proporcionan soluciones sencillas que responden a una lógica conflictual clara y que permite alcanzar resultados positivos. El Reglamento contiene, en efecto, un “*marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes*” y garantiza “*soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad*” (Cons. (9) RR-III). Se aleja así este Reglamento, del carácter puntilloso, burocratizado, farragoso y, a fin de cuentas, poco práctico y de escasa calidad técnico jurídica, propio de otras normas de Derecho internacional privado, como el Reglamento 4//2009 [alimentos] y el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños], conjuntos normativos que se convierten, en sí mismos, en problemas jurídicos que se añaden a los que tratan de resolver⁸⁷.
- 9º) El Reglamento Roma III tampoco obliga, de ninguna manera, a los Estados miembros que no contemplan el divorcio en su ordenamiento jurídico, como ha sido el caso de Malta, a introducirlo en su legislación interna (Cons. (26) RR-III). Si Malta reforma sus leyes y permite el divorcio será por una decisión completamente interna de los ciudadanos y órganos legislativos de Malta y no por imposición de la UE, como así ha sucedido⁸⁸.
- 10º) El Reglamento no se ocupa de la cuestión de la competencia judicial internacional para resolver litigios de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. Ello merma un tanto, apunta P. HAMMJE, la coherencia entre el Reglamento Roma III y el Reglamento Bruselas II-ter⁸⁹. Tampoco recoge el Reglamento Roma III criterios de validez extraterritorial de decisiones de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial entre los Estados miembros. La regulación de estos dos aspectos, -que debería ser mejorada, escribe A. BONOMI, en particular en relación a la competencia internacional para declarar un divorcio transfronterizo-, corresponde al Reglamento Bruselas II-ter⁹⁰. En cierta medida, puede afirmarse que el Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 [cooperación reforzada y ley aplicable al divorcio] «completa» al Reglamento Bruselas II-ter y cierra el círculo de la regulación de las cuestiones jurídicas que suscita el divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial en los casos internacionales. En efecto, en este momento, y gracias a los Reglamentos 2019/1111 y 1259/2010, las tres grandes áreas propias del Derecho internacional privado relativas a las crisis matrimoniales (competencia - Ley aplicable - validez extraterritorial de decisiones) han quedado reguladas por instrumentos legales

⁸⁷ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 (BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010); Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009).

⁸⁸ *Vid. Diario El País* 29 mayo 2011 y Ley de 25 julio 2011 que introduce el divorcio en Derecho maltés tras un referendun que arrojó un 53% de votos favorables al divorcio. *Vid.* <https://www.bbc.com/news/world-europe-14285882>.

⁸⁹ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

⁹⁰ A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis”, *RCDIP*, 2017-4, pp. 511-534.

elaborados por la UE. Queda fuera de ese círculo, por razones propias de la institución, la cuestión de la Ley aplicable a la nulidad del matrimonio.

33. Antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma III, cada Estado miembro disponía de sus propias normas de conflicto para señalar el Derecho aplicable al divorcio y a la separación judicial en los “casos internacionales”. Como destacó la Comisión de las Comunidades Europeas, y tal y como expone I. PERIN TOMICIC, podían distinguirse dos grupos de Estados miembros: 1º) Un primer grupo estaba formado por aquellos Estados miembros que determinaban 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; 2º) Un segundo grupo de Estados miembros hace aplicable al divorcio, en todo caso, la *Lex Materialis Fori*⁹¹. Es el caso de los países escandinavos y anglosajones: Letonia, Finlandia, Suecia, Reino Unido, Irlanda y Chipre (K. McQUAID). Estos Estados seguían y siguen, un auténtico *Lex Fori Approach* (= cuando sus tribunales son internacionalmente competentes, aplican siempre su propia Ley sustantiva). En una posición muy específica se hallaba Francia, que utilizaba una «norma de conflicto unilateral» para determinar la Ley aplicable al divorcio (art. 309 *Code*), como puede verse en los ya clásicos escritos de P. COURBE y PH. FRANCESCAKIS⁹². En consecuencia, la Ley aplicable a un mismo supuesto de divorcio podía ser distinta según el Estado miembro cuyas autoridades sean competentes para pronunciar el divorcio. La posibilidad de *Forum Shopping* y diversidad de Ley sustantiva aplicable al mismo supuesto de divorcio era muy elevada debido a que, con arreglo al Reglamento Bruselas II-ter [materia matrimonial y responsabilidad parental], 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.

d) Principio de coherencia europea y Reglamento Roma III

34. El principio de coherencia del Derecho internacional privado de la UE está presente en Reglamento Roma III. Dicho principio presenta un significado múltiple: (a) Los ámbitos de aplicación de los distintos Reglamentos europeos de Derecho internacional privado deben encajar correctamente. Una concreta cuestión de Derecho internacional privado debe quedar sujeta a un reglamento europeo determinado, no a varios reglamentos. El solapamiento de reglamentos europeos aplicables a una misma situación jurídica debe evitarse; (b) Los conceptos, instituciones, mecanismos jurídicos y modos de aplicación del Reglamento Roma III deben ser coherentes con los empleados en los demás instrumentos legales del Derecho de la UE y en particular, con los utilizados por el Reglamento Bruselas II-ter (art. 2 y Cons. [10] RR-III). El concepto, en suma, debe ser el mismo en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado. Esta idea (“*synchronicity*”), expone V. GAERTNER, ya aparece recogida en los Cons. [7] y [17] Reg. Roma I de 17 junio 2008 [ley aplicable a las obligaciones contractuales] y en el Cons. [7] Reg. Roma II de 11 julio 2007 [Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales]⁹³. El propósito del legislador de la UE es crear una base jurídica ordenada, sistemática, interrelacionada y coherente, integrada por todos los instrumentos legales de Derecho internacional privado elaborados por la UE. Ello potenciará la seguridad jurídica, la claridad normativa y la sencilla aplicación de las normas de Derecho internacional privado de la UE.

⁹¹ 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.

⁹² P. COURBE, «Le divorce international, premier bilan d’application de l’article 310 du Code civil», *TCFDIP*, 1988/1989, pp. 123-140; PH. FRANCESCAKIS, «Le suprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international», *Revue critique de droit international privé*, vol.LXIV, 1975, pp. 553-594.

⁹³ 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.

e) Aplicación del Reglamento Roma III a personas que no son ciudadanos de la UE

35. La libre circulación de personas es un derecho subjetivo que se atribuye, exclusivamente, a los ciudadanos de la UE (= sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro de la UE: art. 9 TUE). No obstante, el Reglamento Roma III constituye una pieza más de la progresiva construcción del “espacio de libertad, seguridad y justicia” (Cons (1) RR-III). Es un Reglamento no dirigido exclusivamente a los ciudadanos de la UE, sino orientado al “*progresivo establecimiento*” del espacio judicial europeo. Dicho espacio beneficia a todas las personas que se encuentran en él y que se dirigen a los órganos jurisdiccionales que lo integran. Por otro lado, el Reglamento coadyuva también al “buen funcionamiento del mercado interior”. En efecto, 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 normas de conflicto diferentes en materia de divorcio propias de cada Estado miembro. En tal sentido, como muestran las contribuciones de V. GAERTNER, E. JAYME / CH. KOHLER, F. SALERNO y P. McELEVAY, la unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio potencia el mejor funcionamiento del mercado interior, sean o no ciudadanos de la UE los cónyuges de cuyo divorcio se trata⁹⁴. Esta idea ha sido expresamente ratificada por el Reglamento Roma III. El Reglamento se refiere, en diversas ocasiones, al hecho de que dicho texto potencia la circulación o movilidad de los «*ciudadanos*», en general. Los beneficiarios de esta movilidad potenciada por el Reglamento Roma III son todas las personas que circulan por el «espacio judicial europeo», sean o no ciudadanos de la UE (*vid. expresamente*, Cons. (15) RR-III: «*Aumentar la movilidad de los ciudadanos requiere, por una parte, más flexibilidad y, por otra, mayor seguridad jurídica...*», Cons. (9) RR-III: «*El presente Reglamento debe (...) garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad...*», Cons. (29) RR-III: «*[...] los objetivos del presente Reglamento, a saber, el aumento de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional y por lo tanto la facilitación de la libre circulación de personas en la Unión [...]*»). El Reglamento no se refiere ni una sola vez al término «*ciudadanos de la UE*» o «*ciudadanos de los Estados miembros (participantes)*».

f) Relación de los puntos de conexión para determinar la Ley aplicable al divorcio

36. El Reglamento Roma III contiene diversos puntos de conexión estructurados “en cascada”, para determinar la Ley aplicable a distintos tipos de divorcio / separación judicial. A cada tipo de divorcio / separación judicial corresponde una Ley estatal aplicable diferente. Los puntos de conexión recogidos en el Reglamento Roma III se inspiran en los que contiene el art. 55 de la Ley belga que contiene el código de internacional privado, aunque las normas europeas se separan de las belgas en aspectos concretos, como explica C. BARBÉ⁹⁵.

37. Las normas de conflicto del Reglamento Roma III contienen distintos puntos de conexión aplicables para designar la Ley estatal aplicable tanto al divorcio como a la separación judicial. Con arreglo a lo que expone P. HAMMJE, varias observaciones deben realizarse al respecto⁹⁶.

⁹⁴ 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”, *Revue critique de droit international privé*, 1995, pp. 25 ss.; F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84; P. McELEVAY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *JCLQ*, 2004, pp. 605-642; 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.

⁹⁵ C. BARBÉ, «Mariage et divorce», *Journal des tribunaux*, 12 marzo 2005, n. 6173, pp. 188-193.

⁹⁶ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)», *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et

En primer lugar, esta opción de técnica conflictual resulta perfectamente justificada. Ambos supuestos, divorcio y separación judicial, presentan características similares, esto es, se trata de instituciones jurídicas que cancelan o disminuyen la intensidad del vínculo matrimonial, pues persiguen la disolución o relajación del mismo. En consecuencia, indican F. SEATZU / J. CARRASCOSA, los contactos espaciales del ambos supuestos deben ser valorados con arreglo a los mismos parámetros⁹⁷.

En segundo lugar, debe también recordarse que el art. 9 RR-III, procura que la eventual conversión de la separación judicial en divorcio quede sujeta a la Ley estatal que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido elegir otra Ley para regular la conversión de la separación judicial en divorcio. En este caso, la regla general es que la Ley aplicada a la separación judicial (*Lex Separationis*) coincida con la Ley que va a ser aplicable el divorcio (*Lex Divortii*).

En tercer lugar, la dicción literal del título del Reglamento y de todos sus preceptos coloca, en primer lugar, al «divorcio» y en segundo lugar, a la «separación judicial», al contrario de lo que ocurre en numerosos sistemas estatales de Derecho internacional privado, en los que se fija la Ley aplicable a la «separación judicial y al divorcio», en ese preciso orden (art. 107.2 CC España, art. 31 *Legge* 218/1995 Italia). Sigue así el Reglamento Roma III el «modelo belga» contenido en el art. 55 Ley belga Derecho internacional privado 16 julio 2004, que, a su vez, siguió la senda trazada por el art. 61 Ley Derecho internacional privado Suiza 18 diciembre 1987. Esta presentación de ambas instituciones (= primero el «divorcio», después la «separación judicial») no es casual ni materialmente indiferente. Refleja la intención del legislador de atender, con carácter preferente, a la regulación conflictual del divorcio, como indica R. SILVA DE LAPUERTA⁹⁸. Ello se produce por varios motivos: (a) El divorcio es una institución conocida y regulada en casi todas las legislaciones del mundo, mientras que la separación judicial sólo se conoce y regula en determinados Derechos estatales; (b) En las legislaciones sustanciales de numerosos países el divorcio tiende a liberalizarse, a expandirse y a concederse por mera voluntad de los cónyuges o de uno solo de ellos. Por el contrario, la separación judicial pierde protagonismo jurídico. Es cada vez menos utilizada, y aparece ligada a concepciones religiosas que no permiten la disolución del matrimonio *intervivos* por divorcio; (c) El divorcio encaja mejor con el derecho a la libertad decisional del individuo en el interior de su núcleo familiar (art. 8 CEDH 1950, art. 7 Carta DFUE 2000, con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978) y con la libertad individual de la persona; (d) Por el contrario, la Ley aplicable a la nulidad del matrimonio debe fijarse mediante puntos de conexión distintos y propios. En efecto, la nulidad del matrimonio, excluida del Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010, debe regirse por las Leyes previamente aplicadas a la formación del matrimonio.

38. La lista de puntos de conexión que determinan la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, es la siguiente (arts. 5-8 RR-III):

- 1º) El divorcio y la separación judicial se rigen por la Ley elegida por las partes en los términos de los arts. 5-7 RR-III.
- 2º) En defecto de Ley válidamente elegida por los cónyuges, se aplica la Ley del país en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a RR-III).
- 3º) En defecto del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.b RR-III).
- 4º) A falta del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c RR-III).

le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

⁹⁷ F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

⁹⁸ R. SILVA DE LAPUERTA, «Ámbito de la ley aplicable al divorcio cuando la ley extranjera aplicable lo contemple en condiciones consideradas más restrictivas que las previstas por la ley del foro. TJ, Sala Primera, S 16 Jul. 2020. Asunto C-249/19: JE (Loi applicable au divorce)», *La Ley Unión Europea*, nº 85, 2020.

5º) Finalmente, en defecto de todos los anteriores criterios, se aplicará la Ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (*Lex Fori*) (art. 8.d RR-III).

39. Como se ha indicado, el Reglamento Roma III recoge un conjunto de puntos de conexión estructurados “en cascada” (*Kegel’s Ladder, échelle de rattachements*), para determinar la Ley aplicable a distintos tipos de divorcio / separación judicial. Esta solución legal se justifica por diversas razones.

- 1º) La Ley aplicable se precisa con arreglo a las “vinculaciones espaciales” que el concreto supuesto de divorcio / separación judicial presenta con los diferentes Estados. El Reglamento persigue “localizar” el concreto supuesto de divorcio / separación judicial en el Estado más estrechamente vinculado con el supuesto, cuya Ley es aplicable. En palabras del Cons. 21 RR-III, “[e]sos criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho”. Añade también el Cons.(14) RR-III que los cónyuges deben poder “designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos”. En el Reglamento Roma III, todos los puntos de conexión que determinan la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, incluido, naturalmente, la autonomía conflictual de los cónyuges (= Ley elegida por éstos), están inspirados por el “principio de proximidad”. La aplicación de la Ley estatal que presenta una “mayor vinculación” con el caso concreto (= Ley del Estado donde se localiza el “centro de gravedad de la relación jurídica”) permite “garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad”. Ello significa que la Ley reguladora del divorcio / separación legal es la Ley que permite resolver el litigio a un coste menor para los cónyuges. Para el legislador de la UE, la ecuación “mayor vinculación” o “centro de gravedad de la relación jurídica” = aplicación de la Ley que comporta un coste más reducido es clara. Por ello, puede también afirmarse que en este Reglamento Roma III, resulta válida la equivalencia entre “principio de proximidad” y “norma de conflicto eficiente”.
- 2º) El Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 distingue, así, diversos posibles “tipos” de divorcio / separación judicial, en función de sus vinculaciones espaciales con los distintos Estados. De ese modo, cada “tipo” de divorcio / separación judicial se sitúa en un peldaño de la escalera conflictual y se le asigna una Ley estatal aplicable específica. Así, por ejemplo, el legislador entiende que los litigios de divorcio / separación judicial respecto de los cuales los cónyuges han elegido la Ley aplicable, pertenecen al “tipo 1”, de forma que el art. 5 RR-III considera que tales tipos de divorcios presentan un vínculo más estrecho con el país cuya Ley ha sido elegida. Igualmente, el legislador entiende que los litigios de divorcio / separación judicial respecto de los cuales los cónyuges residen habitualmente en el mismo Estado pero no han elegido la Ley aplicable, pertenecen al “tipo 2”, de forma que el art. 8.a RR-III considera que tales tipos de divorcios presentan un vínculo más estrecho con el Estado de la residencia habitual actual de los cónyuges y la Ley de ese país debe aplicarse. Y así sucesivamente.
- 3º) El objetivo material de la escalera conflictual consiste en lograr que el divorcio / separación judicial quede sujeto a la Ley estatal cuya aplicación genera los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges. Se trata de que el litigio de divorcio / separación judicial se resuelva al menor coste posible para los cónyuges implicados en el litigio, sea cual sea la solución material que la Ley aplicable ofrezca a la crisis matrimonial.
- 4º) Esta escalera de puntos de conexión 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), como indica el “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio” y como han demostrado F. RIGAUX / M. FALLON⁹⁹.

⁹⁹ 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*. F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005.

El precepto citado dice así: «§ 1^{er}. *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*».

g) Orientación conflictual y *favor divortii* en el Reglamento Roma III

40. La preferencia dada por el Reglamento Roma III a soluciones conflictuales construidas sobre el “principio de proximidad” explica de manera sencilla por qué, a la hora de determinar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, es indiferente, para el Reglamento Roma III, el contenido material de la Ley reguladora de dicho divorcio. Del mismo modo, también es posible afirmar que resulta indiferente, también, el resultado final al que conduce la aplicación de dicha Ley sustantiva (= es irrelevante si el divorcio / separación judicial es posible o no es posible, si es más sencillo y rápido o si resulta lento y complejo). Con carácter general, debe afirmarse, pues, que las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma III no son normas de conflicto “materialmente orientadas” (= normas que declaran la aplicación de una u otra Ley estatal en función del resultado material concreto que pueda alcanzarse con la aplicación de la misma, como el divorcio mismo, por ejemplo).

41. No obstante lo anterior, existen varios supuestos puntuales en los que sí resulta relevante el contenido material de la Ley estatal que debe regular el divorcio / separación judicial y/o el resultado al que dicho contenido conduce: 1º) Cuando la Ley reguladora del divorcio / separación judicial produce efectos negativos e intolerables sobre la regulación jurídica fundamental de la sociedad del Estado miembro participantes cuyos tribunales conocen del asunto. En dicho supuesto, entra en escena la excepción del orden público internacional para evitar la aplicación de dicha Ley (art. 12 RR-III); 2º) Cuando la Ley estatal aplicable designada con arreglo a los arts. 5 u 8 RR-III no contempla el divorcio. En tal supuesto, entra en funcionamiento una cláusula específica que ordena la aplicación de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 10 *in primis* RR-III); 3º) Cuando la Ley estatal designada con arreglo a los arts. 5 u 8 RR-III no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (art. 10 *in fine* RR-III). En tal caso, se aplicará también la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (Ley del foro). En estos tres supuestos, el contenido de la Ley sustantiva aplicable es relevante, es muy relevante, como han subrayado M.-P. WELLER / I. HAUBER / A. SCHULZ¹⁰⁰. Comprobado que la ley reguladora del divorcio incurre en uno de los supuestos recogidos en el art. 12 y el art. 10 RR-III, el mismo Reglamento „re-sintoniza“ la localización del divorcio / separación judicial y señala otra Ley estatal aplicable distinta a la que, en principio, debería regir el litigio a tenor de los arts. 5 y 8 RR-III.

42. El Reglamento Roma III tiene como objetivo fundamental proporcionar soluciones de Derecho internacional privado que permitan una solución segura, sencilla, estable y clara a los litigios internacionales de divorcio / separación judicial que se suscitan en la UE. Dicho objetivo no prejuzga el

¹⁰⁰ M.-P. WELLER / I. HAUBER / A. SCHULZ, „Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO“, *IPRax*, 2016-2, pp. 123-132.

resultado material de dichos litigios. Es decir, el Reglamento no busca garantizar, a toda costa, el divorcio / separación judicial de los cónyuges. En tal sentido, el Reglamento contiene diversas disposiciones que propician el divorcio / separación judicial de los cónyuges y otras que no siguen dicha orientación y que se compensan, en cierta medida, entre sí. Ahora bien, resulta evidente que la orientación general del Reglamento persigue facilitar, recuerda S. CORNELOUP, el divorcio en casos con elementos extranjeros¹⁰¹. De este modo, como ha mostrado P. HAMMJE, las disposiciones más relevantes que reflejan un *favor divortii* son las que siguen¹⁰².

En primer lugar, la primacía de la Ley elegida por las partes en la escala de conexiones empleada para designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (art. 5 RR-III). Es cierto que, como ha destacado P. HAMMJE, si los cónyuges pueden elegir la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, se fomenta la posibilidad de que éstos elijan una Ley estatal que les permita un divorcio / separación judicial más rápido y sencillo (= por ejemplo, un divorcio / separación judicial sin causa objetiva, por mutuo consentimiento de los cónyuges)¹⁰³.

En segundo lugar, las cláusulas de orientación sustancial en favor del divorcio contenidas en el art. 12 RR-III (= si en el Derecho del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto el *favor divortii* constituye un principio esencial, el orden público internacional operará para permitir el divorcio incluso en contra de lo dispuesto por la *Lex Causae*), en el art. 10 *in primis* RR-III (= cuando la Ley estatal aplicable designada con arreglo a los arts. 5 u 8 RR-III no contempla el divorcio, se aplica la Ley sustantiva del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto), en el art. 10 *in fine* RR-III (= cuando la Ley estatal designada con arreglo a los arts. 5 u 8 RR-III no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará también la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto) y en el art. 9.2 RR-III (= si la Ley estatal aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicarán las Leyes a las que remite el art. 8 RR-III, salvo que las partes hayan elegido otra Ley para regular su divorcio).

Es cierto que, por otro lado, también ciertas disposiciones del Reglamento Roma III impiden o restringen el *favor divortii*. En primer término, la primacía de la Ley elegida por las partes en la escala de conexiones empleada para designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (art. 5 RR-III) puede ser empleada por los cónyuges para elegir una Ley que no favorezca, de modo particular, el divorcio. En segundo lugar, aclara M. GUZMÁN ZAPATER, el Reglamento no obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del Reglamento (art. 13 RR-III)¹⁰⁴. En este sentido, los jueces malteses no debían dictar una sentencia de divorcio aunque la *Lex Causae* designada por el Reglamento así lo indique. La situación ha cambiado desde que Malta ha introducido el divorcio en su legislación interna (Ley de 25 julio 2011 que introduce el divorcio en Derecho maltés). En tercer lugar, las disposiciones *pro* divorcio antes citadas (arts. 10 *in primis*, 10 *in fine* y 12 RR-III) sólo imponen la aplicación de la Ley material del foro en casos extremos en los que el divorcio no es posible o resulta discriminatorio. Por tanto, si el divorcio, aunque sea complejo y lento, es factible con arreglo a la *Lex Causae* designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma III, dicha Ley se aplicará a pesar de que ello no favorece, en modo particular, el divorcio de los cónyuges. Y aún hay más: si la Ley sustantiva del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), aplicable en virtud de los arts. 10 y 12 RR-III no prevé el divorcio o lo hace muy lento, complejo y difícil, el Reglamento no recoge un remedio pro

¹⁰¹ S. CORNELOUP, «Les limites de la *favor divortii* européenne (CJUE, 1re ch., 16 juillet 2020, aff. C-249/19, JE c/ KF, Dalloz actualité, 9 sept. 2020, obs. F. Mélin; D. 2020. 1521; AJ fam. 2020. 595, obs. A. Boiché)», *Revue critique de droit international privé*, 2020, 4, pp. 853-863.

¹⁰² P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

¹⁰³ P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

¹⁰⁴ M. GUZMÁN ZAPATER, «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III» en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (Eds), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum* José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, 2012, pp. 521-542.

divorcio a dicha situación. En efecto, no se ha recogido en el texto del Reglamento Roma III un «orden público internacional *a contrario*» que pudiera permitir la aplicación de una Ley extranjera si la *Lex Fori* no contempla el divorcio o lo hace muy difícil *in casu* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / F. SEATZU). En cuarto término, el Reglamento Roma III no contiene un conjunto de normas de conflicto alternativas que conducen a la potencial aplicación de varias Leyes estatales con el objetivo de que se aplique la Ley más favorable al divorcio / separación judicial, sino un sistema de conexiones colocado en forma de escalera conflictual construida sobre el principio de proximidad.

43. El Reglamento Roma III ha rechazado categóricamente el modelo *Lex Fori in Foro Proprio*, característico de los países anglosajones y escandinavos en las materias de Derecho de Familia y en particular, con especial énfasis, en relación con el divorcio internacional. Según este modelo, los tribunales deben aplicar, en todo caso, su legislación material a todo supuesto de divorcio / separación judicial que se les presente y respecto del que resulten competentes, como explica, entre otros, L.-J. SILBERMAN¹⁰⁵. Este *Lex Fori Approach* arranca del principio de territorialidad, que en el Derecho inglés tiene una tradición histórica muy marcada. Los *foreign cases* (= o casos “alejados de la esfera británica”), no pueden ser decididos ni fallados por los tribunales ingleses. La razón es simple. De ese modo 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. Por otro lado, el *Jurisdictional Approach* o *Lex Fori Approach*, así como todas las teorías que tratan de justificar la existencia de normas de aplicación necesaria en materia de Derecho de Familia, arrancan de la idea de considerar que dicha legislación en materia de Derecho de Familia es una legislación con connotaciones muy cercanas al Derecho Penal. En materia de divorcio, el método *Lex Fori Approach* se ha mantenido del modo más inalterado y puro hasta hoy en Inglaterra, subraya P.M. NORTH¹⁰⁶. Varían, naturalmente, los criterios utilizados para llegar al destino final, que es siempre la aplicación de la *Lex Fori*. La evolución histórica en esta materia es compleja. Al inicio, los tribunales ingleses utilizaron el criterio “domicilio del marido” (= lo que era lógico, pues el domicilio era siempre el común de los cónyuges, ya que la esposa no tenía domicilio propio), como criterio fundamental de competencia judicial internacional. Y ello llevaba siempre a la Ley material inglesa. Tras varias reformas legales en el Derecho material inglés, inspiradas muchas de ellas en el principio de “no discriminación”, se permitió a la esposa adquirir su propio domicilio y también instar el divorcio. Ello ha hecho más complejas las soluciones. Pero no debe olvidarse, con M. WOLFF y M.D.A. FREEMAN, que la *Substantial Lex Fori* continúa siendo la única Ley aplicable al divorcio en Derecho internacional privado inglés¹⁰⁷. El *leading case* fue y sigue siendo

¹⁰⁵ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 311-312; 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; M. McQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; 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.

¹⁰⁶ P.M. NORTH, „Development of rules of private international law in the field of family law“, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1980-I, vol.166, pp. 9-118.

¹⁰⁷ Lo explica muy bien M. WOLFF, *Private International Law*, 1950, pp. 373-374, cuando afirma que: “*The English court, when entertaining divorce or separation proceedings, applies nothing but English law, because the question of the conditions under which the nuptial tie may be loosened or destroyed touches fundamental English conceptions of morality, religion, and public policy. There can, therefore, be no doubt that where in exceptional cases, the English court is not the court of the domicile, it is nevertheless English law that applies and not the law of the foreign domicile*”. Espléndido también M.D.A. FREEMAN, “Marriage and Divorce in England”, *Family Law Quarterly*, Fall 1995, Vol. 29, No. 3 (Fall 1995), pp. 549-566, esp. p. 557: (texto en: <https://www.jstor.org/stable/25740046>): “*English conflict of laws is very jurisdiction-based. The tendency has been to assume that if the English court has jurisdiction, it will apply English domestic law. This has always been the case in divorce, where divorces have been granted which would not be recognized by the personal laws of the parties and in adoption where courts have paid little attention, for example, to consents that might be required by the child's personal law. Also, in the law of torts, only English law has ever been applied to a foreign tort tried in England or Wales. English courts have tended to be insular, with characterization according to the lex fori all too common⁹⁰ and chauvinism rather than comity often to the fore. As an example of the latter, England did not develop a doctrine of *forum non conveniens* until the mid-1980s. The personal connection factor in English law is the *lex domicilii*. Until 1974, married women automatically acquired their husband's domicile*

Zanelli vs. Zanelli (1948)¹⁰⁸. Sin embargo, este modelo presentaba dos grandes inconvenientes: 1º) No conducía necesariamente a aplicar la Ley estatal que permitía resolver el litigio de divorcio / separación judicial a un coste más reducido. En efecto, puede existir una Ley sustantiva bien conocida por los cónyuges cuya aplicación al supuesto de divorcio / separación judicial permitía solventar el litigio a un coste más reducido que la *Lex Fori*; 2º) Generaba *Forum Shopping*, puesto que la Ley reguladora del divorcio / separación judicial sería diferente según cuál fuera el Estado cuyos tribunales eran competentes para fallar el litigio de divorcio / separación judicial. Ello fomentaba la carrera hacia los tribunales y favorecía al cónyuge mejor posicionado desde un punto de vista económico. Visto que el Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 perseguía, entre otros objetivos, acabar con el *Forum Shopping* en el sector de la disolución y relajación del vínculo matrimonial, esta opción metodológica fue rechazada. Por tanto, la prevalencia, en el Reglamento Roma III, del criterio autonomía de la voluntad de los cónyuges constituye un elemento de superación del *Forum Shopping* y del legeforismo, tal y como explica de modo muy convincente H. RÖSLER¹⁰⁹. Y ello pese a que el art. 8 RR-II conduce con mucha frecuencia, y en el nombre de la “integración de la persona en el país de su residencia habitual”, a aplicar la *Lex Fori*, como ha señalado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹¹⁰.

III. La Ley elegida por los cónyuges como Ley aplicable al divorcio

1. Aspectos generales

44. El primer criterio para determinar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial es la autonomía de la voluntad conflictual (*la règle de principe*). En efecto, indica el art. 5.1 RR-III que los cónyuges “podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”. El divorcio / separación judicial se regirá por la Ley estatal elegida por los cónyuges siempre que dicho acuerdo de elección de Ley respete los límites y requisitos recogidos en los arts. 5-7 RR-III. La elección de la Ley aplicable debe referirse al divorcio o separación legal, esto es, a la Ley que regula las causas de disolución del matrimonio *inter vivos*. Si existe un pacto, acuerdo o capitulación matrimonial que contiene una elección de Ley aplicable a tal acuerdo, la Ley elegida rige dichos pactos pero no el divorcio (STS 17 febrero 2021 [divorcio y cónyuges franceses])¹¹¹. Se trata, es claro, de cuestiones bien distintas.

A) Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad conflictual en el sector del divorcio internacional

45. Los fundamentos teóricos de la admisión de la elección, por los cónyuges, de Ley aplicable al divorcio / separación judicial son diversos como ya sostuvieron autores como C. LABRUSSE, A.E. VON OVERBECK, P. GANNAGÉ, J.-Y. CARLIER, E. JAYME, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que desde hace ya años defendían esta posibilidad¹¹².

as a domicile of dependency, while children can acquire their own domicile at sixteen. All acquire on birth, a domicile of origin and this revolves upon the abandonment of any domicile of choice”.

¹⁰⁸ *Zanelli v Zanelli* (1948) 64 TLR 556.

¹⁰⁹ “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RabelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

¹¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, núm. 1, pp. 52-85.

¹¹¹ STS 17 febrero 2021 [ECLI:ES:TS:2021:532].

¹¹² C. LABRUSSE, “La compétence et l’application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère”, *TCF-DIP*, 1975/1977, pp. 111-144; A.E. VON OVERBECK, «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», *Revue critique de droit international privé*, 1992, pp. 425-454; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et*

46. Tras el triunfo planetario de la economía de mercado (9 noviembre 1989: caída o, más bien, derribo del Muro de Berlín), la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos del mundo han potenciado el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado, precisa S.M. CARBONE¹¹³. Son los particulares los que de un “modo descentralizado”, esto es, sin que exista una decisión al respecto por parte del Estado, deciden con quién y cómo contraer matrimonio, qué nombre ostentar, qué relaciones económicas tener con su cónyuge, de qué modo y manera desean divorciarse, etc., como han indicado M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹¹⁴. Se trata de un “orden constitucional policéntrico”, en célebre expresión de R. BARNETT en el que los particulares bien informados prefieren las regulaciones que resultan mejores para sus intereses y descartan las regulaciones más deficientes y oportunistas¹¹⁵.

La idea es antigua pero resulta muy certera. Ya fue defendida con vehemencia por J. STUART MILL: “*las personas son los mejores jueces de sus propios intereses*”. Ello significa que, para unas concretas personas, las reglas que éstas elaboren (= “Derecho voluntario”) serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado (= “Derecho dirigista” / “Derecho imperativo”). Cada persona sabe lo que le conviene mejor de lo que puede saberlo el Estado. Los poderes públicos, los parlamentos que crean las normas jurídicas carecen de la información necesaria para elaborar normas adecuadas para todas las personas, pues cada persona es diferente. El Estado debe dejar campo libre para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con las reglas que ellos mismos crean.

Ello conducirá, necesariamente, como sugiere J.-S. BERGÉ, al resultado más eficiente¹¹⁶. Por eso también elaborar un cuerpo legal único de Derecho Privado para el comercio internacional no constituye una solución eficiente, apunta L. DE ALMEIDA¹¹⁷. En definitiva, un orden jurídico y constitucional policéntrico se traduce en una expansión de la autonomía de la voluntad en todos los sectores del Derecho Privado. El divorcio, naturalmente, está incluido.

47. En Derecho internacional privado, la autonomía de la voluntad conflictual significa que las partes deben poder elegir con libertad la Ley estatal aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales siempre que con ello no se perjudique a terceros, al interés público, general o estatal ni a particulares situados en posiciones negociadoras débiles a la hora de elegir la Ley aplicable a la situación jurídica.

48. La libre elección de Ley aplicable al divorcio se inserta en un cuadro de liberalización progresiva del divorcio en todas las legislaciones del mundo. El fundamento normativo y filosófico de esta conexión se encuentra en la libertad de decisión de los cónyuges en el interior de su núcleo familiar. Los cónyuges disponen del derecho a organizar su convivencia como tengan por conveniente incluso para poner fin a ella. El individuo pasa al primer plano: es la “*préeminence de l’individuel sur le collectif*”, en palabras de B. BOURDELOIS¹¹⁸. El art. 8 CEDH 1950 (= «*[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)*») proporciona una base muy sólida a este punto de conexión. En idéntico sentido se manifiesta el art. 7 Carta de la Carta de los derechos fundamentales de la UE. La libre elección de la Ley aplicable potencia, igualmente, 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.

statut personnel, Bruselas, 1992; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000.

¹¹³ S.M. CARBONE, “Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un’unica funzione”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2013, Vol. 49, núm. 3, pp. 569-592.

¹¹⁴ M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20.

¹¹⁵ R.E. BARNETT / N.B. OMAN, *Contracts: Cases and Doctrine*, 6ª ed., William & Mary, 2016; R.E. BARNETT, “Some Problems With Contract as Promise”, *Cornell Law Review*, vol. 77, 1992, pp. 1022-1033.

¹¹⁶ J.-S. BERGÉ, “De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé: figures pratiques de l’application du droit à différents niveaux”, *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 3-25.

¹¹⁷ L. DE ALMEIDA, “Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law”, *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1 | p. 95-128 | Jul/Dez 2018, pp. 96-128.

¹¹⁸ B. BOURDELOIS, «Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]», *Journal de droit international Clunet*, 2007, pp. 934-943.

En desarrollo de dicha idea, puede afirmarse que, en general, 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 conectada. En todo caso, el orden público internacional (art. 12 RR-III) evitará, en el caso de que fuera necesario, que se vea dañada la estructura jurídica fundamental de la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto, si se trata de la sociedad principalmente afectada por un concreto supuesto de divorcio, como ha recordado T. WOLFF¹¹⁹.

49. No obstante lo anterior y admitido el auge de la autonomía de la voluntad conflictual en relación con las materias de Derecho de Familia, corresponde al Derecho internacional privado elaborado por el Estado, al Derecho objetivo, desarrollar varias funciones clave.

En primer lugar, el Derecho imperativo debe fijar las reglas imperativas que permitan a las partes alcanzar acuerdos entre ellas y que garanticen que tales acuerdos se cumplan (*enforcement*). La autonomía de la voluntad despliega también una función de des-selección de normas y ello, señala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, no debe perjudicar la regulación de sectores sensibles e importantes desde el punto de vista social, como la familia¹²⁰. Debe también establecer regulaciones imperativas para proteger a las personas que no pueden defender sus intereses por sí mismos en condiciones de igualdad con otros sujetos: menores, consumidores, trabajadores y otros colectivos con débil *bargaining power*, así como terceros directamente afectados por decisiones de otras personas¹²¹. Con ello se persigue, en la medida de lo posible, que tales sujetos puedan negociar y elegir libremente en un plano de igualdad. El art. 5 RR-II desarrolla esta función de fijación de las reglas del juego para elegir la ley reguladora del divorcio en casos internacionales, como ha puesto de manifiesto A. MILLS¹²².

En segundo lugar, el Derecho imperativo debe crear normas objetivos aplicables en defecto de pacto entre las partes. El art. 8 RR-II desarrolla esta función de fijación de la Ley aplicable en defecto de elección, por los cónyuges, de la ley reguladora del divorcio en casos internacionales.

En tercer lugar, el Derecho imperativo debe desarrollar la función de prever potenciales efectos nocivos de la aplicación en un país del Derecho de otro país elegido por los cónyuges para regir su divorcio. Esa función la cumple el art. 12 RR-III. Este precepto impide que la ley elegida por los cónyuges pueda, en su aplicación, vulnerar disposiciones imperativas de la Ley del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto y que transportan, traducen e implementan valores primordiales y fundamentales del Derecho de dicho país. Valores que reflejan imperativos morales de toda la sociedad, indican B.G. ROBBINS / E. KISER¹²³. En efecto, la Ley elegida por los cónyuges permite a éstos descartar las disposiciones imperativas de ciertas Leyes estatales que pueden presentar una conexión significativa con el divorcio en cuestión, advierte J. CLAVEL-THORAVAL¹²⁴. Sin embargo, el límite del orden público internacional impide que la aplicación en España de una Ley extranjera que regula un concreto divorcio internacional pueda comportar una vulneración de los derechos individuales de toda persona. Se trata de respetar un «orden público de protección», que queda asegurado a través de la cláusula general de orden público internacional (art. 12 RR-III). Este orden público no apunta a «dirigir» u «obligar» a los cónyuges a seguir un determinado modelo de familia, matrimonio y divorcio mediante normas internacionalmente imperativas. No se trata, en ningún caso, de salvaguardar un determinado modelo de

¹¹⁹ T. WOLFF, «Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Disputes», *UnivPaLRev*, 2005, pp. 2215-2250.

¹²⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia», *REDI*, 2020-1, pp. 101-116.

¹²¹ F. MAULTZSCH, «Choice of Law and ius cogens in Conflict of Laws for Contractual Obligations - Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht», *RabelsZ*, 2011, pp. 60-101.

¹²² A. MILLS, «Conceptualiser l'autonomie des parties en droit international privé (Conceptualising Party Autonomy in Private International Law)», *Revue critique de droit international privé*, 2019, n.2, pp. 405-417.

¹²³ B.G. ROBBINS / E. KISER, «Culture, Coercion, and Compliance», septiembre 2018, en <https://ssrn.com/abstract=3264020> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264020>.

¹²⁴ J. CLAVEL-THORAVAL, «L'incidence de la liberté contractuelle sur l'application des dispositions d'ordre public», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 141, 2018, pp. 52-58.

familia propio del Estado de foro, como muy bien ha expuesto P. FRANZINA¹²⁵. Ese «orden público de protección» queda preservado a través de la cláusula general de orden público internacional (art. 12 RR-III), de modo que no es necesario «dirigir» u «obligar» a los cónyuges a seguir un determinado modelo de familia y matrimonio mediante normas internacionalmente imperativas.

B) Ventajas operativas de la autonomía de la voluntad en el sector del divorcio internacional

50. La elección de Ley es un contrato en sí mismo, regulado por el art. 5 RR-III en sus elementos esenciales¹²⁶. El punto de conexión “autonomía de la voluntad” presenta ventajas innegables, bien sistematizadas por S. ARNOLD, que justifican su posición como primer criterio de determinación de la Ley reguladora de los divorcios con elementos extranjeros en el Reglamento Roma III¹²⁷. Tales ventajas pueden resumirse en las que siguen.

a) Seguridad jurídica

51. En primer lugar, la elección de ley proporciona seguridad jurídica internacional a los cónyuges. El Derecho regulador del divorcio queda fijado antes de que éste se produzca, de modo que con anterioridad a un posible divorcio, los cónyuges pueden saber con total previsibilidad la Ley estatal que regirá su divorcio. Los cónyuges pueden viajar por el mundo entero, cambiar de país de trabajo, de país de residencia habitual o cambiar de nacionalidad. Ninguno de esos cambios alterará la Ley aplicable al divorcio. En tal sentido, la elección de la Ley aplicable potencia una mayor “movilidad de los ciudadanos” (Cons. (15) RR-III). En efecto, aunque los cónyuges cambien de Estado de residencia habitual, ello no afectará a la Ley aplicable al divorcio, que será siempre la Ley elegida por los cónyuges en virtud de su acuerdo. Puede afirmarse, en modo metafórico, que la Ley elegida por los cónyuges para regular su divorcio es la Ley de origen de dicho divorcio y que no cambia aunque las circunstancias de los cónyuges sí se vean alteradas. La Ley elegida por los cónyuges es, siempre, la Ley que rige el divorcio, pues ha quedado fijada ex ante por los cónyuges, como ha explicado R. MICHAELS¹²⁸. En un mundo cambiante caracterizado por una altísima movilidad y circulación internacional de las personas, este punto de conexión resulta adecuado. En la era de la Globalización, indica R. TRIPS-HEBERT, la elección por los cónyuges de la Ley reguladora de su divorcio constituye un elemento de estabilidad, de certeza y de seguridad jurídica¹²⁹. La defensa de los intereses propios de los cónyuges (= un divorcio revestido de seguridad jurídica muy elevada, una potenciada movilidad internacional de los cónyuges, un divorcio internacional a coste reducido), pone de relieve, como ha subrayado P. HAMMJE, que el legislador de la UE ha perseguido satisfacer estos intereses privados de los cónyuges (*intérêts privés des époux*) y no los

¹²⁵ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

¹²⁶ M. AHMED, “The nature and enforcement of choice of law agreements”, *Journal of Private international Law*, 2018, pp. 500-531; J. FOYER, «Le contrat d'«electio juris» à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Mélanges Y. Lous-souarn*, Paris, 1994, pp. 169-179; P. FRANZINA, “Le soluzioni dei Principi dell'Aja in tema di esistenza e validità della *electio iuris*: quali spunti per una ipotetica revisione del Regolamento Roma I?”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 927-947; P. FRANZINA, «La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il regolamento Roma I», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2016, pp. 221-239.

¹²⁷ S. ARNOLD, “Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht”, en S. ARNOLD (HRSG.), *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 23-53; S. PATTI, «Autonomia negoziale nei codici civili europei e nei contratti transnazionali», en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 271-280.

¹²⁸ R. MICHAELS, “EU law as private international law? Reconceptualising the country-of-origin principle as vested-rights theory”, *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 195-242.

¹²⁹ R. TRIPS-HEBERT, *Internationales Privatrecht und Globalisierung: der Einfluss der Globalisierung auf die Aknüpfung des Personalstatus im Internationalen Privatrecht*, WVB Verl, Berlin, 2003, pp. 13-19.

intereses generales de los Estados miembros (*considérations d'intérêt général*)¹³⁰. Con ello, ciertamente, se impulsa un enfoque claramente voluntarista del divorcio / separación legal, una concreta «política europea del divorcio» favorable a esta institución, apunta P. KINSCH¹³¹. En todo caso, debe subrayarse, también, como indica J. MEEUSEN, que el Reglamento Roma III se inserta en lógica de la globalización, de modo que dicho Reglamento procura que el pacto de elección de Ley no pueda ser invalidado ante ningún tribunal y pueda ser efectivo en cualquier parte del mundo¹³². Esa garantía mundial de validez no puede ser asegurada al cien por cien por el Reglamento Roma II, que no es una pieza del Derecho mundial, en expresión de F. GALGANO¹³³. Ahora bien, el Reglamento citado sí puede procurar que el pacto de elección de Ley cumpla con unos altos standers de calidad jurídica, como son el consentimiento libre e informado de las partes, su constancia por escrito y la certeza de su fecha. con tales elementos, el pacto de elección de Ley dispone de amplias opciones para ser considerado válido ante tribunales de Estados no participantes en el Reglamento Roma III pero que admitan la posibilidad de que los cónyuges elijan la Ley aplicable a su divorcio.

52. Del mismo modo, la elección de ley aplicable al divorcio evita ulteriores controversias entre los cónyuges en torno a cuál es la Ley que debe regir el divorcio (*Lex Divortii*). Autores como O. KAHN-FREUND, W. WENGLER y M. VIRGÓS SORIANO han puesto de relieve este dato con solvencia en relación con los contratos internacionales¹³⁴. En tal sentido, cuando existe un pacto entre los cónyuges, incluido o no en un acuerdo prematrimonial sobre la Ley aplicable al divorcio, los cónyuges no litigarán sobre cuál es la Ley reguladora del divorcio, como ha expuesto M.J. VALVERDE MARTÍNEZ¹³⁵. Por ello, puede afirmarse que la cláusula de elección de la Ley aplicable al divorcio reduce costes de *enforcement* del mismo. Dicha cláusula evita litigar sobre la determinación de la Ley del divorcio. Por esta razón, se afirma que la elección, por las partes, de la Ley del divorcio, despliega una la “función profiláctica”, pues evita conflictos jurídicos, com ha destacado una brillante literatura académica sobre los acuerdos prematrimoniales¹³⁶.

¹³⁰ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

¹³¹ P. KINSCH, “Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2019, tome 402, pp. 9-384.

¹³² JOHAN MEEUSEN, “The ‘logic of globalization’ versus the ‘logic of the internal market’: a new challenge for the European Union”, *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, 2020, 4, pp. 19-29.

¹³³ F. GALGANO, “Globalizzazione dei mercati e universalità del diritto”, *Politica del diritto*, 2009-2, pp. 177-192. *Amplius*, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Collana Saggi, 2005.

¹³⁴ O. KAHN-FREUND, «La notion anglaise de la *proper law of the contract* devant les juges et devant les arbitres. Ses développements récents et des affinités avec l'avant-projet européen d'unification des règles de conflit en la matière», *Revue critique de droit international privé*, 1973, pp. 607-617; W. WENGLER, “L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable”, *RCDIP*, 1990, pp. 663 ss.; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208; *Id.*, “Art. 10.5 Cc.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart)*, 2ª ed., tomo I, vol.3º, Ed.Revista de Derecho privado, Madrid, 1995, pp. 609-694.

¹³⁵ M.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Acuerdos Prematrimoniales: entre el Código Civil y el Tribunal Supremo”, *Revista abogados de familia*, marzo 2022, núm. 113, pp. 13-27.

¹³⁶ En tal sentido, A. FUSARO, «Marital contracts, Eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica», *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2012, n° 7-8, pp. 475-483; I. ANTÓN JUÁREZ, “Acuerdos prematrimoniales internacionales y protección de los menores”, en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 117-141; I. ANTÓN JUÁREZ, «Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho Comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, pp. 5-45; I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019; I. ANTÓN JUÁREZ, «Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 82-111; CH. CHALAS, «Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?», *Journal de droit international Clunet*, 2016, pp. 781-826; Mª.D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado*, 2013; S. GUILLIOD, *Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten: ehevertragsliche Gestaltungsmöglichkeiten in schweizerischen, deutschen und schweizerisch-deutschen Sachverhalten im Bereich des Güterrechts, der beruflichen Vorsorge und des Unterhalts aus Sicht des schweizerischen und des deutschen Rechts*, Basel, Helbing Lichtenhahn

b) Facilitación de la labor judicial

53. En segundo lugar, la libre elección de ley aplicable al divorcio por los cónyuges facilita la labor de los tribunales en el plano del Derecho internacional privado. La autonomía de la voluntad conflictual constituye una conexión judicialmente sencilla (= su aplicación por los jueces no reviste complejidad). 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 (= que se ajusta a los requisitos contenidos en los arts. 5-7 RR-III), y aplica dicha Ley elegida, sin más. El tribunal no debe, por tanto, realizar el “trabajo conflictual” (“*travail de localisation*”) o “test de proximidad” destinado a determinar el país que se encuentra, objetivamente, más estrechamente vinculado con el caso concreto de divorcio o separación judicial. Con ello, los beneficiados son, mayormente, los cónyuges, pues su proceso de divorcio / separación legal no se verá ralentizado por los típicos problemas del juez en la determinación de la Ley aplicable al mismo (= búsqueda judicial de la Ley estatal más conectada o más apropiada para regir el divorcio / separación legal). En suma, el juez estatal o autoridad que deben zanjar la controversia ya conocen qué concreta Ley debe regir el divorcio: es la Ley elegida por los cónyuges. De este modo, el juez o el árbitro no tiene que fijar la Ley del contrato. No debe emplear recursos de la Administración de Justicia ni tiempo en ello. Por tanto, la elección de Ley por las partes ayuda a una buena administración de la Justicia. Oportuno es recordar, con J. MEEUSEN, que la buena administración de la Justicia es una faceta innegable de la eficiencia con soporte constitucional¹³⁷.

c) Elección de la Ley más conveniente para regular el divorcio

54. En tercer lugar, la elección de ley permite sujetar el divorcio a la Ley cuya aplicación comporta los costes conflictuales más reducidos para resolver el divorcio. El punto de conexión “autonomía de la voluntad de los cónyuges” faculta que el divorcio / separación judicial quede regulado por la Ley estatal que comporta los “costes conflictuales” más reducidos para los cónyuges, como han hecho notar E.A. O’HARA / L.E. RIBSTEIN¹³⁸. Se trata de facilitar que el litigio de divorcio / separación judicial se resuelva al coste más reducido para los cónyuges. Esta idea se recoge, de modo parcial, en distintos Considerandos del Reglamento Roma III. Así el Cons. (9) indica que “[e]l presente Reglamento debe crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad...”. El Cons. (14) precisa que los cónyuges deben poder “designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos...”. El Cons. (15) RR-III subraya que el Reglamento refuerza la autonomía de las partes en materia de divorcio y de separación judicial, y les deja “cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o separación”. En definitiva, se trata de que los cónyuges puedan elegir la Ley estatal que prefieran (= la Ley que les comporte más ventajas por conllevar menos costes conflictuales). Ello les permitirá, por ejemplo, elegir 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*”, en palabras de V. GAERTNER¹³⁹. Así, por ejemplo, dos cónyuges franceses que residen por razones de trabajo en Kuwait prefieren que su divorcio se rija por el Derecho francés,

Verlag, Baden-Baden, Nomos, 2016.

¹³⁷ J. MEEUSEN, “Comparing Interstate and European Conflict of Laws from a Constitutional Perspective: Can the United States Inspire the European Union?”, *American journal of comparative law*, 2019-3, pp. 637-676.

¹³⁸ E.A. O’HARA / L.E. RIBSTEIN, “Conflict Of Laws And Choice Of Law”, en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics* (University of Ghent and University of Utrecht, 2000 (versión on line), pp. 631-660, esp. p. 635.

¹³⁹ 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. También, mucho antes ya, H.P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat- und - verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, Munich, 1988.

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 desde un punto de vista material.

55. Las explicaciones “extra-económicas” del auge actual de la autonomía de la voluntad conflictual en sectores del Derecho de familia, como el divorcio, como las que se intentan construir sobre circunstancias heterogéneas tales como la protección de los derechos individuales, el libre desarrollo de la personalidad, la simple “moda” que impera el mundo jurídico, la autonomía del individuo o el liberalismo político, entre otras, no se ajustan a la realidad. Estas explicaciones extraeconómicas, apunta F. VISCHER, no permiten explicar el auge de la autonomía de la voluntad de un modo satisfactorio¹⁴⁰. En efecto, tales circunstancias extraeconómicas sólo ofrecen una visión parcial del fenómeno, con frecuencia basada en la pura dogmática jurídica, en vacíos juegos de conceptos y en pseudo explicaciones con un débil fundamento políticamente correcto. Toda explicación „no económica“ de la imparable ascensión de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado actual conduce a conclusiones equivocadas. La autonomía de la voluntad garantiza, siempre, y en todas las materias, que la situación privada internacional quedará regulada por la Ley cuya aplicación al supuesto generará los costes conflictuales menores para los sujetos implicados. 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 efectiva y socialmente integrados según el tipo de inmigración del que se trate (SAP Castellón 27 abril 2015 [divorcio entre cónyuges rumanos])¹⁴¹. Una “inmigración breve” les aconsejará elegir su Ley nacional común o la Ley del país de origen de los mismos (= pues con ello se dictará una sentencia con mayores posibilidades de ser reconocida fácilmente en su país de origen) (SAP Barcelona 9 febrero 2012 [divorcio entre cónyuges marroquíes])¹⁴². Como muy bien apuntan F. RIGAUX / M. FALLON, 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, si conocen o pueden conocer dicha Ley a un coste menor que el que les acarrearía conocer y aplicar la Ley de su país de origen¹⁴³.

56. Por tanto, el Reglamento Roma III permite a los cónyuges someter su divorcio al “Derecho material más adecuado” a sus intereses, como han explicado P. MAYER / V. HEUZÉ¹⁴⁴. En este sentido, este punto de conexión permite para satisfacer los intereses privados de las personas que operan en un contexto transfronterizo. Las partes eligen la Ley que desean que regule su divorcio, por razones sustantivas, procesales o cualesquiera otras, más les conviene a la hora de regular la disolución de su matrimonio jurídicas. De esta manera, la autonomía de la voluntad conflictual conduce a la solución más eficiente para los particulares, la que les proporciona la mejor regulación jurídica. Desde este punto de vista, la autonomía de la voluntad conflictual sintoniza con idea de eficiencia en el Derecho: la Ley elegida por los cónyuges es la que mejor resuelve los conflictos entre los mismos porque es la que les permite solventar tales disputas al menor coste posible, como ha manifestado S. DNEŠ¹⁴⁵. Es la Ley que les permite, en una mayor medida, ahorrar costes de transacción en la disolución del matrimonio, como subraya el muy recordado y admirable P. MANKOSKI¹⁴⁶. Y, de este modo se protege también la alteridad,

¹⁴⁰ F. VISCHER, „Zum Problem der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bei internationalen Verträgen“, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1956, pp. 117-122; F.B. VISCHER, “The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1974, vol.142 pp. 1-70.

¹⁴¹ SAP Castellón 27 abril 2015 [CENDOJ 12040370022015100141].

¹⁴² SAP Barcelona 9 febrero 2012 [CENDOJ 08019370122012100146].

¹⁴³ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005.

¹⁴⁴ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 511-550.

¹⁴⁵ S. DNEŠ, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

¹⁴⁶ P. MANKOSKI, „Art. 3 RR-I“, en P. MANKOSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 87-263.

el derecho a ser diferente y a disponer de unas reglas jurídicas propias, precisa H. MUIR WATT¹⁴⁷. Porque cada pareja de cónyuges elegirá la Ley que dicha pareja convenga más para regir su divorcio.

57. En este sentido, la libre elección de la ley aplicable al divorcio en los casos internacionales permite a los cónyuges llevar una vida más flexible y líquida. Se trata de un punto de conexión, en efecto, dotado de gran flexibilidad: los cónyuges eligen con libertad y dentro de ciertos límites poco estrictos, la Ley estatal que prefieren ver aplicada a su divorcio. Esta flexibilidad de elección y de cambio de la Ley aplicable encaja con el carácter líquido de la sociedad actual, en la que todo cambia a velocidad vertiginosa, como hace notar Z. BAUMAN¹⁴⁸. Por tanto, la autonomía de la voluntad conflictual permite a los contratantes articular el fin de su relación matrimonial de un modo flexible y líquido, pues eligen el modelo legal que prefieren para su divorcio y además pueden cambiarlo si lo desean mediante la elección de otra Ley estatal.

58. No obstante lo anterior, como ha demostrado F. PIETRANGELI en el campo de los contratos internacionales, la mayor parte de los cónyuges prefiere la aplicación al divorcio de aquellas Leyes estatales que conocen y con arreglo a las cuales están habituados a comportarse jurídicamente¹⁴⁹. La aplicación de dichas Leyes les provoca, lógicamente, costes de información escasos, en todo caso inferiores a los que les provocan otras Leyes estatales que no conocen en absoluto o que sólo conocen parcialmente o con menor intensidad¹⁵⁰. En el fondo, como expone F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ también en el sector de los contratos, puede afirmarse que la mayor parte de los casos, un cónyuge español y/o con residencia habitual en España prefiere la aplicación a su divorcio contrato del Derecho español, mientras que un cónyuge francés y/o con residencia habitual en Francia prefiere que el divorcio quede sujeto al Derecho francés¹⁵¹. Pero no porque el cónyuge español piense que el Derecho francés, el japonés o el alemán son “peores” que el Derecho español, sino porque ya conoce el Derecho español y no tiene que investigarlo ni que adaptar su comportamiento *ex novo* a tal ordenamiento jurídico y porque desconoce los demás Derechos extranjeros. Lo más frecuente es que, aunque el Derecho alemán sea más ventajoso para el cónyuge español que el Derecho español, dicho cónyuge prefiera que su divorcio quede sujeto al Derecho español¹⁵². Ello es así porque la investigación del Derecho alemán y la adaptación a dicha Ley le comporta unos costes conflictuales tan elevados que no le compensa¹⁵³. Una perspectiva de *Behavioral Law and Economics* explica este fenómeno: según indica P. MANKOWSKI, la psicología de los contratantes constituye un elemento muy importante que permite comprender por qué se ha elegido una Ley u otra como marco legal de un contrato internacional¹⁵⁴. Por eso, aunque parezca paradójico, y como ha indicado J. CARRASCOSA GONZALEZ, el cónyuge español con residencia habitual en España preferirá elegir el Derecho español a su divorcio antes que el Derecho lituano, aunque éste fuera, objetivamente, más favorable a sus intereses¹⁵⁵.

¹⁴⁷ H. MUIR WATT, “Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-altérité)”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 2018, t. 389, pp. 1-410.

¹⁴⁸ Z. BAUMAN, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*, Polity, 2007, pp. 33-36.

¹⁴⁹ F. PIETRANGELI, «Clausola di individuazione della legge applicabile», en M. CONFORTINI, *Clausole negoziali (Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche)* UTET, 2017, pp. 1054-1129.

¹⁵⁰ A. HELLGARDT, «Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie», *RabelsZ.*, 2018-3, pp. 654-696.

¹⁵¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ. País Vasco, pp. 88-154.

¹⁵² R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl und des mangels Rechtswahl anwendbarer Recht (Rom I-Verordnung)? Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 377-386.

¹⁵³ L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, n.74, 2004, pp. 11-46; L.F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis (La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)”, en AA.VV. (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 11-41.

¹⁵⁴ P. MANKOWSKI, „Art. 3 RR-I“, en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 87-263.

¹⁵⁵ J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, esp pp. 122-129; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Règle de conflit et théorie économique”, *RCDIP*, 2012, pp. 521-538.

59. Por todas estas razones que orbitan en torno a la idea de competencia entre ordenamientos jurídicos y elección del Derecho más eficiente, el punto de conexión “autonomía de la voluntad conflictual” es un punto de conexión “no ciego” a los resultados materiales. En efecto, los cónyuges tienen en cuenta el “contenido sustancial” del Derecho aplicable elegido y lo eligen porque su contenido sustancial les conviene, ya que les genera “costes conflictuales” reducidos. Ello produce una “libre competencia entre las leyes estatales” que favorece los intereses de las partes al ampliar su posibilidad de escoger el producto jurídico mejor para sus intereses¹⁵⁶.

d) Superación del debate nacionalidad vs. domicilio

60. En cuarto término, la elección de ley 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 de divorcio, destaca H. GAUDEMET-TALLON, no es sencillo determinar qué Estado presenta una vinculación objetiva más estrecha con la situación¹⁵⁷. Algunos Estados han seguido tradicionalmente el criterio de la Ley nacional (Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Grecia, Alemania, Finlandia, Suecia, Japón, Rusia, Taiwán, etc.), defendido con energía por numerosos expertos, pero criticado con no menos fuerza por otros especialistas, que lo tildan de ligamen meramente formal. Otros Estados han seguido el criterio del «domicilio» (países anglosajones, Suiza, Québec, Dinamarca, Islandia, Noruega, Brasil, Venezuela, etc.). Un tercer grupo de Estados adoptan, parcialmente, el criterio de la «residencia habitual». Finalmente, un último conjunto de Estados determinan la Ley aplicable al divorcio 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, la historia del Derecho internacional privado y un análisis de Derecho internacional privado comparado muestran que 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, Ley cuya aplicación comporta los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges). Pues bien, el criterio de la elección de Ley permite superar con éxito dicho *impasse*, porque se permite que sean los mismos cónyuges los que tomen la decisión y determinen de manera estable la Ley reguladora del divorcio. Así lo destacó 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): “.....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”. En definitiva, los cónyuges son los mejores jueces de sus propios intereses. Son los sujetos que se hallan mejor posicionados para concretar la Ley cuya aplicación les generará costes menores en la solución de su crisis matrimonial, pues conocen todos los factores y elementos de su situación personal y pueden tener presentes tales elementos para realizar una elección eficiente de la Ley estatal reguladora de su divorcio / separación judicial. Los cónyuges pueden tener en cuenta factores

¹⁵⁶ M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20.

¹⁵⁷ H. GAUDEMET-TALLON, «La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international», en B. HESS/E. JAYME/H.-P. MANSSEL (HRS.G.), *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking, 2018, pp. 91-102.

subjetivos (= preferencias personales, experiencias vitales anteriores), que escaparían a un tribunal a la hora de buscar y encontrar la Ley del Estado más estrechamente vinculado con el litigio (= Ley del Estado cuya aplicación genera los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges).

e) Potenciación de la ejecución transfronteriza de la sentencia de divorcio.

61. En quinto lugar, la elección de ley permite asegurar una ejecución efectiva de la sentencia de divorcio en el país de origen de los cónyuges. En el caso de que el Estado de origen de los inmigrantes 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 origen de los mismos, como clarifican F. RIGAUX / M. FALLON¹⁵⁸. De ese modo, por ejemplo, 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 (SAP Barcelona 9 febrero 2012 [divorcio entre cónyuges marroquíes])¹⁵⁹. El art. 5 RR-III evita, en este sentido, las sentencias claudicantes. Debe recordarse que ciertos Derechos estatales exigen que las sentencias extranjeras de divorcio hayan hecho aplicación de las causas de divorcio recogidas en sus Derechos. Así, el art. 92 del Código Civil de Ecuador precisa que “[e]l matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República”. Igualmente, el art. 128 de la *Moudawwana* marroquí de 3 febrero 2004 indica que el divorcio pronunciado en el extranjero debe respetar las consideraciones previstas en dicha *Moudawwana* en lo relativo al divorcio y repudio. El caso de Colombia, que exige que la causa de divorcio aplicada por el tribunal español esté contemplada en el Derecho colombiano, debe ser también destacado, como apunta G. MORENO CORDERO¹⁶⁰. Los cónyuges extranjeros con residencia habitual en España e interesados en que su sentencia española de divorcio surta efectos jurídicos en sus países de origen, pueden evitar la aplicación de la Ley española (= Ley de la residencia habitual común de los cónyuges, art. 8.a RR-III) y elegir como Ley reguladora de su divorcio, la Ley del país cuya nacionalidad ostentan. Ello garantiza que la sentencia española de divorcio, que aplicó su Ley nacional común, producirá efectos legales en su país de origen. En tal sentido, el art. 5 RR-III supera el lefeorismo militante que padecía el art. 107.2 CC y la ceguera conflictual de este precepto, que constituía una auténtica fábrica de sentencias claudicantes de divorcio en supuestos internacionales.

f) Impulso del libre desarrollo de la personalidad

62. En sexto lugar, la elección de ley, destaca A. YOKARIS, puede operar como un punto de conexión con fundamento constitucional que propicia la multiculturalidad y el libre desarrollo de la personalidad¹⁶¹. 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 social y jurídico del país de acogida (= no los somete, necesariamente a las Leyes del Estado receptor en materia de divorcio). Pero tampoco les obliga a seguir vinculados imperativamente al medio social y jurídico de su país de origen (= no les condena a la inflexible e imperativa aplicación de las Leyes sobre divorcio de su país de origen). El resultado de la norma de conflicto recogida en el art. 5 RR-III es, en expresión debida a J.-Y. CARLIER, una sociedad social y jurídicamente multicultural de individuos libres, y por lo tanto,

¹⁵⁸ F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005.

¹⁵⁹ SAP Barcelona 9 febrero 2012 [CENDOJ 08019370122012100146].

¹⁶⁰ G. MORENO CORDERO, «La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del reglamento «Roma III»», *REEL*, 2015.

¹⁶¹ A. YOKARIS, «Le droit international face au défi de la diversité culturelle», *Revue hellénique de droit international*, 2009-I, pp. 695-704.

una sociedad más rica desde un punto de vista cultural y social¹⁶². En tal sentido, como ha indicado J. SCHACHERREITER, el art. 5 RR-III comporta una saludable ruptura y superación del etnocentrismo que, con demasiada frecuencia, ha desarrollado el Derecho internacional privado occidental¹⁶³.

g) Incentivo a los divorcios de mutuo acuerdo

63. En séptimo, lugar puede afirmarse también que la elección de ley facilita los divorcios de mutuo acuerdo. Y todo litigio sin enfrentamiento es positivo, pues resulta eficiente no gastar recursos en lograr la paz procesal. Este punto de conexión resulta muy útil en los casos de “divorcios de mutuo acuerdo”. En estos casos, los cónyuges han alcanzado ya un entendimiento material determinado (= están de acuerdo sobre los términos fundamentales de la ruptura legal de su matrimonio). Si se les permite elegir la Ley estatal que haga posible la validez de dicho acuerdo material, el divorcio / separación judicial se llevará a cabo de manera más rápida y sencilla.

C) Novedad del punto de conexión

64. La admisión de la autonomía de la voluntad conflictual en materia de divorcio / separación judicial constituye una relevante novedad en el Reglamento Roma III, pues hasta ese momento este punto de conexión sólo era empleado por algunos Estados miembros para designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (Alemania, Holanda, etc.). El empuje de este punto de conexión en una materia como el divorcio / separación judicial, reafirma que los puntos de conexión deben fijarse con el objetivo de proteger y potenciar, primordialmente, los intereses de los sujetos particulares implicados y no la soberanía de los Estados conectados con el supuesto (Sent. Trib. Pordenone, Italia, 14 octubre 2014 [elección de la Ley de Pennsylvania como Ley del divorcio]; Sentencia Trib. Treviso, Italia, 18 diciembre 2012 [elección de la Ley mejicana por los cónyuges])¹⁶⁴.

D) Autonomía de la voluntad conflictual “limitada” y principio de la “elección informada de la Ley aplicable”

65. En los casos internacionales, el divorcio / separación judicial se regirá por la Ley estatal elegida por los cónyuges siempre que dicho acuerdo de elección de Ley respete los requisitos y posibilidades recogidos en los arts. 5-7 RR-III. Ello significa que la autonomía de la voluntad conflictual está sujeta a la Ley y que debe ejercitarse dentro de los límites que ésta marca. Dicha autonomía no es un criterio supra legal de designación de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. El hecho de que los cónyuges tengan que sujetar la elección de la Ley aplicable a una serie de requisitos materiales y formales contemplados por el Reglamento Roma III obedece a la idea de que el cumplimiento de dichos requisitos garantiza que los cónyuges conocen exactamente las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial (principio de la “elección informada” de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial) (Cons. (17) (18) y (19) RR-III). Como es natural, debe quedar claro que los cónyuges han querido elegir una ley estatal concreta para regular su divorcio y no para regular otras cuestiones. Así, la STS 20 diciembre 2016 [capitulaciones matrimoniales y cónyuges antes franceses y posteriormente españoles] indica que el pacto entre los cónyuges en favor de un régi-

¹⁶² 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.

¹⁶³ J. SCHACHERREITER, „Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung - Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung“, *RabelsZ*, 2013-2, pp. 272-299.

¹⁶⁴ Sent. Trib. Pordenone (Italia) 14 octubre 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 1011-1017; Sentencia Trib. Treviso, Italia, 18 diciembre 2012, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 1016-1017.

men de separación de bienes no es una elección de la ley del divorcio y por tanto no puede surtir efecto alguno en el contexto del Reglamento Roma III¹⁶⁵.

66. Los requisitos materiales y formales de la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial permiten garantizar que los cónyuges son conscientes, con un elevado grado de exactitud, de las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. A tal efecto, debe recordarse lo siguiente: 1º) El Cons. (18) RR-III subraya que “[l]a elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento”, pues resulta “importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable”; 2º) El Cons. (17) RR-III precisa que “[a]ntes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial. Con el fin de garantizar ese acceso a una información pertinente y de calidad, la Comisión actualiza periódicamente los datos del sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE”. De este modo, los cónyuges y/o sus asesores legales, e incluso los jueces, notarios y otras autoridades públicas competentes, pueden indicar a los cónyuges dónde encontrar el contenido material de la Ley elegida o susceptible de elección, así como las consecuencias legales y sociales de la elección de una concreta Ley estatal. En el marco de la Decisión 2001/470/CE, que crea la Red Judicial Europea, la Comisión ha asumido la labor de presentar una información actualizada sobre ciertos extremos del Derecho de cada Estado miembro; 3º) Podría ser que uno de los cónyuges o ambos eligieran una Ley estatal que perjudicara su posición legal y/o social. Para evitar una elección de Ley en tal sentido que traicionara las expectativas de los cónyuges, debe quedar de modo meridianamente claro cuál es la exacta voluntad de los cónyuges. Ésa es la razón de que se exija dicha elección cumpla con los estrictos requisitos de validez material y formal. Sólo de ese modo se garantiza una “elección informada de los cónyuges” (Cons. (17) RR-III); 4º) Resulta conveniente que, en su caso, la autoridad ante la que se redacta el pacto de elección de Ley informe a los cónyuges del dato de que dicha elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, aún cuando se ajuste a las exigencias legales contenidas en el Reglamento Roma III, sólo será legalmente eficaz si el proceso de divorcio / separación judicial se lleva a cabo ante un tribunal o autoridad de un Estado miembro participante en dicho Reglamento y no, necesariamente, en caso contrario (= pues los efectos legales que tal acuerdo puede surgir ante los tribunales de cualquier otro Estado dependen del Derecho de este Estado), como ha expuesto P. HAMMJE¹⁶⁶.

E) Eficacia espacialmente limitada de la elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial

67. La elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, aún cuando se ajuste a las exigencias legales contenidas en el Reglamento Roma III sólo surte efectos jurídicos si se invoca ante un tribunal o autoridad de un Estado miembro participante en dicho Reglamento. Como precisa P. HAMMJE, los efectos legales que tal acuerdo puede surgir ante los tribunales de cualquier otro Estado dependen del Derecho de este Estado. Los cónyuges deben ser conscientes de esta poderosa limitación de la eficacia legal de su elección de Ley¹⁶⁷.

¹⁶⁵ STS 20 diciembre 2016 [ECLI: ES:TS:2016:5524] [CENDOJ: 28079110012016100704].

¹⁶⁶ P. HAMMJE, «La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)», *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912; P. HAMMJE, «Le divorce par consentement mutuel et le droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2017-2, pp. 143-156.

¹⁶⁷ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

F) Irrelevancia de los motivos de elección de la Ley aplicable

68. Resulta totalmente indiferente para el Reglamento Roma III los motivos que hayan llevado a los cónyuges a elegir una u otra ley aplicable al divorcio o separación judicial. Así lo ha enfatizado la jurisprudencia italiana (sentencia Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014 [matrimonio entre ciudadanos tunecinos residentes en Italia y no inscrito en el Registro civil italiano]; sentencia Tribunal di Belluno de 26 octubre 2016 [divorcio en Italia de cónyuges albaneses])¹⁶⁸. Esta jurisprudencia ha sido prolífica en la aplicación del art. 5 RR-III, como bien ha destacado F. FALCONI¹⁶⁹.

G) Autonomía conflictual de los cónyuges

69. Los cónyuges pueden elegir cualquiera de las Leyes estatales que aparecen en el art. 5 RR-III con total libertad. El orden en el que aparecen recogidas en el art. 5 RR-III no significa que los cónyuges deban elegir una concreta Ley estatal u otra. Los cónyuges son plenamente libres de elegir la Ley estatal que tengan por conveniente entre las que se recogen en el precepto, pues tales Leyes no se presentan ordenadas de modo jerárquico en el art. 5 RR-III.

70. Como es natural, los cónyuges no están obligados en modo alguno a elegir una de estas Leyes estatales para regular su divorcio / separación legal. El art. 5.1 RR-III indica que los cónyuges “podrán” convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Si los cónyuges no eligen tal Ley aplicable, ésta se fijará con arreglo al art. 8 RR-III.

71. Los cónyuges disponen de la posibilidad de llevar a cabo una “elección conflictual de la Ley aplicable”. Por lo tanto, no pueden elegir como aplicables las normas jurídicas de un Estado que estén vigentes en un momento concreto. No pueden “congelar” el contenido de la Ley estatal elegida en un concreto momento.

72. El hecho de que los cónyuges puedan elegir la Ley del país cuya nacionalidad ostenta cualquiera de ellos sintoniza perfectamente con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y por razón de sexo, como ha enfatizado H. RÖSLER¹⁷⁰. La voluntad de cada cónyuge posee el mismo valor, de modo que los cónyuges pueden elegir la Ley nacional del marido o de la esposa. Por ello, según ha puesto de relieve P. FRANZINA, el hecho de que los cónyuges hayan elegido la Ley nacional del marido o la Ley nacional de la esposa, no supone ninguna discriminación por razón de sexo o de nacionalidad¹⁷¹.

H) La autonomía de la voluntad conflictual y el divorcio internacional en los Estados miembros antes del Reglamento Roma III

73. Antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma III, sólo algunos Estados miembros admitían la elección de la Ley aplicable al divorcio por los cónyuges. Era 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 contie-

¹⁶⁸ Sent. Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 832-833; sentencia Tribunal di Belluno de 26 octubre 2016 [divorcio en Italia de cónyuges albaneses], *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2017, p. 755.

¹⁶⁹ F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 568-580.

¹⁷⁰ H. RÖSLER, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RebelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

¹⁷¹ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

ne el Código de Derecho internacional privado). Ahora bien, cada uno de estos Estados miembros acogía la elección de la Ley reguladora del divorcio en términos distintos, con alcance diverso y para casos diferentes, precisa I. PERIN TOMICIC¹⁷². A pesar de lo que ciertos autores han afirmado, 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 (B. CAMPUZANO DÍAZ, M. GONZALO QUIROGA, R. ARENAS GARCÍA)¹⁷³. El resto de los Estados miembros no recogían esta posibilidad y los puntos de conexión retenidos en sus sistemas nacionales de Derecho internacional privado eran objetivos, sin que la voluntad de los cónyuges pueda alterar la determinación de 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 desde hace años¹⁷⁴. Este fenómeno también ha sido frecuente en ciertos Estados miembros, España incluida. La deslocalización conflictual del divorcio se aprecia 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, explica L.-J. SILBERMAN, a través de una autonomía de la voluntad “oculta” pero permitida por el Derecho internacional privado¹⁷⁵. Así las cosas, 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”, permite eliminar estos “divorcios viajeros”, que, además, beneficiaba a los cónyuges más ricos, únicos que se podían permitir el turismo divorcista, según puso de relieve sagazmente A.E. VON OVERBECK¹⁷⁶.

2. Requisitos de fondo de la elección de Ley

A) Leyes susceptibles de elección por los cónyuges

74. Los cónyuges pueden elegir la Ley estatal aplicable a su divorcio / separación judicial. Ahora bien, sólo pueden elegir una de las Leyes estatales que se relacionan en el art. 5.1 RR-III, que son las siguientes.

- 1º) La Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio o pacto de elección de Ley.

¹⁷² 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.

¹⁷³ 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. GONZALO QUIROGA, “Las crisis matrimoniales en el DIPr. español: novedades en la legislación”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 943-956; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Univ. Santiago Compostela, 2004; Id., “La nueva redacción del art. 107 del Código Civil”, *Revista española de Derecho internacional*, 2004, vol. LVI, pp. 205-225.

¹⁷⁴ 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; J. BASEDOW, “La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne», *Revue critique de droit international privé*, 1978, pp. 470-494.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ A.E. VON OVERBECK, «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.

- 2º) La Ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio o pacto de elección de Ley.
- 3º) La Ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio o pacto de elección de Ley. En los casos de múltiple nacionalidad de los cónyuges, se aplicará la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto para determinar la nacionalidad preferente de dicho cónyuge (Cons. [22] RR-III)¹⁷⁷. Se trata, como bien expresa S. DE VIDO, de una “solución nacional” a la cuestión de la múltiple nacionalidad y no de una solución europea, que habría sido, sin duda, una solución más segura¹⁷⁸. Para España, deben aplicarse los falsos convenios internacionales de doble nacionalidad firmados por España con repúblicas sudamericanas y en su defecto, el art. 9.9.II CC. En el supuesto de cónyuges apátridas, éstos carecen de nacionalidad y no pueden elegir la Ley de un país como Ley “nacional” del cónyuge. Aparte queda el caso, aislado, por desgracia, de la doble nacionalidad hispano francesa. El Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 marzo 2021 es el único convenio de verdadera doble nacionalidad en vigor para España¹⁷⁹. En efecto, con arreglo al art. 1 de dicho convenio “*los españoles podrán adquirir la nacionalidad francesa y los franceses podrán adquirir la nacionalidad española, conservando su anterior nacionalidad, española o francesa respectivamente, siempre que cumplan los requisitos que determine la legislación del Estado cuya nacionalidad adquieran*”. Ello significa que las personas que ostenten ambas nacionalidades las poseen al mismo tiempo de modo pleno ante las autoridades españolas. El sujeto puede invocar su nacionalidad española o francesa según desee o prefiera. Ahroa bien, a efectos de las situaciones de Derecho internacional privado, el art. 9.9 CC indica que deberá prevalecer la nacionalidad española del cónyuge hispano francés. Hubiera sido deseable, por el contrario, que un cónyuge hispano francés pudiera elegir, junto a su cónyuge, la Ley española o la Ley francesa porque ambas son la Ley nacional de uno de los cónyuges.
- 4º) La Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto de divorcio / separación judicial (Ley del foro).

75. Las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges para regular su divorcio / separación judicial se congelan en el tiempo para evitar problemas de “conflicto móvil”. En tal sentido, se trata de permitir que los cónyuges puedan elegir la Ley de un Estado que, en el momento de la elección del Derecho aplicable, presente un vínculo objetivo con los cónyuges (= situación matrimonial internacional). Ello se aprecia en relación con las tres primeras Leyes que pueden elegir los cónyuges (= Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio, Ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio, Ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio). Por otro lado, se permite en cualquier momento la elección de la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto de divorcio / separación judicial (Ley del foro), aunque por definición ello sólo podrá tener lugar en el momento en el que ya se haya interpuesto la demanda de divorcio / separación judicial. De este modo, la Ley elegida no cambiará aunque los cónyuges cambien de nacionalidad o de país de residencia habitual.

- 1º) La cristalización de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la elección de la Ley aplicable comporta el riesgo de que los cónyuges elijan la Ley de un país exótico o del país de celebración del matrimonio o la Ley de un país que ya no tiene

¹⁷⁷ Considerando 22 Reglamento Roma III: “*En los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea*”.

¹⁷⁸ S. DE VIDO, “The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012-II, pp. 222-232.

¹⁷⁹ Convenio de nacionalidad entre el Reino de España y la República Francesa, hecho en Montauban el 15 marzo 2021 (BOE núm. 75 de 29 marzo 2022).

ningún vínculo con el divorcio / separación judicial, especialmente si la elección de Ley se llevó a cabo mucho antes del proceso judicial.

- 2º) La cristalización de la residencia habitual y de la nacionalidad de los cónyuges en el momento de la elección de la Ley presenta la desventaja de que, en caso de desacuerdo posterior entre los cónyuges, y especialmente, si uno de ellos no accede al cambio de la Ley elegida, se llega a una situación en la que uno de los cónyuges puede mantener al otro bajo la aplicación forzada de la Ley antes elegida. Este supuesto puede ser frecuente en el supuesto de esposos cuyos divorcios son similares a una guerra personal sin cuartel.
- 3º) Por otro lado, los cónyuges no pueden elegir como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial, la Ley de un país en el que todavía no tienen su residencia habitual o del que todavía no ostentan su nacionalidad (= Ley de la “posible residencia habitual futura”, Ley de la “posible nacionalidad futura”). Ello crearía incertezas legales y vulneraría, así, el principio, clave en el Reglamento Roma III, de la elección informada de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial.
- 4º) Los cónyuges pueden elegir la Ley del foro para regular su divorcio. En tal sentido, pueden elegir la Ley de cualquier Estado cuyos tribunales sean competentes, en el momento en el que se inicia el proceso, para pronunciar el divorcio, lo que, apunta J. BASEDOW, constituía una práctica muy extendida mucho antes del Reglamento Roma III¹⁸⁰.

76. A primera vista, puede sorprender que el legislador haya limitado las Leyes que los cónyuges pueden elegir para regular su divorcio / separación judicial. Diversas consideraciones resultan precisas al respecto.

Primera. La intención del legislador de la UE ha sido limitar la posibilidad de elección de Ley a las que presentan una conexión objetiva clara y razonable con la situación matrimonial (Cons. (16) RR-III: “*Es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial la de un país con el que tengan una vinculación especial, o la ley del foro*”). Entre tales Leyes no figura la Ley del país de celebración del matrimonio porque el legislador de la UE entiende, de modo implícito, que con frecuencia los cónyuges eligen contraer matrimonio en un país extravagante por motivos puramente caprichosos o por mero placer o diversión, un país sin conexión sustancial con la situación matrimonial. Al limitar las posibles Leyes estatales que pueden elegir los cónyuges, el legislador de la UE evita, *a contrario sensu*, la elección de “Leyes exóticas” en materia de divorcio (*vid.* Propuesta de Reglamento (COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 4, y “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). La intención del legislador es saludable, ya que trata de evitar que los cónyuges puedan elegir, por capricho o por la razón que sea, una Ley cuya aplicación al caso les pudiera generar costes conflictuales elevados y que, por ello, dificultaría y encarecería la resolución del litigio de divorcio / separación judicial al hacerlo más costoso tanto para las partes como para los profesionales de la Justicia. Aparte de esta explicación (= centrada en evitar elecciones “caprichosas” o “frívolas” de la Ley aplicable), esta limitación carece, realmente, de sentido. Por varias razones. Primero, porque los mismos cónyuges no tendrán interés en elegir Leyes estatales “exóticas” que les perjudiquen. Y segundo, porque, en casos extremos, puede evitarse fácilmente la aplicación de dichas Leyes exóticas si ello provoca una vulneración del orden público internacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. Debe recordarse que el art. 3.1 Reg. Roma I 593/2008 de 17 junio 2008 [Ley aplicable a las obligaciones contractuales] permite que los contratantes elijan la Ley estatal que tengan por conveniente para regular su contrato, incluso si pudiera tratarse de la Ley de un Estado que no presenta una “vinculación objetiva” con el contrato o de una “legislación exótica”. En igual sentido se pronuncia el art. 14 Reg. Roma II 864/2007 de 11 julio 2007 [Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales]. Los cónyuges son los mejores jueces de sus propios intereses, y será muy extraño que los cónyuges eligieran como Derecho regulador de su divorcio / separación judicial una Ley estatal “exótica” que les perjudique en la regulación del mismo. Ello demuestra

¹⁸⁰ J. BASEDOW, “La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne», *Revue critique de droit international privé*, 1978, pp. 470-494.

que la limitación a una “rosa cerrada” de posibles Leyes estatales elegibles por los cónyuges no resulta fácil de explicar ni de justificar. El legislador de la UE tomó esta “idea limitativa de la elección de Ley”, del Derecho internacional privado belga, si bien la misma se encuentra formulada de un modo distinto en el art. 55.2 Ley de 16 julio 2004 que contiene el Código de Derecho internacional privado. Por ello, no se comprende bien por qué el Reglamento Roma III no permite, por ejemplo, que los cónyuges que han residido habitualmente en un Estado A, pero que residen habitualmente ahora en otros dos Estados distintos B y C, no puedan elegir la Ley del Estado B o del Estado C.

Segunda. Por otro lado, un análisis crítico del art. 5 RR-III pone de manifiesto que el legislador opera con tres únicos criterios que determinan las Leyes que los cónyuges pueden elegir: la nacionalidad de los esposos, la residencia habitual de los mismos y el país cuyos tribunales conocen del asunto. Ahora bien, ciertos aspectos deben destacarse: 1º) En el caso de esposos de nacionalidad diferente, puede elegirse como Ley aplicable la Ley del Estado que corresponde a cualquiera de las nacionalidades de los cónyuges. Esta opción se explica por la intención voluntad del legislador de la UE de potenciar las posibilidades de elección de Ley de los esposos de nacionalidad diferente (P. HAMMJE). En el caso de esposos que ostentan diversas nacionalidades, el Cons. (22) RR-III indica que debe prevalecer una sola nacionalidad y que ésta será la que determinen las normas relativas a los conflictos de nacionalidades del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto; 2º) Por el contrario, en el caso de esposos con residencia habitual en diferentes Estados, éstos no pueden elegir la Ley del Estado en el que uno de ellos reside habitualmente. Sólo cabe elegir la Ley del país de la residencia habitual si ambos cónyuges residen en ese mismo país (P. HAMMJE). No es preciso, en este caso, que los cónyuges residan o vivan juntos y tampoco que habiten en la misma zona, región o ciudad. Sólo se exige que tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento de la elección; 3º) La posibilidad de elegir la *Lex Materialis Fori* potenciará, con frecuencia, la aplicación de la Ley de la residencia habitual de uno de los cónyuges, vistos los criterios de competencia judicial internacional retenidos por el Reglamento Bruselas II-ter.

Tercera. El legislador permite elegir la Ley nacional de cualquiera de los cónyuges en el momento de la elección de Ley. Ello comporta la necesidad de determinar la nacionalidad de los cónyuges y suscita ciertas cuestiones complejas en los casos de cónyuges que ostentan múltiple nacionalidad. Con arreglo al Cons. (22) RR-III, en estos casos, la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto determinará la nacionalidad prevalente, pero los criterios empleados a tal efecto deben respetar “*plenamente los principios generales de la Unión Europea*”. Por ello, no podrá hacerse prevalecer la nacionalidad de un cónyuge por la única y simple razón de que es la nacionalidad del Estado del foro (= nacionalidad del país cuyos tribunales conocen del asunto, *vid.* art. 19.2 Ley Derecho internacional privado Italia 31 mayo 1995, art. 9.9.II CC, preceptos que privilegian la nacionalidad del foro). En efecto, como ha denunciado P. FRANZINA, tales criterios vulneran el art. 18 TFUE pues incurren en una discriminación por razón de la nacionalidad¹⁸¹. Así en el caso de un divorcio entre cónyuges italo-marroquí él e italiana ella, un juez italiano podría afirmar que la nacionalidad prevalente del marido es la italiana con arreglo al art. 19.2 legge 218/1995 (= “[s]e la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale”). Si el juez italiano opera de ese modo, los cónyuges no podrán elegir la Ley marroquí para regir su divorcio, pues se estimaría que ningún cónyuge ostenta nacionalidad marroquí. El divorcio quedaría sujeto necesariamente a la Ley italiana, ley del país donde ambos tienen su residencia habitual. La cuestión no es baladí, pues en Derecho italiano, tradicionalmente, como señala C. RICCI, el divorcio ha exigido una sentencia de previa separación y es causal, mientras que en Derecho marroquí cabe por mero mutuo disenso y sin previa separación judicial¹⁸². En este caso, la Sent. Tribunale di Firenze 15 junio 2015 decidió aceptar la elección del Derecho marroquí efectuada por los cónyuges sin hacerse demasiadas preguntas sobre el art. 19.2 legge 218/1995¹⁸³.

¹⁸¹ P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496.

¹⁸² C. RICCI, «Il foro della residenza abituale nel Regolamento n° 2201/2003 e nella proposta Roma III», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUÍZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431.

¹⁸³ http://www.movimentoforense.it/media/files/Sentenza_Trib_Firenze_2115_2015.pdf.

Cuarta. En el supuesto de cónyuges apátridas, éstos carecen de nacionalidad y no pueden elegir la Ley de un país como Ley nacional del mismo.

Quinta. En el caso de cónyuges con estatuto de refugiados, se ha indicado que la nacionalidad ostentada es meramente formal y que por tanto, estos sujetos deberían poder elegir la Ley de su domicilio o residencia habitual (art. 12.1 Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 julio 1951). Sin embargo, esta afirmación resulta discutible. En efecto, el Reglamento Roma III no se refiere a la “Ley personal” sino a la Ley “nacional”. No permite a los cónyuges elegir la Ley personal de cualquiera de ellos, sino la Ley “nacional” de cualquiera de ellos, lo que es sustancialmente diferente. Cabe concluir, pues, que los refugiados pueden elegir su Ley nacional pero no la Ley que regula su estatuto personal *ex art.* 12.1 Convención de 28 julio 1951).

77. Los cónyuges son libres de elegir la Ley estatal que tengan por conveniente dentro de la “rosa de Leyes” que les ofrece el art. 5.1 RR-III. Ahora bien, existe un límite intrínseco (= límite que afecta a la “calidad sustancial” de la Ley estatal elegida). En efecto, como indica el Cons. (16) *in fine* RR-III, “[l]a ley elegida debe ser conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Esta previsión cumple dos funciones, bien destacadas por O. LOPES PEGNA¹⁸⁴.

Por un lado, constituye un mero “anuncio anticipado” de la calidad sustancial que debe presentar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial. En efecto, se trata de una previsión que se contiene, exclusivamente, en un Considerando del Reglamento Roma III y no en el texto articulado del Reglamento Roma III. El legislador “anuncia” en el Cons. (16) RR-III que el derecho subjetivo de los cónyuges para elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial no es omnímodo, pues se exige que la Ley estatal elegida cumpla con un nivel intrínseco de calidad material. Dicho nivel es el marcado por el Cons. (16) RR-III, con arreglo al cual los tribunales de los Estados miembros participantes no aplicarán una Ley elegida por los cónyuges que no respete los “derechos fundamentales europeos”. Una vez aclarado cuál es dicho nivel, los mecanismos técnicos para asegurarlo los desarrollan los arts. 10 (= doble cláusula de rechazo de la Ley extranjera) y 12 RR-III (= orden público internacional).

Por otro lado, aunque el orden público internacionales es, realmente, un mecanismo técnico jurídico de carácter nacional (= cada Estado miembro participante dispone de su propio concepto “nacional” de orden público internacional), el citado Cons. (16) RR-III trata de unificar el núcleo duro de dicho concepto. De ese modo, todos los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III disponen de un “núcleo duro común” del concepto de orden público internacional en el marco de dicho Reglamento. Es el “círculo interior europeo” del orden público internacional de cada Estado miembro participante (= un conjunto de principios comunes que forman parte del orden público internacional de cada Estado miembro participante). Al concretar el concepto de orden público internacional, se refuerza la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo.

B) Incorporación por referencia de las causas del divorcio en un pacto matrimonial

78. El art. 5 RR-III no prohíbe que los cónyuges redacten pactos, contratos o acuerdos en los que especifiquen, de modo concreto y material, las causas de su divorcio / separación judicial. Ahora bien, el precepto indica claramente que el divorcio / separación judicial se rige por la Ley de un Estado y no por los acuerdos privados a los que hayan llegado los cónyuges y que la elección de Ley debe ser realizada “por escrito”. De estas premisas es posible deducir lo que sigue: 1º) El art. 5 RR-III no prohíbe los pactos que procedan a incorporar por referencia el contenido de una Ley estatal al texto de un acuerdo interpartes. Tampoco prohíbe que los cónyuges establezcan sus propias causas de divorcio elaboradas por los mismos al margen de cualquier Ley estatal. Ahora bien, será la Ley estatal elegida por las partes o, en su defecto, la Ley estatal que rige el divorcio con arreglo al art. 8 RR-III la que indique si tales

¹⁸⁴ O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, pp. 126-139.

pactos materiales acordados por las partes son o no son válidos y si producen efectos legales y hasta qué punto; 2º) El art. 5 RR-III exige que la elección de Ley sea por escrito, pero no que sea “expresa”. Por tanto, puede darse el caso de que una incorporación por referencia de las causas de divorcio / separación judicial recogidas en una concreta Ley estatal pueda ser interpretada como una auténtica elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial. De ese modo, si se observa que los cónyuges han copiado en su pacto prenupcial las causas de divorcio propias del Derecho inglés puede afirmarse que han querido elegir la Ley inglesa como Ley reguladora de su divorcio.

C) Elección de Ley por los “cónyuges”

79. La Ley aplicable al divorcio / separación judicial debe ser elegida por los cónyuges y sólo por los cónyuges. Ello comporta diversas consecuencias: (a) La Ley aplicable al divorcio / separación judicial no puede ser elegida por sujetos distintos a los cónyuges, tales como los padres de éstos, familiares de los mismos, sus abogados, etc.; (b) Los cónyuges pueden elegir la Ley estatal reguladora de su divorcio / separación judicial cualquiera que sea su nacionalidad y/o país de residencia habitual; (c) La elección de la Ley aplicable es un acto personalísimo e indelegable de los cónyuges. Por tanto, la Ley reguladora del divorcio / separación judicial no puede elegirse a través de un representante legal elegido por el cónyuge.

80. El Reglamento otorga la posibilidad de elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial a los “cónyuges” y exclusivamente a ellos. Esta afirmación exige aclarar ciertos extremos: (a) En ciertos preceptos del Reglamento se refiere a la posibilidad de los “cónyuges” para elegir la Ley aplicable. Así se expresa, de manera emblemática, el comienzo del art. 5.1 RR-III (= “*Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: [...]*”), así como el art. 5.3 RR-III (= “*Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable [...]*”), y los Considerandos (14) (= “*Para que los cónyuges puedan designar una ley aplicable...*”), (16) (= “*Es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial ...*”), (17) (= “*Antes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada...*”), (18) (= “*La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable*”), (19) (= “*Procede definir normas relativas a la validez material y formal para facilitar la elección informada de los cónyuges [...]*”)

81. En otros casos, el Reglamento se refiere a la posibilidad de las “partes” para elegir el Derecho aplicable. Así se observa en la rúbrica del art. 8 RR-III (= “*Artículo 8. Ley aplicable a falta de elección por las partes*”), en el art. 9 RR-III (= “*1. En caso de conversión de la separación judicial en divorcio, la ley aplicable al divorcio será la que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5. | 2. No obstante, si la ley aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5*”), en el art. 14 RR-III (= “*toda referencia a la nacionalidad se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la unidad territorial elegida por las partes [...]*”) en el Cons. (15) RR-III: “[...]el presente Reglamento debe reforzar la autonomía de las partes en materia de divorcio y de separación judicial, dejándoles cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o separación”), (19) (= “[...] Como mínimo, el convenio respecto a la elección de la ley aplicable debe formularse por escrito y estar fechado y firmado por ambas partes [...]”, (28) (= “[...] es importante que las partes que elijan la ley del Estado de nacionalidad de una de ellas [...]”], (23) (= “Si se recurre a un órgano jurisdiccional para convertir una separación judicial en divorcio y las partes no han elegido la ley aplicable [...] Esta continuidad supondría una mayor previsibilidad para las partes [...] Si la ley que se ha aplicado a la separación judicial no prevé que esta pueda convertirse en divorcio, es conveniente que el divorcio se rija por las normas sobre conflicto de leyes que sean aplicables a falta de elección”)

de las partes [...]”; (c) No obstante, debe afirmarse que el Reglamento Roma III utiliza de manera indistinta la expresión “cónyuges” y el término “partes”, porque, en la inmensa mayoría de los litigios de divorcio / separación judicial, los cónyuges son también “partes” en un procedimiento judicial (= partes procesales, y con frecuencia serán “demandante” y “demandado”). Pero ello no debe suscitar ninguna duda: son los cónyuges los únicos habilitados por el Reglamento para elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, sean o no partes en un procedimiento judicial con arreglo a la *Lex Fori*. Y, en todo caso, otras “partes” que pudieran ser tales en dichos procedimientos judiciales (= como podría suceder con el Ministerio Fiscal en determinados ordenamientos jurídicos), no disponen del derecho subjetivo de elegir la Ley reguladora del divorcio / separación judicial *ex* Reglamento Roma III.

82. El texto legal no se pronuncia sobre la posibilidad de admitir que los cónyuges otorguen un poder legal a un tercero, como un abogado u otro representante legal, de modo que éste pueda elegir, en su nombre, la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. El silencio del Reglamento Roma III al respecto podría ser un elemento a favor de la admisión de esta eventualidad, pues no se prohíbe expresamente. En tal caso, la Ley reguladora de la representación debe ser fijada por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En consecuencia, si se impugna la validez de la elección de Ley aplicable al divorcio / separación judicial realizada por un “presunto representante de un cónyuge”, deberá aplicarse la Ley designada por el art. 10.11 CC para determinar si la representación era posible, si existió y cuáles son, en su caso, sus efectos legales. No obstante, también es posible defender la tesis contraria, según la cuál, el Reglamento prohíbe de modo implícito la representación a la hora de elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. Esta segunda interpretación se basa en que la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial es un acto jurídico personalísimo de los cónyuges, un acto, por tanto, completamente indelegable en el que no cabe otorgar poderes de representación a otros individuos. La importancia jurídica de la elección de Ley aplicable al divorcio / separación judicial y el hecho de que tal elección va a producir efectos legales sobre las personas de los cónyuges, explicarían el carácter personalísimo de la elección de Ley. Apoya esta tesis la letra del art. 7 RR-III, que alude a que el acuerdo de elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial deberá ser firmado “*por ambos cónyuges*”. Esta exigencia parece traslucir la voluntad de legislador de exigir una participación personal e indelegable de los cónyuges en la expresión de su voluntad de elección de la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial.

D) Elección de una Ley única

83. Los cónyuges pueden elegir sólo una Ley estatal para regular su divorcio / separación judicial y no varias Leyes. Las causas o motivos del divorcio / separación judicial se toman sólo de esa única Ley estatal elegida, en su caso, por los cónyuges (Cons. (10.II) RR-III). En relación con esta cuestión, deben distinguirse varios aspectos diferentes.

a) Negación del *dépeçage*

84. El art. 5 RR-III no prevé la posibilidad de elegir diversas Leyes estatales para regular diversos aspectos del divorcio / separación judicial (= *Splitting*, *dépeçage*, *cherry-picking*). Por tanto, la Ley reguladora del divorcio / separación judicial debe ser una sola Ley estatal. Efectivamente, el texto del art. 5 RR-III es claro, pues se expresa en número singular. Así se indica que los cónyuges podrán convenir en designar “*la ley*” (= expresada en singular y no en plural) aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea “*una de las siguientes leyes...*” (art. 5.1 RR-III), tal y como indica P. HAMMJE¹⁸⁵.

¹⁸⁵ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338. También F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla

Por otro lado, el legislador de la UE podría haber seguido la senda del art. 3.1 Reg. Roma I 593/2008 de 17 junio 2008 [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], que admite de modo explícito la posibilidad de los contratantes de elegir varias Leyes estatales aplicables a diferentes partes del contrato, pero, conscientemente, no lo hizo así. Esta exigencia de elección de una única Ley es adecuada. Elegir “varias Leyes estatales” para regular diversos aspectos del mismo divorcio / separación judicial carece, realmente, de sentido. La Ley aplicable al divorcio / separación judicial regula las causas de divorcio / separación judicial (Cons. (10.II) RR-III), de modo que tales causas deben extraerse exclusivamente de una sola Ley estatal. El art. 5 RR-III no permite tomar unas causas de divorcio de una Ley estatal y otras causas de divorcio de otra Ley estatal distinta. La razón de esta prohibición radica en que, a diferencia de lo que sucede en relación con los contratos internacionales (art. 3.1 Reg. Roma I), el divorcio / separación judicial no puede ser dividido en “partes separables y autónomas” susceptibles de ser reguladas por Leyes estatales distintas. Por otra parte, es claro que, en el caso de familias con elementos extranjeros, la existencia de una Ley única para regular las relaciones entre sus miembros facilita la resolución de conflictos jurídicos, como argumenta L. WALKER¹⁸⁶.

b) Negación de la elección cumulativa de varias Leyes aplicables

85. Por otro lado, el art. 5 RR-III tampoco permite elegir dos o más Leyes estatales de aplicación cumulativa al mismo divorcio / separación judicial, de modo que las causas de divorcio / separación judicial se puedan tomar tanto de las recogidas en la Ley del Estado A, como de las contempladas por la Ley del Estado B. De nuevo, el art. 5 RR-III se expresa siempre en número singular y no ofrece espacio para esta posibilidad. En el supuesto de que los cónyuges hubieran elegido dos o más Leyes estatales aplicables al divorcio / separación judicial, debe entenderse que el acuerdo de elección de Ley no cumple con las exigencias contenidas en el art. 5 RR-III. En consecuencia, la elección cumulativa de Ley aplicable carecerá de efectos jurídicos, y el divorcio / separación judicial se registrará por la Ley designada por el art. 8 RR-III (= Ley aplicable al divorcio / separación judicial en defecto de elección de Ley por los cónyuges). La razón de esta prohibición radica en que la elección de una sola Ley facilita la identificación del Derecho aplicable, disminuye los costes conflictuales al tener que probar una sola Ley aplicable y proporciona una mayor claridad jurídica tanto a los cónyuges como al tribunal que debe dictar, en su caso, la sentencia de divorcio / separación judicial. A primera vista, podría pensarse que los cónyuges pueden tener dos tipos de intereses para elegir dos o más Leyes aplicables a su divorcio / separación judicial. Primero: aumentar el elenco de causas de divorcio / separación judicial. Sin embargo, este objetivo puede conseguirse fácilmente mediante la elección consecutiva y no simultánea de la Ley del divorcio. En efecto, los cónyuges pueden elegir una Ley estatal reguladora de su divorcio / separación judicial y si, llegado el momento del divorcio / separación judicial la Ley aplicable antes elegida no proporciona una concreta causa o motivo de divorcio / separación judicial, pueden perfectamente elegir otra Ley aplicable distinta que sí contenga la causa de divorcio / separación judicial que permita dicho divorcio o separación judicial en el caso concreto (art. 5.2 y 3 RR-III). Segundo: incrementar la validez extraterritorial de la sentencia de divorcio / separación judicial en otros países. En efecto, se podría pensar que si existen dos o más Leyes estatales aplicables al divorcio / separación judicial, la sentencia de divorcio / separación judicial dictada en un Estado miembro participante incrementa sus posibilidades de producir efectos legales en los países cuyas Leyes se han designado como aplicables por los cónyuges. Sin embargo, esta afirmación carece de fundamento. El divorcio / separación judicial se dictará sobre un concreto motivo o causa de divorcio / separación judicial y si tal motivo o causa de divorcio / separación judicial no está contemplada en el Derecho del Estado donde pretende hacerse valer la sentencia, las posibilidades de que ésta vulnere el orden público internacional de ese Estado, son

separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, nº 1, pp. 568-580, esp. 574.

¹⁸⁶ WALKER, “Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU”, *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-2, pp. 225-261.

elevadas. El hecho de que los cónyuges hayan elegido varias Leyes estatales aplicables a su divorcio / separación judicial no incrementa, por lo tanto, las posibilidades de que la sentencia surta efectos legales en más países. Por esta razón, el legislador de la UE rechazó la posibilidad de una elección cumulativa de Leyes aplicables al divorcio / separación judicial.

c) Elección de una Ley sustantiva estatal

86. La elección, por los cónyuges, de una Ley reguladora del divorcio / separación judicial se realiza, siempre, en favor de la Ley material elegida, sin tener en cuenta las normas de “conflicto de leyes” de dicho ordenamiento jurídico (art. 11 RR-III). Como muestra F. FALCONI, el precepto no deja ningún resquicio al respecto¹⁸⁷.

d) Elección de la Ley de un Estado

87. Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado para regular su divorcio / separación judicial. Pero debe ser, necesariamente, la Ley de un “Estado”. Los cónyuges carecen del derecho a elegir normativas no estatales para regular el divorcio / separación judicial, como pueden ser normativas o reglas de tipo “exclusivamente religioso”: la *Shari'a*, el Derecho canónico de la Iglesia católica, etc. La Ley elegida puede ser la Ley de un Estado miembro o de un tercer Estado (Cons. (12) RR-III). Con K. SIEHR, puede afirmarse sin dudar que los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado o también la Ley de una unidad territorial o la Ley de una comunidad social con un Derecho propio (Cons. (28) RR-III)¹⁸⁸. Por ejemplo: los cónyuges pueden elegir la Ley del State de California o la Ley inglesa o las normas que en Líbano resultan aplicables a los sujetos de religión cristiana (Sent. Trib. Pordenone, Italia, 14 octubre 2014 [elección válida de la Ley de Pennsylvania como Ley del divorcio])¹⁸⁹. También pueden los cónyuges elegir, en abstracto, la Ley de su nacionalidad o de la nacionalidad de uno de ellos sin especificar el Derecho de la unidad territorial o comunidad social concreta que desean que sea aplique al divorcio / separación judicial. En tal caso, se aplicarán los criterios recogidos en el art. 14 RR-III para individualizar la Ley concreta aplicable.

88. El Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 sólo remite a Leyes “estatales” para regular el divorcio / separación judicial. No remite, en ningún caso, a una “normativa religiosa” (*Lex Religiosa*). Esta opción de política jurídica aparece justificada por motivos solventes que F. SEATZU / J. CARRASCOSA han puesto de relieve¹⁹⁰: 1º) El divorcio / separación judicial es una institución civil que surte efectos en el orden jurídico estatal civil. En consecuencia, parece lógico que la sentencia de divorcio / separación judicial deba ser dictada sobre un fundamento jurídico civil y no religioso; 2º) La *Lex Religiosa* presenta un conjunto de fuentes de producción normativa realmente complejo y heterogéneo. La designación, por ejemplo, del “Derecho islámico” para regular el divorcio / separación judicial, podría comportar problemas de precisión del contenido real de dicha *Lex Religiosa*. El Derecho islámico, precisa R. DE MEO, no se contiene en un código o cuerpo legal determinado, sino que su contenido es variable vistas las distintas y muy diferentes «escuelas» existentes que cultivan el Derecho islámico¹⁹¹; 3º) El Reglamento Roma III de 20 diciembre 2010 respeta la posibilidad de los cónyuges de recurrir a procedimientos de tipo religioso de disolución del matrimonio desarrollados ante autoridades religiosas (= procesos extra-

¹⁸⁷ F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 568-580, esp. p. 570.

¹⁸⁸ K. SIEHR, «‘Schnell gefreit, hat oft bereut’: internationale Zuständigkeit und Wahl des anwendbaren Rechts für die Scheidung einer gemischt-nationalen Ehe (zu Tribunale di Pordenone, 14.10.2014, X gegen Y)», *IPRax*, 37, 4, 2017, pp. 411-414.

¹⁸⁹ Sent. Trib. Pordenone (Italia) 14 octubre 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 1011-101.

¹⁹⁰ F. SEATZU / J. CARRASCOSA, “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III”, *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

¹⁹¹ R. DE MEO, «Il diritto europeo e il divorzio privato islamico», *Il Foro italiano*, CXLIII, 5, 2018, parte IV, col. 282-287.

civiles / procesos extraestatales de disolución del matrimonio o relajación del vínculo matrimonial). Las decisiones dictadas por tales autoridades privadas surtirán, en los distintos Estados miembros de la UE, los efectos jurídicos que establezca el Derecho de cada uno de tales Estados; 4º) La Ley designada por las normas de conflicto debe ser, ciertamente, la Ley de un Estado. Ahora bien, pese a los temores de discriminación anti-religiosa manifestados por autores como C. NARDOCCI y S. TONOLO, nada obsta para la aplicación de la Ley de un Estado que se halle inspirada en principios o normas religiosas en materia de divorcio / separación judicial y que sea designada como aplicable por el Reglamento Roma III¹⁹². Tampoco es óbice a la aplicación de la Ley de un concreto Estado el hecho de que dicha Ley civil extranjera admita los efectos civiles de normativas religiosas ni el hecho de que una normativa religiosa se encuentre incorporada plenamente al Derecho del Estado (= Derecho canónico, normas de la *Shari'a* musulmana, etc.). Queda a salvo la intervención del orden público internacional del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto (art. 12 RR-III) y la aplicación de la *Lex Fori* en el caso de que una eventual Ley estatal aplicable inspirada en principios religiosos «no contemple el divorcio» (art. 10 *in primis* RR-III) o «no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial» (art. 10 *in fine* RR-III). Dicho lo anterior, debe dejarse claro que no puede afirmarse, de ningún modo, que las normas de conflicto del Reglamento Roma III sean «hostiles» a las Leyes estatales inspiradas en principios, valores o normas de tipo religioso por la sola circunstancia de que la Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial sea una Ley inspirada en tales principios, valores o normas religiosas (*vid.* Cons. (30) RR-III). Sin embargo, y con razón, U.P. GRUBER ha puesto de relieve que el art. 10 RR-III «*der Geschlechterdiskriminierung behandelt, könnte zudem zu einem starren Ausschluss islamischen Rechts führen*», esto es que el citado precepto podría conducir a una rígida exclusión de las leyes de Estados islámicos¹⁹³.

E) Consentimiento de los cónyuges

a) La elección de Ley como negocio jurídico. El art. 6 RR-III

89. Para que la elección de Ley sea válida y eficaz y el divorcio / separación judicial queden regulados por la Ley elegida por los cónyuges, debe acreditarse de modo fehaciente que éstos han dado su consentimiento en elegir dicha Ley. El art. 6 RR-III establece que la existencia del acuerdo de voluntades entre los cónyuges a la hora de elegir la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, así como la cuestión de saber si el consentimiento de los cónyuges es válido o presenta algún vicio del mismo que lo invalide, son cuestiones que se rigen por la Ley presuntamente elegida por los cónyuges.

90. Indica el art. 6.2 RR-III que, no obstante, el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento podrá acogerse a la Ley sustantiva del país en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el art. 6.1 RR-III. Esta previsión legal se aplica tanto a la “existencia” del consentimiento como a sus posibles “vicios” en los casos de silencio de uno de los cónyuges. Ello significa que cada parte está “protegida” por la Ley del país de su residencia habitual y si dicha Ley indica que no ha habido consentimiento del cónyuges en la elección de una concreta Ley reguladora del divorcio / separación judicial, será indiferente lo que establezca la “Ley presuntamente elegida” por los cónyuges *ex art.* 6.1 RR-III. Ello es relevante en casos de silencio del cónyuge. Si la Ley del país de la residencia habitual de uno de los cónyuges considera que el silencio de éste no equivale a su aceptación, así será, con in-

¹⁹² C. NARDOCCI, “Equality & Non-discrimination between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. Challenges and Perspectives in the Religious Discourse”, University of Milano-Bicocca School of Law Research Paper No. 18-12, September 2018) (<https://ssrn.com/abstract=3301171>); S. TONOLO, “Regole religiose, conflitti di leggi e diritti fondamentali”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 349-370.

¹⁹³ U.P. GRUBER, “Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung”, *IPRax*, 2012-V, pp. 381-391.

dependencia de lo que al respeto establezca la Ley presuntamente elegida *ex art.* 6.1 RR-III, que bien puede ser otra Ley con arreglo a la cual, el silencio equivale a la aceptación del cónyuge en la elección de Ley. El cónyuge que desee podrá invocar este art. 6.2 RR-III, que no parece que pueda ser aplicado de oficio por el juez. Se suscitará un incidente de especial pronunciamiento (art. 390 LEC) a resolver mediante auto judicial.

91. El acuerdo entre los cónyuges en relación con la Ley que debe regir su divorcio / separación judicial constituye, en realidad, un “contrato en sí mismo” (= *pactum de lege utenda*). El objeto de dicho contrato es, precisamente, la elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial. El art. 6 RR-III arranca de dicha “concepción contractual” del acuerdo de elección de Ley (*pactum de lege utenda*). A partir de ahí, y con una fórmula extraída del art. 3.5 Reg. Roma I [Ley aplicable a las obligaciones contractuales], el art. 6 RR-III establece el régimen jurídico de dicho acuerdo en el siguiente sentido.

- 1º) *Ley reguladora de la existencia de un acuerdo entre los cónyuges en cuanto a la elección de ley aplicable.* El art. 6.1 RR-III viene a indicar, con una desafortunada redacción, confusa e imprecisa, que la cuestión de saber si existe un auténtico “acuerdo de voluntades” entre los cónyuges en torno a la Ley que debe regir su divorcio / separación judicial, se rige por la Ley presuntamente elegida por tales sujetos. Dicha Ley sustantiva bien puede regular específicamente la cuestión de la formación de los pactos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial o bien puede regularla de modo genérico, mediante una mera aplicación de las normas generales aplicables a la formación de los contratos, que será lo más frecuente. En definitiva, dicha Ley sustantiva establecerá si las declaraciones de voluntad de cada cónyuge en cuanto a la Ley que rige el divorcio / separación judicial constituyen un “acuerdo” y no una mera suma de voluntades unilaterales no recepticias que no constituyen ni forman un acuerdo o pacto entre los mismos en torno a la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. La Ley presuntamente elegida decide si existe un “acuerdo” entre los cónyuges al efecto. En todo caso, parece claro que la presentación de la demanda de divorcio con arreglo a un concreto Derecho estatal y la contestación a la misma sobre la base de ese mismo Derecho supone ya la “existencia” de un acuerdo de elección en favor de dicha Ley¹⁹⁴.
- 2º) *Ley reguladora de validez del consentimiento de los cónyuges en cuanto a la elección de ley aplicable.* El art. 6.1 RR-III, del mismo modo, precisa que la cuestión de saber si el consentimiento expresado por las partes en cuanto a la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial es un consentimiento válido no afectado por los llamados “vicios del consentimiento”, se rige por la Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges. De dicho modo, esta Ley determinará si concurren dichos vicios del consentimiento en la elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, tales como error, dolo, violencia, intimidación, etc. Dicha Ley también regulará los efectos jurídicos, en su caso, de la presencia de tales vicios: nulidad del acuerdo, anulabilidad del mismo, etc.
- 3º) *La Ley presuntamente elegida por los cónyuges.* La remisión que el art. 6 RR-III realiza en favor de la “Ley que los cónyuges, presuntamente, han elegido (= “*Putative Law Of The Contract*”, Ley presuntamente elegida por los cónyuges) para regular estas cuestiones puede parecer extraña. Sin embargo, no es así, pues dicha Ley constituye el Derecho cuya aplicación a la existencia y validez del acuerdo de elección de Ley resulta más previsible para los cónyuges (= la Ley cuya aplicación les comportará los costes conflictuales más reducidos).
- 4º) *Art. 6 RR-III y condiciones de forma del pacto de elección de Ley.* El art. 6 RR-III deja meridianamente claro que la Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges regula la “validez material” del acuerdo de elección de Ley entre los cónyuges. Dicha

¹⁹⁴ FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, nº 1, pp. 568-580.

Ley estatal no rige las exigencias formales de validez de dicho pacto. Los requisitos de forma del pacto de elección de Ley están contenidos directamente en el Reglamento Roma III (art. 7 RR-III), de modo que, a salvo lo dispuesto por la Ley del Estado miembro participante (art. 7.2-4 RR-III), no es posible exigir ninguna otra exigencia legal de forma a dicho pacto extraída de la legislación estatal concreta elegida por los cónyuges para regular su divorcio / separación judicial. En este punto, el art. 7 RR-III se separa, con inmejorable criterio, del art. 10 RR-I. Este precepto exige que los pactos de elección de Ley reguladora de los contratos internacionales respeten las exigencias formales contenidas en la Ley que rige la forma del contrato (art. 11 Reg. Roma I). Esta exigencia comporta una sobrecarga de exigencias formales que recaen de modo innecesario sobre el pacto de elección de Ley que, incluso, pueden entrar en contradicción con las exigencias formales ya recogidas en el mismo Reglamento Roma I. Además, no resulta frecuente que las Leyes nacionales exijan requisitos de forma sobre los pactos de elección de Ley. Por todo ello, el legislador de la UE ha hecho muy bien en no requerir que los acuerdos de elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial deban ajustarse a los requisitos de forma exigidos por la Ley elegida por los cónyuges.

- 5º) *Art. 6 R-III y Ley aplicable a las condiciones de capacidad para elegir la Ley aplicable al pacto de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial.* El art. 1.2.a RR-III excluye del mismo Reglamento “*la capacidad jurídica de las personas físicas*”. Se trata de una exclusión genérica. Ello significa que las normas de conflicto del Reglamento Roma III no se aplican a ninguna cuestión de capacidad relacionada con el divorcio / separación judicial. Por ello, la capacidad de los cónyuges para elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, es una cuestión que se rige por la Ley estatal designada por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. En España, esta cuestión se somete a la Ley nacional de cada cónyuge (art. 9.1 CC). La Ley nacional de cada cónyuge deberá establecer si el matrimonio otorga una plena o una cierta capacidad de obrar, o si produce, de derecho, la emancipación, como sucede en el caso español (art. 316 CC), o por el contrario, no la produce. Una Ley extranjera que no atribuya plena capacidad de obrar al cónyuge menor de edad no debe considerarse contraria al orden público internacional español. Para que el pacto de elección de Ley resulte válido, ambos cónyuges deben disponer de capacidad para realizar válidamente dicha elección a tenor de sus respectivas leyes nacionales. El art. 10.8 CC no es aplicable a los pactos de elección de Ley, pues dicho precepto exige, para su propia aplicación, que se trate de “contratos onerosos celebrados en España” y los pactos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial no pueden considerarse “contratos “onerosos””.

b) Elección de una Ley que prohíbe a los cónyuges elegir la Ley aplicable al divorcio

92. La posibilidad de elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial se atribuye a los cónyuges por el mismo Reglamento Roma III (= es un derecho subjetivo *ex* Reglamento Roma III, *ex* Derecho de la UE). Por ello, resulta irrelevante que la Ley estatal elegida por los cónyuges les impida elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial.

c) Elección de una Ley estatal que impide o prohíbe el divorcio / separación judicial

93. Los arts. 5-7 RR-III no exigen para la validez de la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, que dicha Ley estatal elegida por los cónyuges permita el divorcio / separación judicial en el caso concreto. En consecuencia, los cónyuges pueden elegir una Ley estatal que restringe, prohíbe o incluso impide el divorcio / separación judicial entre ellos. Sin embargo, en relación con estos casos, el Reglamento ha previsto dos soluciones.

En primer término, el art. 10 RR-III indica que “*cuando la ley aplicable con arreglo a los arts. 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro*”. Este precepto podrá permitir, en esos dos casos, que se dicte una sentencia de divorcio o de separación judicial. No obstante, si la Ley elegida por los cónyuges contempla el divorcio / separación judicial pero lo hace complicado, difícil o imposible en el caso concreto, y concede a ambos cónyuges la iniciativa e igualdad en el acceso al divorcio, el art. 10 RR-III no resulta aplicable y la Ley elegida por los cónyuges se aplicará aunque impida el divorcio / separación judicial *in casu*.

En segundo término, el art. 12 RR-III afirma que puede excluirse la aplicación de la Ley elegida por los cónyuges si dicha aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Visto que el orden público internacional es una noción “nacional” (= su contenido y aplicación depende de cada Estado), puede resultar que la Ley elegida que impide, prohíba o dificulte el divorcio / separación judicial sea contraria al orden público internacional de un Estado concreto, pero no al orden público internacional de otro Estado miembro participante en el Reglamento.

De todos modos, si el juez competente acredita que la elección de la Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial no fue una “elección informada” de ambos cónyuges, dicha elección no surtirá ningún efecto legal. Así es, porque aunque la Ley estatal presuntamente elegida regule la existencia de un vicio del consentimiento y su régimen jurídico, la consecuencia de la presencia de tal vicio es fijada directamente por el Reglamento Roma III, pues “[l]a elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento”, dice el Cons. (18) RR-III. De tal modo, si la elección de Ley no constituye una “elección informada”, no es válida a efectos del Reglamento, pues debe recordarse que el Reglamento Roma III es un “Reglamento de la UE” y por tanto, es “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de conformidad con los Tratados”. El principio de elección informada se contiene en el Cons. (18) RR-III y las normas del Reglamento desarrollan tal principio jurídico.

d) Elección informada de la Ley aplicable al divorcio

94. Los cónyuges deben ser plenamente conscientes de que están eligiendo una concreta Ley estatal para regular su divorcio y deben ser también plenamente conscientes de lo que ello comporta y significa. Tres supuestos distintos deben distinguirse.

En primer lugar, cuando un cónyuge elige una Ley cuando cree estar eligiendo otra Ley constituye una elección no informada de Ley aplicable. Así, elegir, por error, la Ley sueca en vez de la Ley suiza pone de relieve que la elección no ha sido una “elección informada” de la misma.

En segundo lugar, elegir una Ley cuyo contenido se desconoce es también una elección no informada de la Ley aplicable y no es válida. En este sentido, muy interesante resulta la sentencia Tribunal di Belluno de 26 octubre 2016 [divorcio en Italia de cónyuges albaneses]¹⁹⁵. En la misma, el tribunal deja claro que ambos cónyuges eligieron conscientemente la Ley de su país, albania, porque les permitía acceder directamente al divorcio sin pasar por la separación, tal y como establecía, en dicho momento el Derecho italiano, que es el Derecho del país de la residencia habitual común de los cónyuges. Eligieron, pues, la ley albanesa porque sabían que dicha Ley les resultaba más conveniente a sus intereses, como muy agudamente explica F. FALCONI¹⁹⁶.

En tercer lugar, no elegir una Ley concreta porque los cónyuges no saben que disponen o disponían de dicha opción, implica que el tribunal debe ofrecerles, dentro de los márgenes de su Derecho procesal, la posibilidad de que realicen dicha elección de Ley aplicable a su divorcio. Así, en el caso de la ordenanza de 11 diciembre 2012, el Tribunale di Milano, los cónyuges litigaron por divorcio ambos con arreglo a la Ley ecuatoriana porque que creyeron, como error, que el Reglamento Roma III no era

¹⁹⁵ Sentencia Tribunal di Belluno de 26 octubre 2016 [divorcio en Italia de cónyuges albaneses], *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2017, p. 755.

¹⁹⁶ F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 568-580.

aplicable. Pensaron, otro error, que se aplicaban las normas italianas de Derecho internacional privado, en concreto el art. 31.1 *legge* 218/95, que conducía, inexorablemente, a la Ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la demanda¹⁹⁷. El tribunal les concedió un plazo para que decidieran si deseaban elegir otra Ley como Derecho regulador de su divorcio.

3. Requisitos de forma de la elección de Ley

95. Los cónyuges pueden elegir la Ley de un Estado para regular su divorcio / separación judicial, pero para que dicha elección resulte válida, no sólo debe ajustarse a los requisitos materiales recogidos en los arts. 5 y 6 RR-III, sino que además debe realizarse en una forma determinada (art. 7 RR-III). Se trata de requisitos de forma *ad solemnitatem*, de modo que si no concurren en el caso específico, dicho acuerdo será nulo de pleno derecho y no surtirá efectos jurídicos. Los requisitos formales son de dos tipos.

96. Estas exigencias de forma tienen como objetivo, en primer lugar, facilitar la prueba de la existencia del acuerdo ante el tribunal. En segundo lugar, permiten revestir de ciertas cautelas la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, ya que las consecuencias jurídicas de dicha elección son muy relevantes y los cónyuges deben ser conscientes de ello y estar perfectamente informados de su decisión al respecto (Cons. (17) (18) (19) Reg. RR-III). En tercer lugar, con ello se impide que la elección de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial sea consecuencia de una imposición de un cónyuge o de un tercero (= padres, otros miembros de la familia, terceros con ascendencia moral), sobre el otro cónyuge o sobre ambos cónyuges.

A) Requisitos formales mínimos “europeos”: acuerdo por escrito, fechado y firmado

97. El acuerdo de elección de Ley aplicable al divorcio por los cónyuges debe realizarse por escrito, fechado y firmado. El Reglamento Roma III no exige ningún otro requisito formal. Así, precisa P. HAMMJE, no es preciso que la elección de Ley tenga lugar en un documento o instrumento público o ante notario, juez o autoridad similar¹⁹⁸. Tampoco puede exigirse que la elección de Ley se realice por cónyuges que estén presentes en el mismo país o lugar ni que se lleve a cabo en un idioma determinado, ni que la elección sea expresa ni que hayan sido asesorados legalmente por abogados en el acto de elección de Ley. Por tanto, puede elegirse la Ley aplicable de forma implícita, siempre que se lleve a cabo por escrito, el acuerdo esté fechado y aparezca debidamente firmado por los cónyuges. Ejemplo: «*El divorcio se registró por la Ley del país en el que actualmente residen los cónyuges*».

98. Los requisitos formales mínimos del acuerdo de elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, esas *exigences de forme minimales*, en palabras de T. VIGNAL, (art. 7.1 y Cons. (19) RR-III), son los que siguen¹⁹⁹.

a) Elección por acuerdo escrito

99. El acuerdo de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial debe realizarse por escrito. La forma en que aparezca “escrito” el acuerdo es indiferente: puede constar en fax, escrito a mano, escrito por medios mecánicos o electrónicos, etc. No cabe elegir la Ley aplicable de forma me-

¹⁹⁷ Ordenanza Tribunale di Milano (Italia) de 11 diciembre 2012 [cónyuges ecuatorianos], *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2013, p. 753. Vid. también el estudio de F. FALCONI citado en la nota inmediatamente anterior.

¹⁹⁸ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338.

¹⁹⁹ T. VIGNAL, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Sirey, 2021, pp. 309-310.

ramente oral aunque posteriormente exista una “confirmación escrita” del acuerdo expedida por uno de los cónyuges que pone de manifiesto la previa elección oral de la Ley aplicable por los cónyuges. Sí que debe admitirse una elección por escrito pero contenida en documentos diferentes, como la demanda y la contestación a la demanda (sent. Tribunale di Alesandria (Italia) 11 diciembre 2017 [matrimonio entre ciudadanos rumanos]; sent. Tribunale di Belluno [Italia]) 13 febrero 2014 [matrimonio entre ciudadanos tunecinos residentes en Italia])²⁰⁰. Indica el art. 7.1 *in fine* RR-III que “[s]e considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio”. Esta regla es aplicable a los acuerdos realizados por e-mail o sistemas similares de los que pueda ser posible recabar una prueba fehaciente visible por los cónyuges y por terceros.

100. No produce efectos jurídicos la llamada “elección presunta” de la Ley aplicable al divorcio / separación legal. Es decir, el juez no puede declarar aplicable una Ley estatal concreta con el argumento de que dicha Ley es la que unos concretos cónyuges hubieran elegido como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial si se hubieran planteado la cuestión de la Ley que debería regir su divorcio / separación judicial. Tampoco resulta relevante la llamada “elección presunta del hombre medio”, esto es, la Ley aplicable que, según el juez, hubiera elegido un “hombre medio” (= “*reasonable man*” / “buen padre de familia”) si se hubiera planteado la cuestión.

101. El art. 5 RR-III exige que la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación legal tenga lugar “*por escrito*” y que recaiga sobre una de las Leyes estatales a las que se refiere dicho precepto. Ahora bien, como ha escrito T. HELMS, no exige que se trate de una elección «expresa»²⁰¹. Por tanto, si la elección de Ley de manifiesta por escrito y recae sobre una de las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges, será válida, aunque se trate de una elección implícita o tácita. Así, por ejemplo, cabe indicar, por escrito, en un contrato matrimonial: «*En caso de divorcio, los cónyuges eligen como Ley aplicable la Ley de su nacionalidad común en la fecha presente*». Igualmente, los cónyuges pueden «copiar» en su contrato o acuerdo matrimonial, las causas de divorcio / separación judicial recogidas en una concreta legislación estatal. Si el juez competente estima que ello manifiesta la voluntad de las partes de sujetar las causas del divorcio / divorcio / separación judicial a una concreta Ley estatal, dicha Ley estatal debe aplicarse *ex art. 5 RR-III*. No obstante, el juez no puede inferir de las «circunstancias del litigio», que las partes han elegido de modo implícito una determinada Ley estatal para regir su divorcio / separación judicial. La elección implícita de la Ley aplicable sólo es posible si la designación de la Ley aplicable se realiza por escrito, está fechada y firmada por los cónyuges y recae en favor de una Ley estatal de las contempladas en el art. 5 RR-III.

b) Elección por acuerdo fechado

102. El acuerdo debe estar fechado. La forma en la que se exprese la fecha es libre, pero la fecha debe constar en el mismo acuerdo, no en un documento separado al mismo. La declaración de voluntad de cada cónyuge puede llevar una fecha diferente.

c) Elección por acuerdo firmado

103. El acuerdo debe aparecer firmado por ambos cónyuges. Cabe emplear la firma manuscrita así como la firma electrónica si la misma permite comprobar la identidad del cónyuge firmante.

²⁰⁰ Sent. Tribunale di Alesandria (Italia) 11 diciembre 2017, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, pp. 618-619; Sent. Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 832-833. Sobre la cuestión y con cita de jurisprudencia abundante muy bien explorada, *vid.* F. FALCONI, “Il Regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n° 1, pp. 568-580.

²⁰¹ T. HELMS, «Konkludente Wahl des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts? (OLG Hamm, S. 349)», *IPRax*, 2015-1, pp. 334-336.

B) Requisitos formales adicionales “nacionales”

104. En el caso de que la Ley del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establezca requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos deberán observarse (art. 7.2 RR-III). En el caso de que en la fecha de celebración del acuerdo de elección de Ley, los cónyuges tengan su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados establezcan requisitos formales diferentes, el acuerdo de elección de Ley será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones (art. 7.3 RR-III). Si, en la fecha de celebración del acuerdo de elección de Ley, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación (art. 7.4 RR-III).

105. Esta mezcla de requisitos europeos y requisitos nacionales no resulta muy afortunada. Complica, según ha explicado P. FRANZINA, la precisión de los concretos requisitos formales exigibles, que pueden cambiar según el caso y según el país de residencia habitual de los cónyuges²⁰². Refleja, en definitiva, que resultó imposible que los Estados miembros particulares en el Reglamento Roma III llegaran a un acuerdo relativo a los requisitos formales uniformes y únicos del acuerdo de elección de Ley.

106. Puede resultar extraña esta remisión en favor de las formalidades exigidas por la “Ley del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual”. La exigencia de observancia de estos requisitos adicionales de forma establecidos en la Ley de un Estado miembro participante se explica porque ciertos Estados miembros participantes disponen de exigencias formales *ad solemnitatem* que deben cumplir los contratos matrimoniales, los pactos matrimoniales o las capitulaciones matrimoniales en las que pueden incluirse estos acuerdos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial (Cons. 19 RR-III). El art. 7.2-4 RR-III se refiere, en efecto, a requisitos formales de “*ese tipo de convenio*” (= requisitos formales de los contratos matrimoniales y similares). De ese modo, si el Estado miembro participante del que se trate dispone de exigencias formales para estos contratos matrimoniales y similares, tales requisitos de forma son también aplicables a los acuerdos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial. Estas exigencias de forma nacionales suplementarias deben observarse tanto en el caso de que el acuerdo de elección de Ley se incluya materialmente en los contratos matrimoniales o similares como en el supuesto de que el acuerdo se haya concluido de manera independiente y separada. La preferencia por la Ley del Estado miembro participante correspondiente a la residencia habitual de los cónyuges se explica por dos razones: (a) En la mayoría de los casos, los convenios, acuerdos, contratos o pactos matrimoniales se registrarán, tanto en su forma como en su fondo, por la Ley del Estado de la residencia habitual de los cónyuges. Por ello, al exigir que la forma del acuerdo de elección de Ley aplicable al divorcio / separación judicial se adapte a las exigencias formales de la Ley de la residencia de los cónyuges, estos acuerdos de elección de Ley no resultan ser menos rigurosos, desde el punto de vista formal, que los contratos, pactos, convenios o capitulaciones matrimoniales; (b) Por otro lado, como se aprecia, la forma solemne de estos acuerdos exigida por la Ley de un Estado miembro participante en el Reglamento Roma III sólo debe observarse en el caso de que los cónyuges, o uno de ellos, tenga su residencia habitual, efectivamente, en un “Estado miembro participante”. Ello se explica, también, por una razón fuertemente vinculada a la soberanía estatal, esto es, al deseo de estos Estados miembros participantes de no “perder el control” de los requisitos de forma de los pactos, contratos o acuerdos matrimoniales que se celebran por personas que residen en su territorio. De ese modo, además, todo tipo de acuerdo matrimonial, incluido el acuerdo de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial, deberá observar las mismas exigencias formales. Así, los acuerdos de elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial no serán de mejor condición que el resto de acuerdos, pactos o contratos matrimoniales desde el punto de vista de las exigencias de forma. Ello explica también que el Reglamento sea, en este aspecto, totalmente indife-

²⁰² P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496;

rente a los requisitos de forma adicionales que puedan establecer los Estados no participantes en el mismo (= cuya soberanía legal no se protege en un Reglamento en el que tales Estados no participan). El Derecho español carece de una regulación específica sobre los requisitos formales exigidos a los pactos de elección de Ley. Si el acuerdo de elección de Ley se incorpora al convenio regulador recogido en el art. 90 CC, este precepto no exige requisitos formales particulares o específicos para la validez de tal convenio regulador.

4. Cambio y modificación de la elección de Ley

107. Los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial “*en cualquier momento*” (art. 5.2 RR-III). Esta expresión presenta un alcance muy amplio, de modo que autoriza a los cónyuges para elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial antes o después de la celebración del matrimonio y hasta el momento de la interposición de la demanda de divorcio / separación judicial ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante en el Reglamento Roma III. No es relevante que el proceso de divorcio / separación judicial sea contencioso o de mutuo acuerdo: el cambio de Ley elegida o la elección tardía de la Ley aplicable es siempre posible.

108. Los cónyuges también pueden designar la ley aplicable a su divorcio / separación judicial en el curso del procedimiento de divorcio / separación judicial siempre que se elija la Ley aplicable “*ante el órgano jurisdiccional*”, siempre que la Ley del foro permita esta elección de Ley durante el proceso y siempre que se registre dicha designación de Ley de conformidad con la ley del foro (art. 5.3 RR-III). Debe profundizarse en las dos hipótesis previstas por el art. 5.2 y 3 R. RR-III.

109. a) Elección de Ley antes del inicio del proceso de divorcio / separación judicial. Los cónyuges pueden elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial “*en cualquier momento*” (art. 5.2 RR-III). De ello se infiere lo siguiente: (a) Puede elegirse la Ley aplicable al divorcio / separación judicial antes o después de la celebración del matrimonio. Debe subrayarse que el art. 5.2 RR-III, que es el inciso que autoriza la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, no se refiere a los “cónyuges”, pues efectivamente, si se elige la Ley aplicable al divorcio / separación judicial antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges todavía no son “cónyuges” sino meros “contrayentes”. Si el matrimonio proyectado no se celebra, el acuerdo de elección de la Ley aplicable no habrá surtido efecto legal alguno; (b) Los cónyuges pueden también modificar una elección de Ley estatal ya realizada anteriormente. En tal sentido, pueden cancelar la elección de Ley hecha precedentemente y cambiarla en favor de otra Ley estatal diferente. Pueden, igualmente, derogar completamente dicha elección de Ley, de modo que el divorcio / separación judicial se regirá por la Ley del Estado al que conducen los puntos de conexión objetivos previstos en el art. 8 y 9 RR-III para designar la ley aplicable al divorcio / separación judicial en defecto de elección de Ley por los cónyuges (art. 5.2 RR-III) (c) Los cónyuges también pueden establecer un cambio automático de Ley aplicable o una derogación de la aplicación de la misma si sobreviene un hecho o evento o una condición o modo, apunta P. FRANZINA²⁰³. Ejemplo: “*La Ley aplicable al divorcio será la Ley marroquí siempre que los esposos profesen la religión islámica en el momento de la interposición de la demanda, y en caso contrario, regirá la Ley del país de la residencia conyugal común*”; (d) El único límite temporal a la posibilidad de elegir la Ley aplicable o de cambiarla o derogarla, es el siguiente: los cónyuges sólo pueden elegir la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial hasta el momento de la interposición de la demanda de divorcio / separación judicial ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro participante en el Reglamento Roma III. Hasta dicho instante, los cónyuges disponen del derecho subjetivo a elegir la Ley reguladora de su divorcio / separación judicial *ex* Reglamento Roma III y de cambiar una elección de Ley realizada previamente. Debe entenderse que el límite temporal se encuentra en el momento en el que se interpone la demanda y no del momento en el que la demanda ha sido admitida. La determinación de cuándo y en qué condiciones se considera

²⁰³ P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto internazionale*, 2011-2, pp. 488-496;

“interpuesta” una demanda debe fijarse con arreglo al Derecho Procesal del Estado miembro participante ante cuyos tribunales se haya presentado la solicitud en cuestión. Antes del proceso de divorcio / separación judicial, los cónyuges pueden elegir cualquiera de las Leyes relacionadas en el art. 5 RR-III.

110. b) Elección de Ley durante el proceso de divorcio / separación judicial. A partir del momento en el que se ha interpuesto la demanda, se entra en los dominios del Derecho procesal del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto (= excluidas sus normas de conflicto de leyes). Por tanto, cabe elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial sólo y exclusivamente si la *Lex Fori* así lo permite. Es decir, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable a su divorcio / separación judicial en el curso del procedimiento de divorcio / separación judicial si se verifican tres condiciones (art. 5.3 y Cons. (20) RR-III): (a) La elección debe ser intra-procedimental (= debe verificarse “ante el órgano jurisdiccional” y no fuera o al margen de dicho procedimiento, en virtud de un mero acuerdo privado extrajudicial aunque esté pendiente, en ese momento, el proceso de divorcio); (b) Dicha elección sólo surtirá efectos legales “si la ley del foro así lo establece”. Es decir, el Derecho Procesal del Estado cuyos tribunales conocen del asunto debe admitir la elección de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial durante el proceso (= “en el curso del procedimiento”); (c) Si la elección de Ley se produce en el curso del procedimiento, el órgano jurisdiccional que conoce del litigio registrará dicha designación de Ley de conformidad con la Ley del foro. Ello significa que debe quedar constancia expresa de dicha elección de Ley y que ello se debe realizar con arreglo a los procedimientos legales establecidos en la *Lex Fori*. En el caso de que la *Lex Fori* permita la elección de Ley durante el proceso de divorcio / separación judicial pero no contemple la exigencia de un “registro” de la misma, tal registro no será necesario. Durante el proceso de divorcio / separación judicial, si se verifican las tres condiciones anteriores, los cónyuges pueden elegir como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial no sólo la Ley del foro, sino la Ley de cualquier otro Estado en la medida en que ello esté permitido por el art. 5 RR-III.

En el Derecho procesal italiano, el art. 709 CPC permite el pacto sobre la Ley aplicable *intra-processum* e incluso puede sostenerse que obliga al juez italiano a indicar a las partes que pueden elegir la Ley aplicable a su divorcio y que se manifiesten en tal sentido (Sent. Trib. Milano 11 octubre 2012 [divorcio en Italia ente cónyuges de Ecuador])²⁰⁴.

111. En relación con la elección de la Ley aplicable al divorcio en el Derecho Procesal español, es necesario introducir varias precisiones.

Primero, si el actor presenta su demanda con arreglo a un Derecho estatal y la parte el cónyuge demandado contesta a la misma con arreglo al mismo Derecho estatal, debe entenderse que existe un acuerdo de elección de Ley reguladora del divorcio. Se trata de un acuerdo por escrito, fechado y firmado y por tanto, sustancial y formalmente válido. La jurisprudencia es proclive a ello e incluso lo era cuando resultaba aplicable el art. 107 CC. En Derecho italiano la jurisprudencia es de la misma opinión (Sent. Tribunale di Belluno 13 diciembre 2014 [divorcio entre cónyuges tunecinos])²⁰⁵.

Segundo, los cónyuges pueden pactar la Ley que rige su divorcio / separación judicial en el marco del art. 774.1 LEC, que indica que “[e]n la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio...”.

Tercero, incluso en momentos posteriores a la vista los cónyuges pueden elegir la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. En tal caso, se provoca un incidente de especial pronunciamiento (art. 389 LEC: “Las cuestiones incidentales serán de especial pronunciamiento si exigen que el tribunal decida sobre ellas separadamente en la sentencia antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito” y art. 391 LEC: “Además de los determinados expresamente en la Ley, se considerarán en el caso del anterior las cuestiones incidentales que se refieran: [...] 3.º A cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre

²⁰⁴ Sent. Trib. Milano 11 octubre 2012, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 768-771.

²⁰⁵ Sent. Tribunale di Belluno [Italia] 13 febrero 2014, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 832-833.

la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación”. Ciertos expertos, es el caso de P. HAMMJE, opinan que esta elección de la Ley aplicable al divorcio no cabrá en Derecho francés²⁰⁶.

Cuarto, sin embargo, en el Atlas judicial europeo en materia civil consta que España ha declarado, eso sí, sin justificación alguna en precepto alguno, que «según la legislación española, los cónyuges no pueden designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento». En realidad, no se sabe por qué España ha declarado eso.

5. Elección de Leyes subsidiarias, alternativas y flotantes reguladoras del divorcio

A) Elección de Leyes en modo subsidiario

112. El art. 5 RR-III no prohíbe que los cónyuges elijan una Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial como “Ley primera” y que elijan, para el caso de que la primera no pudiera aplicarse por motivos de orden público internacional, falta o imposibilidad de prueba de la Ley aplicable, u otras razones, otra Ley estatal de las recogidas en la relación contenida en el art. 5 RR-III. Ejemplo: “en el caso de divorcio, éste se regirá por la Ley marroquí (Ley nacional común de los esposos) y en caso de imposible aplicación de dicha Ley, se regirá por la Ley española (país de residencia habitual de los cónyuges en el momento del pacto)”, como sugiere certeramente L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA²⁰⁷.

B) Elección de Leyes mediante “cláusulas de reemplazo”

113. No parece admisible que los cónyuges puedan pactar la aplicación de una Ley estatal concreta de aplicación preferente y, para el caso de que dicha Ley no permitiese el divorcio / separación judicial, la aplicación de otra Ley estatal diferente. En este caso, el divorcio se rige por la primera Ley estatal y si dicha Ley dispone que no debe concederse el divorcio, tal resultado se respetará. Aceptar estas “cláusulas de reemplazo” conduciría, en realidad, a una aplicación alternativa de Leyes reguladoras del divorcio o lo que es lo mismo, a la aplicación simultánea de varias Leyes, lo que está prohibido por el art. 5 RR-III, que sólo autoriza la elección de “una Ley estatal” reguladora del divorcio / separación judicial. La seguridad jurídica justifica esta solución.

C) Cláusulas flotantes de elección de Ley

114. Los cónyuges pueden elegir una Ley aplicable al divorcio / separación judicial que resulte operativa si la demanda se interpone ante tribunales de un Estado, y otra Ley aplicable al divorcio / separación judicial que será aplicable en el caso de demanda ante autoridades de otro Estado. En este supuesto, la Ley aplicable será siempre una sola y la cláusula de elección de Ley ofrece suficiente seguridad jurídica a los cónyuges. El art. 5 RR-III, norma principal sobre la determinación de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, debe interpretarse de modo amplio, para procurar, en la mayor medida posible, el respeto de los pactos interpartes sobre la cuestión.

6. Elección de Leyes distintas reguladoras del divorcio y de la separación legal

115. Los cónyuges pueden elegir, de modo diferenciado, la Ley aplicable al divorcio y la Ley reguladora de la separación legal. En efecto, pueden designar la Ley Z para regular su posible divorcio

²⁰⁶ P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338;

²⁰⁷ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010”, *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7.

y la Ley W para regir su eventual separación legal, explica P. FRANZINA²⁰⁸. Del mismo modo, pueden señalar la Ley estatal reguladora del divorcio y guardar silencio sobre la Ley reguladora de la separación legal o viceversa, así como designar la misma Ley estatal aplicable al divorcio y a la separación legal.

IV. Conclusiones. La autonomía de la voluntad y la Ley reguladora del divorcio

116. Escribe con extrema brillantez S. CORNELOUP que al regular el divorcio internacional, el Reglamento Roma III no permanece en una zona neutral²⁰⁹. El Reglamento Roma III transporta una visión europea de las relaciones familiares y del divorcio. Esta visión está cargada de valores jurídicos puramente europeos, en expresión de I. PINGIL²¹⁰.

Se trata, en efecto, de un divorcio igualitario, en el que ambos cónyuges eligen la Ley aplicable sobre una misma base jurídica. Un divorcio de fácil acceso y sencillo porque los cónyuges, dentro de ciertos límites, pueden elegir la Ley estatal más adecuada para regular su divorcio.

Es también un divorcio con circulación europea garantizada, porque la sentencia de divorcio dictada en aplicación del Reglamento Roma III se reconoce y ejecuta en los Estados miembros de la Unión Europea. Y es también por eso un divorcio estable, un divorcio que no se desvanece al cruzar la frontera, un divorcio con seguridad jurídica y estabilidad transfronteriza que beneficia a los ciudadanos que viven y trabajan en el espacio europeo de Justicia.

Es un divorcio concebido como un derecho individual, lo que se colige del art. 10 RR-III. Dicho precepto, en efecto, que otorga un derecho individual al divorcio al descartar la aplicación de la Ley estatal que no contemple la institución del divorcio. El art. 10 RR-II también se aplica en el caso de que los cónyuges hayan elegido la Ley aplicable al divorcio. Ello quiere decir que el derecho individual al divorcio prevalece sobre la elección de Ley efectuada por los cónyuges.

En suma, el divorcio europeo es un divorcio igualitario, de fácil acceso y sencillo, un divorcio estable y seguro que circula por toda la Unión Europea y es válido y eficaz en toda la Unión Europea, y es un divorcio convertido en derecho individual. Sobre este concepto europeo de divorcio es posible que pueda llegarse a una cierta armonización del Derecho material de los Estados miembros en relación con el divorcio. Se trata, es evidente, de una elección política adoptada por el legislador europeo. Esta elección política afecta a los cónyuges que se divorcian en la Unión Europea pero también tiene, señala J. WOUTERS, una repercusión general en la sociedad europea, en el interés general²¹¹.

Este divorcio europeo tan neoliberal presenta también algunos aspectos controvertidos. Este divorcio sencillo y veloz puede, en ocasiones, dañar la posición emocional de los hijos comunes menores de edad. Debe tenerse presente que los divorcios suelen implicar disputas relativas a la responsabilidad parental sobre los menores así como sustracciones internacionales de niños. Una reflexión sobre la dimensión colectiva de las relaciones familiares es, así, necesaria.

117. La autonomía de la voluntad conflictual ha alcanzado, apunta F. MAULTZSCH, el rango de solución de valor general para el Derecho internacional privado europeo²¹². Por coherencia estructural del Derecho Privado, la expansión de la autonomía de la voluntad conflictual en Derecho internacional privado encaja con la expansión de la autonomía material en amplios sectores del Derecho Privado material de los Estados miembros. Así se puede apreciar en campos como el derecho al nombre de las

²⁰⁸ P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2011-II, pp. 85-129; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *RDI*, 2011-2, pp. 488-496.

²⁰⁹ S. CORNELOUP, *The Rome III Regulation. A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Elgar Commentaries in Private International Law series, 2020, pp. 11-19.

²¹⁰ I. PINGIL, «Les valeurs dans les traités européens. Consécration, contestations», *Journal du droit international, JCI Clu-net*, 2020, n. 3, pp. 845-896.

²¹¹ J. WOUTERS, «Le statut juridique des standards publics et privés dans les relations économiques internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2020, t. 407, pp. 9-122, pp. 101-102.

²¹² F. MAULTZSCH, «Party autonomy in European private international law: uniform principle or context-dependent instrument?», *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 466-491.

personas físicas, las relaciones jurídicas entre los cónyuges y entre los miembros de las parejas registradas, las sucesiones *mortis causa*, etc. Por tanto, la libre elección de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales constituye la mejor solución jurídica de Derecho internacional privado, la más eficiente, porque premia a las mejores regulaciones jurídicas y castiga a las más deficientes y permite, al mismo tiempo, que las partes alcancen sus legítimos objetivos del modo más económico. El necesario estudio del Derecho comparado muestra que existen regulaciones más eficientes para ciertas personas que para otras, observa J. SCHACHERREITER²¹³. Por eso, a partir de la idea magistralmente expuesta por R. CABRILLAC, puede y debe afirmarse que la autonomía de la voluntad conflictual es una clave de bóveda fundamental de la estructura constitucional del Derecho internacional privado europeo²¹⁴. Es el auténtico e imbatido campeón del Derecho internacional privado europeo, escribe P. MANKOWSKI²¹⁵. Los reglamentos europeos de Derecho internacional privado han elevado la autonomía de la voluntad, como expresa T. MARZAL YETANO, a un rango constitucional en la arquitectura del espacio europeo de Justicia²¹⁶. En tal sentido se cumple a profecía de F. GALGANO: el contrato está pasando a ocupar el lugar de la Ley, «*il contratto al posto della legge*», porque también a la hora de precisar la Ley aplicable a un divorcio internacional, el Reglamento Roma III prefiere el contrato (art. 5 RR-III) antes que los criterios objetivos recogidos en la normas jurídica positiva (art. 8 RR-III)²¹⁷.

118. En el mundo de la libre elección de Ley, las Leyes mejores desplazan a las peores y permiten a las personas aumentar su bienestar porque, de ese modo, los recursos acaban en las manos de las personas que más los valoran, apunta H. GROSSE RUSE-KHAN²¹⁸. Esta visión eficiente, es, como expone P. KINSCH, una aportación positiva del Derecho neoliberal de nuestro tiempo²¹⁹. De ese modo, la elección de Ley aplicable al divorcio constituye la mejor solución para precisar la ley aplicable al mismo y precisamente ello explica que dicho criterio ocupe el puesto más elevado en la pirámide de puntos de conexión del Reglamento Roma III. Un puesto en las alturas desde donde todo se ve con las lentes de la eficiencia en los conflictos de leyes.

²¹³ J. SCHACHERREITER, „Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung -- Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung“, *RabelsZ*, 2013-2, pp. 272-299.

²¹⁴ R. CABRILLAC, “Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?”, *Revue Juridique Thémis*, n. 39, tomo 3, 1994, Québec, pp. 245-269. *Vid.* también, F. RIELÄNDER, “Überlegungen zu einem allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts”, en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 303-333.

²¹⁵ P. MANKOWSKI, “Just how free is a free choice of law in contract in the EU?”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 231-258.

²¹⁶ T. MARZAL YETANO, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law“, *JPIL*, 2010, 1, vol. 6, pp. 155-171.

²¹⁷ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Collana Saggi, 2005, pp. 99-101.

²¹⁸ H. GROSSE RUSE-KHAN, “A conflict-of-laws approach to competing rationalities in international Law. The case of plain packaging between IP, trade, investment and health”, *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 309-348, también en Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-05, en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2204980> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2204980>.

²¹⁹ P. KINSCH, “Trois visions de l’avenir d’un droit international privé néolibéral”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 165-193.