



FACULTAD DE DERECHO

El divorcio en el Reglamento 1259/2010 y las formas extravagantes a los Derechos europeos de disolución del matrimonio.

Autor: Ignacio Helguero Narváez

5°E3 B

Derecho Internacional Privado

Tutor: Isabel Lázaro González

Madrid
Abril, 2017

RESUMEN

El trabajo de investigación que se presenta discurre, principalmente, sobre el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Es a partir de esta norma, a través de la cual hemos analizado las formas extravagantes de disolución del vínculo matrimonial (divorcio mediante acuerdo privado entre las partes y el repudio) con un objetivo claro: explicar su existencia, fundamentación, límites y formas, así como su tratamiento desde el Derecho europeo.

ABSTRACT

The research work we present is, mainly, about the Regulation 1259/2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. We have analysed the extravagant ways of dissolving marriages (private agreements and repudiation) based on the Regulation Rome III with a clear objective: to explain its existence, substantiation, limits and forms, as well as the treatment they receive from the European law.

PALABRAS CLAVE

Repudio, Derecho Internacional Privado en la UE, divorcio, Reglamento 1259/2010, acuerdo privado entre los cónyuges.

KEY WORDS

Repudiation, International Private Law in the EU, divorce, Regulation 1259/2010, private agreement between spouses.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Listado de abreviaturas.....	1
Introducción.....	1
Desarrollo.....	3
Presentación del Reglamento 1259/2010.....	3
Reglamento 1259/2010 y su ámbito de aplicación. Posibilidad de aparición de formas extravagantes de disolución del matrimonio.....	4
Ámbito de aplicación material.....	5
Ámbito de aplicación espacial y personal. Alcance <i>erga omnes</i> ...	6
Derecho aplicable: elección o no elección de ley.....	9
Elección de Derecho aplicable: autonomía de la voluntad.....	10
Ley aplicable a falta de elección de los cónyuges.....	12
Crítica al pragmatismo del Reglamento 1259/2010.....	18
Autonomía de la voluntad limitada. Requisitos de fondo y de forma.....	21
Formas extravagantes de disolución del matrimonio.....	26
Divorcio mediante acuerdo privado entre las partes.....	26
Repudio.....	28
Elección de una ley religiosa en la disolución del vínculo matrimonial.....	30
Análisis de la cláusula de igualdad de acceso al divorcio y el orden público en el Reglamento 1259/2010. Arts. 10 y 12 RRIII.....	31
Igualdad de acceso al divorcio o separación judicial: art. 10 RRIII.....	32
Orden público internacional: art 12 RRIII.....	33
Conclusiones.....	36
Bibliografía.....	37

Listado de abreviaturas

Artículo: art.

Código Civil: CC

Cons.: Considerando

R.A.E.: Real Academia Española.

Reglamento: R.

Reglamento Roma III: RRIII

INTRODUCCIÓN

En Europa, cada vez se producen más situaciones en las cuales encontramos matrimonios internacionales, ya sea compuestos por nacionales de Estados miembros de la UE, de Estados europeos no miembros o de terceros Estados. Esta realidad creciente ha provocado la necesidad de regular la ley aplicable al divorcio o separación de estos matrimonios que acudían a unos tribunales de un país miembro de la UE a disolver su vínculo matrimonial. Dentro de las posibles leyes aplicables al divorcio o separación judicial en los términos que veremos en el desarrollo del trabajo, encontramos que puede ocurrir que la ley de un tercer Estado que rija el divorcio o separación judicial y sea de aplicación, permita que dicha disolución del vínculo matrimonial se lleve a cabo conforme a instituciones jurídicas no contempladas en los Derechos Europeos como puede ser el repudio o el divorcio mediante acuerdo privado entre las partes.

El Trabajo de Fin de Grado titulado: “El divorcio en el Reglamento 1259/2010 y las formas extravagantes a los Derechos europeos de disolución del matrimonio” persigue explicar la existencia, fundamentación, limitaciones y formas de disolución extravagantes del vínculo matrimonial a través de su tratamiento en el Reglamento 1259/2010.

Para la consecución del objetivo mencionado, se ha llevado a cabo un estudio del texto del Reglamento 1259/2010 que hemos complementado con bibliografía jurídica de diversos autores (ver apartado de bibliografía). En cuanto al plan de trabajo, fijar un tema de interés y actualidad era un elemento primordial. Tras llevar a cabo unos trabajos previos de orientación, procedimos con el estudio que en estas páginas se puede observar.

Por último, las conclusiones del trabajo pretenden resumir de forma breve el contenido más destacado que se ha desarrollado a lo largo del escrito.

DESARROLLO

1º.- Presentación del Reglamento 1259/2010

El Reglamento 1259/2010, también conocido como Reglamento Roma III, se enmarca dentro de la legislación que promulga la Unión Europea con “el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la libre circulación de las personas”¹. Para ello, “la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos civiles con repercusión transfronteriza”².

Vemos cómo el ánimo del Reglamento es facilitar la convivencia de nacionales de distintos Estados dentro del espacio comunitario europeo. El Reglamento pretende fomentar la cooperación judicial en asuntos civiles como es el matrimonio y la disolución del mismo.

El contexto social necesitaba la profundización que lleva a cabo este Reglamento en materia de divorcio y separación judicial. La creciente movilidad de los ciudadanos en la Unión Europea ha dado lugar a un aumento del número de matrimonios "internacionales" cuyos cónyuges son de nacionalidades distintas, o viven en Estados miembros diferentes, o viven en un Estado miembro del que no son nacionales. Cuando una pareja "internacional" decide divorciarse, pueden invocarse varias legislaciones. El objetivo de las normas sobre la legislación aplicable, a menudo denominadas "normas de conflicto de leyes", es determinar cuál de las diversas legislaciones es la aplicable. Teniendo en cuenta el elevado número de divorcios en la Unión Europea, la legislación aplicable y la competencia internacional en asuntos de divorcio afectan a un considerable número de ciudadanos. Como ejemplo, aproximadamente el 15 por ciento de los divorcios pronunciados en Alemania al año (aproximadamente 30.000 parejas) afecta a parejas de distinta nacionalidad.³

En cuanto a los objetivos que se marca el Reglamento 1259/2010, cabe destacar tres: el primero es “crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al

¹ 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.(Cons. 1)

² Ídem

³ Comisión Europea, “Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, p. 3.

divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes”⁴, es decir, proporcionar a los matrimonios, independientemente de su nacionalidad, que resuelvan sus procesos de divorcio en foros de los países participantes en la cooperación reforzada que establece este Reglamento, una ley que les permita designar aquella que regirá su proceso de disolución matrimonial sin que quede duda alguna acerca de la aplicación de una legislación propia de un Estado concreto.

El segundo objetivo es “garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad”⁵, con ello se busca solucionar posibles conflictos legislativos en cuanto a la ley aplicable en determinadas circunstancias.

En tercer lugar, “impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses”⁶. Este objetivo es fundamental porque supone la terminación de una situación muy frecuente en la cual se aplicaban las leyes de conflicto del país en que se incoaba el procedimiento de divorcio o separación judicial. Existía un riesgo porque podía darse el caso de que el demandante presentase su demanda de divorcio en un Estado miembro con el objetivo de obtener un resultado ventajoso para él como puede ser la aplicación de una determinada ley de divorcio. Las consecuencias que acarrea este hecho pueden ser perjudiciales para la parte contraria, la cual tendría que someterse a una legislación con la que no presenta una vinculación estrecha y que merma sus intereses⁷.

2º.- Reglamento 1259/2010 y su ámbito de aplicación. Posibilidad de aparición de formas extravagantes de disolución del matrimonio.

Es pertinente a este estudio, puntualizar cómo y por qué surgen las formas extravagantes de la disolución del matrimonio en este Reglamento. Cuando analizamos el ámbito de aplicación del Reglamento, nos referimos tanto al ámbito material como al ámbito

⁴ 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.(Cons. 9)

⁵ Ídem

⁶ Ídem

⁷ Comisión Europea, “Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, p. 6.

espacial y personal del mismo. Si bien las formas extravagantes de disolución del vínculo matrimonial deben su existencia al segundo ámbito, es relevante mencionar brevemente a qué materias afecta el Reglamento 1259/2010 para poder realizar un análisis más preciso de las cuestiones que nos atañen y vislumbrar, claramente, la materia objeto de este trabajo.

Ámbito de aplicación material.

Para analizar el ámbito de aplicación material del Reglamento, hemos de acudir tanto al articulado como a los considerandos de la Comisión donde se establecen los principales aspectos que delimitan su aplicación.

El artículo 1 del Reglamento Roma III (en adelante RRIII), significa una delimitación positiva de las materias que regula, si bien puede generar dudas por su falta de concreción: “El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial”.⁸ Por lo tanto, se deduce que el resto de cuestiones que atañen a un proceso de disolución del vínculo matrimonial como pueden ser las obligaciones alimentarias, la nulidad o la responsabilidad parental, no están reguladas en esta disposición.

Para completar la definición del ámbito material de aplicación, prosigue el art.1 RRIII: “El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos (...) a) capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones”.⁹ Para las materias enumeradas en el artículo, habrá que acudir a normas alternativas de conflicto que regulen la legislación aplicable, en este caso será la legislación del Estado miembro donde se esté dirimiendo el divorcio o separación: “Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u

⁸ 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. Art. 1.1

⁹ *Ibidem*. Art. 1.2

otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”.¹⁰

“El ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento 2201/2003. No obstante, el presente Reglamento no debe aplicarse a la anulación del matrimonio”.¹¹ El Reglamento 2201/2003, también conocido como Reglamento Bruselas II, es el relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Es lógico y razonable que ambos Reglamentos se respeten y avancen de manera paralela en la regulación de materias tan relacionadas. Por otro lado, cabe destacar la no regulación de la ley aplicable a la nulidad matrimonial o anulación del matrimonio en este Reglamento, ello queda notoriamente claro en el art. 1.2.c) del mismo, lo cual supone una demarcación del Reglamento Bruselas II bis que sí recoge esta materia.¹² Esto se debe a la falta de consenso por parte de los Estados para regular esta materia.

Ámbito de aplicación espacial y personal. Alcance *erga omnes*.

En lo referente al ámbito de aplicación espacial, el territorio en el cual se aplica queda perfectamente delimitado en el propio Reglamento: “con el fin de delimitar con claridad el ámbito de aplicación territorial del presente Reglamento, conviene determinar los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada”.¹³

La definición de Estado miembro participante viene dada en el art. 3.1 del RRIII: “El Estado que participa en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en virtud de la Decisión 2010/405/UE o en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el artículo 331, apartado 1, párrafos segundo o tercero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. La Decisión del Consejo estableció la siguiente enumeración: “Se autoriza al Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Letonia, el Gran Ducado de Luxemburgo, la

¹⁰ 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. (Cons. 10.I).

¹¹ *Ibidem*. Cons. 10.III.

¹² Orejudo Prieto de los Mozos, P., “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (7193), p. 6.

¹³ 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. (Cons. 11).

República de Hungría, Malta, la República de Austria, la República Portuguesa, Rumanía y la República de Eslovenia a establecer una cooperación reforzada entre ellos en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal, en aplicación de las disposiciones pertinentes de los Tratados”.¹⁴

Por lo tanto, el instrumento sólo será aplicable por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes.¹⁵

El concepto *erga omnes* se refiere a la aplicación universal del Reglamento, es decir, la ley de aplicación al divorcio, puede ser propia de un país miembro o no. Por tanto, cabe que los tribunales de un país miembro del convenio apliquen una ley de divorcio o separación judicial de un país tercero que no sea miembro del convenio.

En cuanto a la nacionalidad de los cónyuges, esta carece de relevancia a la hora de poder invocar el Reglamento porque no es necesario ser nacional de un Estado miembro participante del convenio. Cualquier ciudadano de cualquier país del mundo puede ampararse bajo el RRIII, siempre y cuando, el tribunal donde se encuentre el asunto de divorcio sea el propio de un país donde el Reglamento es aplicable.

En cuanto al Estado de procedencia de la ley aplicable, el Reglamento establece en su art. 4: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante”. Lo cual se complementa de forma aún más explícita en los considerandos, donde se expresa que se puede designar como ley aplicable la ley de un Estado miembro participante, la de un Estado miembro no participante o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea.¹⁶

Es cada Estado quien regula el divorcio y separación judicial como su poder legislativo entienda. Las instituciones europeas carecen de competencia para unificar los distintos Derechos de Familia que existen en los Estados miembros. La misión de la Unión Europea, en este caso, es elaborar una normativa para aquellos casos en que se produzca

¹⁴ Decisión 2010/405/UE, “Decisión del consejo de 12 de julio de 2010 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal”. p.1.

¹⁵ Herranz Ballesteros, M., “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: el Reglamento (UE) N° 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º. 22, 2012, p. 48.

¹⁶ 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. (Cons. 12).

un conflicto de leyes y remitir a la legislación de un Estado concreto que regule el divorcio o separación judicial.

Por lo tanto, el RRIII podrá resultar de aplicación cuando exista un conflicto de leyes internacional, es decir, que la situación de divorcio o separación tenga un elemento de internacionalidad, no basta con que se designe una ley aplicable al divorcio extranjera.¹⁷ Habrá de existir un vínculo de nacionalidad, de residencia o de foro con un Estado extranjero para que el Reglamento 1259/2010 pueda aplicarse. Por ejemplo, si dos españoles, que han residido siempre en Madrid y que someten su proceso de divorcio a la jurisdicción española, no podrán divorciarse por la ley alemana puesto que no existe ningún vínculo de conexión y el Reglamento no contempla esta elección dentro de las opciones que brinda en su art. 5.

Ahora bien, para aquellos casos en que se dé algún elemento de internacionalidad, junto a los principios de jerarquía y competencia que rigen las relaciones entre las distintas disposiciones, la nacional y la comunitaria, la concreción de la norma aplicable se efectuará atendiendo a sus respectivos ámbitos de aplicación y a las circunstancias propias de las situaciones planteadas. Sin embargo, la realidad práctica evidencia que la primacía de la que gozan los textos institucionales, la amplitud de supuestos subsumibles en ellos y la flexibilidad de las soluciones adoptadas, van a suponer un desplazamiento de las disposiciones estatales. Desde la entrada en vigor de aquel, las normas estatales se han convertido en un sistema residual, aplicable en situaciones excepcionales.¹⁸ El art. 107.2 del Código Civil español ha cesado de su aplicación porque el RRIII contiene normas de conflicto universales.¹⁹

Para concluir, es importante destacar cómo surgen las formas extravagantes, las cuales toman dicho nombre porque son instituciones jurídicas que surgen de la aplicación de una legislación extranjera de disolución matrimonial. Estas formas no se recogen como tales

¹⁷ Orejudo Prieto de los Mozos, P., “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (7193), p. 2.

¹⁸ Sabido Rodríguez, M., “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en el Derecho Internacional Privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 45, 2013, p. 503.

¹⁹ González Beilfuss, C., “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho Internacional Privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, p.174.

en el ordenamiento jurídico del Estado del foro y pueden plantear problemas de conflicto con este.

Por lo tanto, necesitamos dos requisitos para considerar una forma de disolución del vínculo matrimonial como extravagante: aplicación de un Derecho extranjero y que ese Derecho que se aplica contemple una forma de divorcio que el Derecho nacional no recoge. Vamos a ilustrarlo con un ejemplo: si dos ciudadanos sirios, que contrajeron matrimonio en Siria, huyendo de la guerra vienen a vivir a Madrid y deciden poner fin a su vínculo matrimonial, tendrán las siguientes opciones:

- Volver a Siria para divorciarse y, por tanto, bajo su legislación.
- Divorciarse en Madrid de acuerdo a la legislación española.
- Divorciarse en Madrid, ante un tribunal español pero solicitando la aplicación de las leyes sirias de divorcio. Por ejemplo, podría aplicarse el repudio como forma extravagante.

Es a través de esta tercera fórmula mediante la cual surgen las formas de divorcio extravagantes porque una autoridad española ha de aplicar una legislación extranjera que contiene una institución jurídica de divorcio, como es el repudio, que no se recoge en la legislación nacional y que, además, puede plantear problemas como puede ser el orden público.

3º.- Derecho aplicable: elección o no elección de la ley.

El Reglamento Roma III introduce dos sistemas de determinación de la ley aplicable al divorcio o separación judicial: que sean los cónyuges quienes escojan la ley que será de aplicación, otorgando una gran relevancia a la autonomía de la voluntad (art. 5 RRIII), o que sea el propio Reglamento el que determine la ley que será de aplicación en defecto de elección por las partes (art. 8 RRIII).

Este mecanismo que emplea el Reglamento 1259/2010 trata de facilitar a las partes el sometimiento a una ley con la cual presenten una conexión o un vínculo lo más cercano posible. Es por esta razón por la cual, los tribunales de los Estados parte de este convenio, tienen situaciones en las que han de aplicar leyes de terceros Estados que pueden acarrear la aparición de formas extravagantes de disolución del vínculo matrimonial.

Elección de Derecho aplicable: autonomía de la voluntad.

El aspecto más destacable del Reglamento 1259/2010 es la relevancia que se le atribuye a la autonomía de la voluntad de las partes que van a proceder a disolver su matrimonio. La autonomía de la voluntad se elige como criterio de conexión principal, si bien limitada a la elección de uno de los ordenamientos jurídicos que el artículo 5 establece. Esta limitación reside en el principio de proximidad, excluyendo la posibilidad de optar por un ordenamiento jurídico completamente alejado de las partes²⁰.

El art. 5.1 del Reglamento 1259/2010 expresa la autonomía de la voluntad de los cónyuges quienes, ateniéndose a una enumeración limitada en la disposición, podrán elegir la ley a la que someter su proceso de divorcio o separación matrimonial. Esta elección puede ser modificada hasta antes del comienzo del proceso de divorcio (art. 5.2) o, incluso una vez empezado el proceso si la ley del foro lo permite (art. 5.3). Sin embargo, la elección está sometida a ciertos requisitos.

Artículo 5 R. 1259/2010:

1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:
 - a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;
 - b) 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;
 - c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o
 - d) la ley del foro.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional.

²⁰ Herranz Ballesteros, M., “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el Reglamento (UE) N° 1259/2019, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, Revista de Derecho de la Unión Europea, Madrid, p. 52-53

3. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro.

El Reglamento Roma III establece que los cónyuges pueden designar la ley aplicable al divorcio y la separación judicial, aunque restringe la autonomía de la voluntad conflictual a la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio, 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, la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en el que se celebre el convenio o la ley del foro. Se trata por consiguiente de una autonomía de la voluntad conflictual limitada que permite únicamente elegir una ley estrechamente vinculada con el supuesto.²¹

Calvo Caravaca y Carrascosa²² nos indican las ocho razones por las que la autonomía de la voluntad es beneficiosa: la primera es que proporciona seguridad jurídica a los cónyuges ya que la ley aplicable al divorcio es conocida por ambos, con anterioridad al proceso de divorcio. La segunda es que facilita la labor judicial en el plano del Derecho Internacional Privado porque el juez se limitará, tan solo, a comprobar que la elección existe y es válida. La tercera ventaja surge porque permite la elección de la Ley cuya aplicación comporta los costes conflictuales más reducidos para resolver el divorcio. La cuarta promueve un cuadro de liberalización progresiva del divorcio en todas las legislaciones del mundo, el orden público internacional evitará que se dañe la estructura jurídica fundamental de la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto. La quinta razón establece que permite superar el tradicional enfrentamiento entre los principios de nacionalidad y domicilio como criterios para determinar la Ley aplicable al divorcio y por los que hay discrepancias estableciendo la preferencia de uno u otro entre países. El sexto punto a favor versa sobre la ejecución de sentencias ya que la autonomía de la voluntad permite asegurar una ejecución efectiva de la sentencia de divorcio en el país de origen de los cónyuges. En caso de que el país nacional de los cónyuges establezca

²¹ González Beilfuss, C., “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho Internacional Privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, p.180.

²² Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., “Crisis matrimoniales”, Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2011, 167-265.

controles a la ley aplicable para el reconocimiento de sentencias, los cónyuges podrán convenir la aplicación de la normativa de su país nacional por un tribunal extranjero y, por tanto, ejecutar la sentencia en su país nacional sin verse afectada por control alguno. En séptimo lugar, Calvo Caravaca conecta con el fundamento constitucional que propicia la multiculturalidad ya que ningún sujeto se verá obligado a disolver su vínculo conyugal ateniéndose a un ordenamiento extranjero o nacional cuando prefiera el contrario. Por último, la octava ventaja es que se facilitan los divorcios de mutuo acuerdo en aquellos casos en que los cónyuges hayan alcanzado un acuerdo material. Desde nuestra perspectiva, el alcanzar un divorcio de mutuo acuerdo difiere de la elección de una ley aplicable al divorcio o separación judicial. Son dos aspectos independientes cuya correlación no parece clara.

Por tanto, vemos cómo, de entre las opciones que enumera el RRIII, pueden surgir formas extravagantes de disolución del vínculo matrimonial a partir, sobre todo, de los apartados b) y c) del artículo 5 donde el vínculo del último Estado de residencia o la nacionalidad pueden llevar a un tribunal a aplicar una ley de un tercer Estado que contemple una forma extravagante.

Ley aplicable a falta de elección de los cónyuges.

Cuando los cónyuges no han optado por ejercer su autonomía de la voluntad, habrá que aplicar el art. 8 RRIII para determinar qué ley es la aplicable. Hemos de acudir al art. 8 del Reglamento 1259/2010:

“A falta de elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

- a) en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,
- b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;
- c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,
- d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”.

Los casos en los que principalmente nos encontramos ante una falta de elección de los cónyuges coinciden con: bien una falta de acuerdo entre ambos para someterse a una ley que regule su divorcio o bien que sí hayan elegido una ley a la que someterse, pero dicha elección incumpla los requisitos de fondo o forma exigidos para ello en los artículos 5-7 del Reglamento²³.

El art. 8 del Reglamento contiene la segunda parte de la norma de conflicto. Trata de adjudicar la ley aplicable al Estado con que el litigio tiene un vínculo más estrecho. Para ello, el legislador europeo ha omitido la opción de proclamar la *Lex Fori* (ley sustantiva del Estado cuyos tribunales estén conociendo del asunto) a los litigios de divorcio o separación judicial.²⁴ La aplicación de la *Lex Fori* es un recurso residual en el Reglamento.

Esta concepción de la *Lex Fori* se recoge en el texto del Reglamento. Acudimos al considerando noveno del Reglamento en el que se establece lo siguiente: “El 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, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses”.

Centrándonos en el análisis concreto del art. 8 del Reglamento 1259/2010, hemos de profundizar en cada una de las opciones que otorga este artículo para determinar la ley aplicable en defecto de elección de los cónyuges. La primera es la aplicación de la Ley del Estado donde tengan la residencia habitual los cónyuges en el momento de interposición de la demanda. Ello evita problemas de conflicto móvil ya que establece un momento temporal concreto (momento en que se interpone la demanda) y garantiza una conexión real con el litigio como es la residencia habitual común de ambas partes.

²³ Carrascosa, J., “Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010”, Cuadernos de Derecho Transnacional, número 1, vol. 4, 2012, p.62.

²⁴ 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.

El Estado en que los cónyuges tienen su residencia habitual representa el centro social de vida de ambos sujetos. Por eso es una conexión social que el legislador comunitario entiende como la menor causante de costes conflictuales para los cónyuges en caso de no existir elección. Tanto el ordenamiento jurídico como el sistema jurisdiccional son conocidos y de fácil acceso, o, al menos, debieran serlo. Además, se trata de una opción previsible para ambos ya que sería el movimiento natural y lógico a la hora de interponer la demanda de divorcio.²⁵

Se prioriza el criterio de residencia sobre el de nacionalidad. El criterio de la nacionalidad cada vez va perdiendo más relevancia como nexo en el Derecho Internacional Privado y este Reglamento es una clara prueba de ello. Aunque sea la nacionalidad un vínculo obvio e importante, puede llegar a ser, en ciertos casos, una conexión que no presente tanta afinidad como la residencia del sujeto que, en el fondo, es donde se rige en el día a día de las partes involucradas (nexo cultural, conocimiento del sistema jurídico, desarrollo de la vida profesional...). Por ejemplo, un caso en el cual dos nacionales marroquíes, nacidos en Marruecos, se fueran a vivir a Francia en 1987 y, viviendo en Francia desde entonces, decidan poner fin a su matrimonio. Es posible que, después de residir en Francia durante 30 años, presenten un vínculo mayor con este Estado que con Marruecos.

Es importante destacar que esta situación no suscita ningún tipo de privilegio para ninguno de los cónyuges ya que ambos viven en el mismo país en el momento de la demanda. También brinda estabilidad en caso de que uno de los cónyuges decidiera trasladar su residencia temporalmente a otro Estado porque la ley aplicable no cambia si se produjeran estas nuevas circunstancias. La facilidad con la que se puede comprobar la residencia de los cónyuges forma parte de las ventajas de este criterio ya que es objetivo, exterior y físicamente observable por terceros²⁶.

El Reglamento no recoge el concepto de residencia habitual de los cónyuges, se considera el mismo que estableció el Reglamento 2201/2003 en su considerando 10.I: “la residencia habitual de los cónyuges es el centro social de vida o lugar donde los cónyuges han fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable. Con lo cual ha

²⁵ Carrascosa, J., “Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010”, Cuadernos de Derecho Transnacional, número 1, vol. 4, 2012, p.68.

²⁶ H. Batiffol / P. Lagarde, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-450.

de existir presencia física de los esposos y la voluntad de que dicha presencia sea estable»²⁷.

A pesar de las ventajas que presenta la conexión del domicilio común de los cónyuges, puede ocurrir que este foro legal cause un perjuicio mayor que el de la nacionalidad común de ambos, ya que podrían seguir muy ligados a su país de origen. El Reglamento, por eso, mantuvo en cuenta esta opción y recogió la posibilidad de que los cónyuges se sometan a la ley nacional común si genera menores costes conflictuales que la de residencia.

La segunda opción que prevé el artículo 8.b) es que los cónyuges rijan su matrimonio de acuerdo con la ley propia del Estado donde tuvieron su última residencia habitual común, siempre y cuando, el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda y uno de ellos continúe viviendo allí. Este supuesto se contempla para aquellos casos en los que las partes ya no conviven en un mismo país en el momento de presentación de la demanda de divorcio o separación.

Se da la opción de esta ley ya que el legislador ha entendido que el país donde los cónyuges han tenido su última residencia habitual común, manifiesta un grado de vinculación suficientemente alto como para causar costes conflictuales más reducidos ya que se trata de la ley de un Estado en el que han residido ambos y uno todavía reside de forma habitual, no ha transcurrido más de un año desde que uno de los dos dejó ese lugar de residencia y la ley es neutral, teóricamente, ya que no se privilegia a ninguna de las partes.

Sin embargo, recordando la dificultad tradicional de los procesos con elementos internacionales, cabe destacar que, de aplicarse esta ley, sí puede pesar en el conflicto que uno de los cónyuges mantenga su residencia en el Estado cuya ley se esté aplicando. La traba principal sería encontrar un abogado con el cual pueda el cliente llevar una relación cercana y que conozca el ordenamiento jurídico del país cuya ley se ha escogido. Pongamos un ejemplo: un matrimonio desea romper con el vínculo que les une y divorciarse. Aplicando este apartado del Reglamento, el art. 8.b), será de aplicación la ley

²⁷ P. Hammje, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», RCDIP, 2011, pp. 291-338.

de divorcio y separación judicial alemana ya que uno de los cónyuges reside allí, ambos residían allí hace seis meses pero uno de ellos decidió mudarse a Gran Bretaña aprovechando una oportunidad laboral. Será complicado que el cónyuge que cambió su país de residencia encuentre en Gran Bretaña un abogado que conozca de la ley alemana de separación y divorcio. Sería natural que, para ello, tenga que acudir a un abogado de nacionalidad alemana que, normalmente, residirá en este país. La relación que lleve el cliente con el abogado que resida allí será más complicada que la que pueda llevar el cónyuge que reside en Alemania que tendrá abogados conocedores de su propia ley nacional de divorcio y separación.

Para más inri, la situación se agravaría si el juez o tribunal sentenciador fuera el alemán y el cónyuge que reside en Reino Unido haya de desplazarse desde el país de su nueva residencia para participar de los actos procesales y probatorios pertinentes en Alemania. Podríamos establecer que la parte no residente en el Estado del foro se ve perjudicada por ello.

Sin embargo, cabe destacar que este Reglamento no regula la jurisdicción del litigio y que la ley aplicable puede ser diferente a la equivalente en el Estado donde se halla el juez o tribunal que vaya a conocer del asunto. Sin embargo, en la mayoría de los casos, no es así.

La tercera opción de ley que establece el Reglamento es la correspondiente a la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda. Se trata de un supuesto subsidiario a los dos anteriores y, por supuesto, en defecto de sumisión expresa a una ley de divorcio o separación concreta.

La determinación de la nacionalidad de los cónyuges ha de establecerse en el momento en que la demanda se presenta ante los tribunales. De esta forma, se evitan posibles conflictos móviles a lo largo del proceso judicial.

El legislador ha optado por la opción de nacionalidad porque es el vínculo más cercano a ambos en defecto de conexión social por la vía de la residencia común. Habría al menos una relación cultural entre ambos que justifica la elección de este foro legal. Además, es el recurso que causa un menor coste global para ambos de no aplicarse la ley que establecen los apartados anteriores del artículo 8 del Reglamento.

Se entiende por nacionalidad aquel vínculo político y jurídico que liga a una persona física con su Estado. De nuevo, se establece como válida la nacionalidad que ostenten ambos en el momento de presentación de la demanda en aras de evitar conflictos móviles.

Cabe mencionar la problemática que supone que uno de los cónyuges o ambos sean plurinacionales, es decir que cada uno ostente varias nacionalidades. El Reglamento 1259/2010 se pone de lado y omite regular este caso, simplemente remite esta casuística a los ordenamientos jurídicos nacionales. Lo vemos explícitamente en la Cons (22):

“En los casos en que este 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”.

La razón principal por la que el Reglamento no entra a resolver la problemática de la plurinacionalidad es porque son los distintos Estados quienes han de determinar quiénes son nacionales de ese Estado y quiénes no, además de qué nacionalidad prevalece sobre las demás. Se trata de una cuestión de soberanía fundamental.

Otro posible supuesto es el caso de que uno de los cónyuges sea apátrida, es decir, carezca de nacionalidad. El Reglamento 1259/2010 no se pronuncia al respecto y, por tanto, hemos de interpretar dicho silencio como una imposibilidad de aplicación del vínculo de nacionalidad. No cabría el sometimiento a este art. 8 c) del Reglamento²⁸.

Por último, este art. 8, prevé en su apartado d), una opción de cierre para cuando el resto de supuestos no son de aplicación. Un recurso que establece que la ley de aplicación sea la que corresponda con la del país cuyos tribunales estén conociendo del asunto de divorcio o separación.

En definitiva, vemos cómo en el art.8 RRIII surgen, al igual que veíamos en el art.5, formas extravagantes de disolución del matrimonio. Más concretamente, son los apartados b) y c) del art.8 los que propician la aparición de estas formas. En el b), podría darse que dos cónyuges sirios que vivían en Siria, decidan terminar su matrimonio porque uno de ellos ha emigrado a Berlín a establecerse allí y este interponga la demanda ante

²⁸ Carrascosa, J., “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1, pp. 52-85

un tribunal alemán antes de que transcurra un año desde su cambio de residencia. Sería de aplicación la ley siria. En cuanto al apartado c), la ley de la nacionalidad común podría dar lugar también a la aplicación de la ley siria. Para el caso anterior, si hubiera transcurrido más de un año desde que uno de los cónyuges se trasladó a Berlín.

4º.- Crítica al pragmatismo del Reglamento 1259/2010.

A pesar de estos mecanismos de determinación de la ley aplicable tan flexibles, ninguna ley es perfecta. También tiene carencias y, sobre todo, falta de pragmatismo en algunas circunstancias. Vamos a analizar las cuatro más relevantes:

Como veíamos *ad supra*, los arts. 5.1 y 5.2 del R. 1259/2010 significan la posibilidad que otorga la ley a los cónyuges para convenir la cláusula que establece la ley aplicable en caso de divorcio o separación. Esta cláusula se puede incorporar o modificar durante la vida de la relación conyugal e, incluso, una vez iniciado el proceso judicial de divorcio si la ley del foro lo permite.

En el primer supuesto, la problemática surge a la hora de establecer el momento en el cual una pareja decide incorporar dicha cláusula en su contrato matrimonial. Se pueden establecer 4 momentos principalmente:

El primer momento tiene lugar cuando ocurre la celebración del contrato matrimonial. Una pareja firma su unión bajo la institución del matrimonio e incorporan a dicho contrato la cláusula que regula la ley aplicable en caso de que concurra una situación de divorcio futura en la que pueda haber un conflicto de leyes. A priori, este momento parece ser el natural. Haciendo un paralelismo lógico con un contrato mercantil o civil, la cláusula de arbitraje o de sometimiento a un fuero determinado acostumbra a ser habituales en materia contractual. Estas cláusulas se reflejan en el contrato en el momento de la celebración del mismo y las partes prestan su consentimiento con anterioridad a la rúbrica del mismo. Sin embargo, la institución del matrimonio difiere en un aspecto fundamental del resto: hay un elemento sentimental de fondo. Este amor que se profesan los cónyuges en el momento de tomar la decisión de unirse en matrimonio puede traducirse en una completa omisión del porvenir futuro. En el momento de la unión, los contrayentes declaran su intención de permanecer unidos. Resultaría paradójico y ciertamente contradictorio que a la vez que se declaran amor eterno, se sometan a una cláusula que

regule su divorcio. Ya sea esta la razón o, simplemente, la falta de previsión de futuros movimientos geográficos del matrimonio, la inclusión de esta cláusula parece dudosa en muchos supuestos. Es pertinente puntualizar que, en aquellos casos en los que existe un gran patrimonio detrás, la planificación que se realice pueda ser más exhaustiva y los cónyuges se protejan de cara a posibles crisis matrimoniales futuras.

Un segundo momento acontecería con posterioridad a la unión en matrimonio. La pareja convive con normalidad pero, deciden incorporar la cláusula de elección de ley aplicable en caso de divorcio. En principio, parecería extraño que un matrimonio que funciona y convive con normalidad, tuviera la ocurrencia de modificar su contrato matrimonial para incorporar una cláusula que hace referencia al divorcio. Puede ocurrir y, sería un supuesto entendible, que un tercero les sugiera incorporar dicha cláusula ya que se van a vivir a un país extranjero. El matrimonio, siguiendo los consejos del tercero consejero, toma la decisión de modificar su contrato nupcial e incorporar de mutuo acuerdo una cláusula de sometimiento a una ley de divorcio concreta. Sin embargo, este supuesto puede entenderse como poco frecuente en la práctica habitual de los matrimonios ya que no existe una motivación para realizar la modificación.

Un tercer momento terciaría cuando el matrimonio atravesase una crisis matrimonial que pueda acabar en la disolución del vínculo. Puede haber tres reacciones posibles a esta crisis matrimonial: que, a pesar de esta crisis, la pareja procure sobreponerse a la situación adversa para poder continuar unidos o, que desistan y decidan poner fin al matrimonio. En cuanto a la primera reacción, parece poco favorecedor a la superación de un momento adverso en la convivencia, la incorporación de una cláusula por si fracasamos en el intento. Haciendo un símil deportivo, sería como estar luchando por mantener una plaza en primera división y a la vez, ir buscando un entrenador nuevo por si ocurriera el descenso. Para que una meta pueda alcanzarse, es fundamental la determinación al éxito y no pararse en previsiones para el fracaso. En cuanto a la segunda reacción posible, en caso de que la pareja decida proceder con el divorcio, puede ser complicado en la práctica llegar a un acuerdo para modificar el contrato matrimonial y poder someterse a una ley que regule su divorcio. La tercera reacción es la más favorecedora para este Reglamento, el proceso de divorcio de mutuo acuerdo. Para ello, el Reglamento sería de utilidad.

Un cuarto y último momento tiene lugar cuando ya se ha interpuesto la demanda de divorcio y, durante el transcurso del proceso, ambas partes convienen someterse a una ley concreta. Entrarían en acción diversos factores que harían difícil la concreción de esta situación: una mala relación entre las partes que haga imposible el acuerdo, la búsqueda de un foro que favorezca a uno y perjudique a otro, la falta de voluntad para llegar a un acuerdo con una persona que ha podido tener una conducta desdeñable... Además, en caso de que hubiera voluntad de acuerdo, sería la ley del foro la que tendría que permitir el sometimiento a otra ley por deseo de ambas partes, tal y como indica el art. 5.3 del R. 1259/2010.

En el segundo supuesto, cabe destacar que, en muchos casos las partes desconocen absolutamente la existencia de la posibilidad de elección de una ley aplicable en caso de divorcio o separación.

El tercer supuesto surge de la partición que han de sufrir los asuntos de separación y divorcio que se ha de hacer a la hora de aplicar la ley en los tribunales. El Reglamento 1259/2010 únicamente determina la Ley aplicable a los motivos para el divorcio y la separación judicial. Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado de que se trate ²⁹.

Por tanto, el pragmatismo de esta ley está muy limitado ya que las separaciones y divorcios integran en un mismo proceso judicial la resolución de conflictos de filiación, alimentos, efectos sobre el patrimonio, etc. Todas estas materias se regulan en otros reglamentos (Reglamentos Roma) o no se regulan. Ello dificulta su tarea al operador jurídico como resultado de una regulación muy extensa cuya aplicación dilata los procesos. Para cada elemento, habrá de determinarse una ley aplicable y podemos tener situaciones en las que para el divorcio se aplique la ley siria, para la filiación la ley alemana y para los efectos sobre el patrimonio la ley francesa.

²⁹ 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. Cons. (10.II)

El cuarto supuesto surge a raíz de la problemática que implica que un juez o tribunal de un Estado concreto tenga que aplicar una ley de divorcio o separación judicial de un país extranjero. En la resolución del fondo, puede ser que la norma extranjera difiera de la nacional y prevea soluciones distintas para un mismo supuesto o que el tribunal que está conociendo del asunto, al no ser experto en dicha ley de un tercer país, aplique el derecho erróneamente.

Por último, cabe mencionar la crítica que se ha formulado desde diversos ámbitos doctrinales hacia el mecanismo de cooperación reforzada que se implementa en el Reglamento 1259/2010. Esta crítica negativa se construye a partir de la idea de que el mecanismo de cooperación reforzada se puede considerar un instrumento facilitado para crear una alianza entre unos pocos Estados miembros y deshacerse de aquellos otros que tengan problemas.³⁰ Es decir, se está produciendo una divergencia dentro de los miembros de la Unión porque algunos Estados avanzan en materia de cooperación y otros, porque sus sistemas no les permitan asimilar tantos cambios legislativos y jurisdiccionales o por razones diversas, se quedan rezagados. Se produce el fenómeno de la llamada: “Europa a dos velocidades”.

5º.- Autonomía de la voluntad limitada. Requisitos de fondo y de forma.

La elección de la ley aplicable que permite el art. 5 del RRIII está sometida a ciertos límites de forma y fondo además de los que veremos en el epígrafe 7º sobre igualdad de acceso y orden público internacional. La elección de una ley extranjera que regule el divorcio o separación judicial ha de cumplir estos requisitos para poder ser de aplicación. Tomamos como referencia el art. 7 de dicha norma. De no concurrir estos requisitos *ad solemnitatem*, el acuerdo será nulo de pleno derecho y no surtirá efectos jurídicos³¹. El propio Reglamento establece una diferenciación de los requisitos formales: los mínimos y los adicionales.

³⁰ Díez Deustua, A.M., “Luces y sombras en la determinación de la ley aplicable a las crisis matrimoniales en la UE”, UIC Barcelona, 2015, p. 168.

³¹ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2011, p.221.

“Como mínimo, el convenio respecto a la elección de la ley aplicable debe formularse por escrito y estar fechado y firmado por ambas partes”³². Lo cual se complementa y especifica en el art. 7 R. 1259/2010:

1. El convenio contemplado en el artículo 5, apartados 1 y 2, se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio.

En cuanto a los adicionales, el Reglamento se pronuncia de la siguiente forma: “No obstante, es importante que se respeten los requisitos formales adicionales a que pueda estipular la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. Pueden existir requisitos formales adicionales, por ejemplo, en un Estado miembro participante en el que el convenio se inserte en el contrato de matrimonio. Si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes en los que se apliquen requisitos formales diferentes entre sí, bastaría con que se respetasen los requisitos formales de uno de esos dos Estados. Si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante en el que se apliquen los requisitos formales adicionales, estos deben respetarse”³³.

Los artículos 7.2, 7.3 y 7.4 del Reglamento inciden en estos requisitos formales pero ya en el texto articulado. Se especifica lo mismo dicho *ad supra*:

7.2 No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación.

7.3 Si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de

³² 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. Cons. (19).

³³ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2011, p.221.

ambos Estados disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos obligaciones.

7.4 Si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación.

Calvo Caravaca enumera los objetivos que persiguen los requisitos formales: facilitar la prueba de la existencia del acuerdo ante un tribunal; revestir de ciertas cautelas la elección de la ley aplicable, la cual tendrá importantes consecuencias jurídicas para los cónyuges; se impide que la elección de la ley aplicable sea consecuencia de la imposición de un cónyuge o de un tercero³⁴.

Por otro lado, encontramos los requisitos de fondo. Ya hicimos referencia al art. 5.1 R. 1259/2010³⁵ y en él se encuentran las leyes susceptibles de elección por los cónyuges. Cabe destacar que las cuatro opciones que concede el reglamento no están enumeradas de forma jerárquica. Los contratantes tienen libertad para acogerse a cualquiera de las ofrecidas³⁶, a recordar: La ley del Estado donde los cónyuges tengan su residencia habitual; la ley del Estado en que tuvieran su último lugar de residencia habitual los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí en el momento en que se lleve a cabo el convenio; la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio; la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (ley del foro).

Cabe hacer 4 puntualizaciones sobre este requisito primero: 1. Existe una determinación en el tiempo, es decir, las leyes elegibles por los cónyuges se congelan en el tiempo para evitar problemas de conflicto móvil y, además, los cónyuges tampoco pueden seleccionar una ley aplicable con la cual no cumplan los requisitos en el momento de la elección, aunque puedan darse en el futuro. 2. La razón por la que el legislador limita las leyes a las que los cónyuges pueden acogerse es evitar la elección de leyes exóticas con las cuales

³⁴ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2011, p.222.

³⁵ Ver página 13.

³⁶ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2011, p.213.

no tengan ninguna conexión objetiva y razonable.³⁷ 3. La ley estatal que regule el divorcio y separación ha de respetar los Derechos Fundamentales europeos recogidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁸. 4. El Reglamento no impide que los cónyuges acuerden, en contrato privado, las causas de su divorcio. Sin embargo, el Reglamento es claro cuando establece que será una ley estatal la que regule dichas causas valorando su validez y el despliegue de efectos jurídicos correspondientes. La decisión de los cónyuges de especificar las causas de divorcio en un contrato puede entenderse como una forma tácita de remisión a una norma estatal de regulación del divorcio y separación matrimonial³⁹.

Para analizar el segundo requisito de fondo, hemos de observar quiénes son las partes con el derecho para convenir una cláusula de ley aplicable. Insiste el Reglamento 1259/2010 en que serán los cónyuges quienes han de elegir el ordenamiento jurídico bajo el cual regular su terminación matrimonial. Ante la pregunta ¿pueden los cónyuges delegar en un tercero la elección de la ley aplicable? Existe dualidad de opiniones acerca de la posibilidad o no de realizar este acto de forma representada. Los partidarios del sí se aferran a la no prohibición de esta opción por el Reglamento. Los partidarios del no clasifican la elección de ley aplicable al divorcio y separación como un acto personalísimo e indelegable. Habrá que atenerse a la regulación que cada Estado lleve a cabo en materia de representación para poder discernir entre una u otra opción⁴⁰. En el caso español, la representación implica la sustitución de la voluntad de una persona por otra en la constitución o formación de un negocio jurídico, actuando el representante dentro de las facultades conferidas. En consecuencia, se ha de dar el concurso de las siguientes condiciones:

- 1. Que el representante manifieste su propia voluntad.
- 2. El representante ha de actuar en nombre del representado.
- 3. El representante ha de hallarse facultado para declarar su propia voluntad en lugar de la del interesado, es decir, ha de tener el denominado poder de representación, y

³⁷ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2011, p.214.

³⁸ 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. Cons. (16).

³⁹ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2011, p.214.

⁴⁰ Ídem.

en defecto del mismo el negocio jurídico es ineficaz. Ahora bien, esta autorización puede ser anterior, simultánea, o posterior a la formación del negocio jurídico.

Con base a estos requisitos el ámbito de la representación se apoya en dos ideas básicas, cabe dentro de la autonomía de la voluntad (así en supuestos de patria potestad o tutela) y no cabe en relación a los actos personalísimos (matrimonio, testamento, etc.)⁴¹.

En tercer lugar, cabe mencionar que el Reglamento no da pie a que las partes hagan una partición de la ley aplicable eligiendo varias leyes en función de la parte del contrato que se desee regular. Asimismo, tampoco es posible realizar una elección subsidiaria de ley aplicable, por ejemplo: “el proceso de divorcio o separación judicial se regirá, bien por la norma que regule la materia en Siria o, en defecto de esta, por la norma pertinente en Marruecos”. De ocurrir esto, contrario al art. 5 del Reglamento 1259/2010, la cláusula de autonomía de la voluntad que se materializa eligiendo un foro legal determinado, no sería de aplicación. Habría que recurrir al art. 8 del Reglamento, donde se establece la regulación de la ley aplicable en defecto de elección por los cónyuges⁴².

Un cuarto requisito es la prioridad que otorga el Reglamento a la autonomía de la voluntad de los cónyuges ya que, la elección de ley aplicable por los mismos, omite las normas de conflicto de leyes del Estado en cuestión. Es decir, la ley que convengan las partes será la que se aplique sin tener en consideración posibles normas que remitan la cuestión a otra norma del Estado cuya ley ha sido elegida. Por tanto, se excluye el reenvío, lo cual se justifica en la seguridad jurídica. Esta es una característica fundamental de la autonomía de la voluntad.

Un último requisito sería la necesidad de prestar consentimiento de los cónyuges, pero el alcance de este no va a ser sujeto a análisis ya que no forma parte del fin principal del texto. Simplemente destacar que el juicio del consentimiento se hará conforme a las leyes del Estado cuya legislación se aplique para disolver el vínculo matrimonial. En el caso español, habrá que atenerse a los arts. 1261. 1º, 1262 y ss del Código Civil.

⁴¹ Wolters Kluwer, “Guía jurídica: Poder de representación”, (http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjMyNjtbLUouLM_DxbIwD CwNzAwuQQGZapUt- khIQaptWmJOcSoAzXFkZjUAAAA= WKE).

⁴² Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2016, p.286.

En resumen, estos límites, sobre todo los de fondo, pueden ser significativos a la hora de elegir una ley extranjera que contemple formas extravagantes de disolución del vínculo matrimonial. La exigencia de respeto a los Derechos Fundamentales, la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges (hay sociedades musulmanas en las que la mujer tiene muy coartado su derecho), el requisito de elección de una única ley sin que quepa subsidiariedad o la imposibilidad de delegación en un tercero (sociedades en las que el padre de la mujer puede decidir acerca del matrimonio) o la imposibilidad de regular el divorcio mediante un contrato privado como veremos más adelante.

6º.- Formas extravagantes de disolución del matrimonio.

Una vez analizadas las cuestiones necesarias para la correcta comprensión de las formas extravagantes de disolución del matrimonio, es uno de los principales de estas páginas, centrarnos en el tratamiento que da la legislación a aquellas instituciones jurídicas que surgen de la aplicación de una legislación extranjera de disolución matrimonial. Estas formas no se recogen como tales en el ordenamiento jurídico del Estado del foro y pueden plantear problemas de conflicto con este.

Serán objeto de estudio las siguientes: el divorcio mediante acuerdo privado entre los cónyuges, posible en Tailandia y el repudio, propio de países musulmanes. Además, haremos una referencia a la posible regulación del divorcio por una ley religiosa.

Divorcio mediante acuerdo privado entre las partes.

El divorcio mediante acuerdo privado entre las partes surge a partir de un contrato que tiene lugar entre ambos cónyuges en el que se pactan las cláusulas del divorcio. En él no interviene ninguna autoridad ni judicial ni de ningún otro orden. Vamos a proceder a analizar esta forma extravagante de divorcio a partir de un ejemplo práctico: una pareja tailandesa, reside en Madrid desde hace 3 años. Llegado un punto en su matrimonio, deciden poner fin al mismo. Cuando vinieron a vivir a Europa, pactaron en un convenio que haciendo uso del artículo 5 del Reglamento 1259/2010, la ley aplicable en caso de divorcio sería la tailandesa, es decir, la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio (art. 5.c) RRIII). Según la legislación tailandesa, el divorcio se puede llevar a cabo mediante un contrato privado acordado entre las partes.

Por tanto, a la hora de valorar la aplicación del Reglamento 1259/2010 para este caso, surgen diferentes cuestiones:

Lo primero que ocurrirá será que el matrimonio tailandés, residente en Madrid, habrá de acudir al juzgado de familia competente para interponer una demanda de divorcio. Se le manifestará la voluntad de ambos de regir su matrimonio por la ley tailandesa y, más concretamente, su voluntad de constituir su divorcio mediante un contrato privado.

¿Se incluye en el ámbito de aplicación que recoge el artículo 1 del Reglamento 1259/2010 el denominado divorcio privado?

Si el acuerdo privado de divorcio se firmara en Tailandia, habría que atenerse a la legislación vigente en materia de reconocimiento y ejecución de actos y documentos extranjeros. Esta opción escapa al ámbito del Reglamento 1259/2010 y, por tanto, no corresponde analizarla en este trabajo.

La problemática surge cuando el juez ha de tomar la decisión de: aplicar la ley tailandesa y permitir que las partes se divorcien a través de un acuerdo privado que, posteriormente, eleven al Registro Civil o determinar que dicha ley no es de aplicación porque la forma de divorcio mediante acuerdo privado entre las partes no es válida en el Derecho español porque se requiere de la intervención de un juez, un notario o un secretario judicial.

Pues bien, Calvo Caravaca y Carrascosa afirman que el Derecho extranjero que admita la posibilidad de disolución del vínculo matrimonial mediante un acuerdo privado, será contrario al orden público porque no cabe la no intervención de una autoridad pública.⁴³

De forma similar se pronuncia Fernández Coronado cuando sostiene que existe una necesidad en el Derecho español de intervención de la autoridad competente para conceder la disolución del vínculo matrimonial, en orden a su eficacia jurídica.⁴⁴

Esta forma extravagante ha sido objeto de cuestionamiento judicial en algunos tribunales europeos, por ejemplo, encontramos la petición de una decisión prejudicial planteada por

⁴³ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2016, p.324.

⁴⁴ Fernández Coronado, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 85, p.125-156.

un tribunal alemán que data del 11 de junio de 2015, asunto C-281/15⁴⁵, en el cual se plantea lo siguiente:

¿Se incluye en el ámbito de aplicación que recoge el artículo 1 del Reglamento 1259/2010 el denominado divorcio privado?

La respuesta es que no podrá llevarse a cabo un divorcio mediante un acuerdo privado entre las partes sin intervención de una autoridad competente para ello en el Estado del foro.

La figura que sí cabe en el Derecho español pero que no regula el divorcio o separación judicial, sino que su contenido permite a los cónyuges regular ciertos aspectos relativos a sus derechos y obligaciones tras el divorcio, es el convenio. En la separación o el divorcio de mutuo acuerdo se firma un convenio que tiene unos contenidos tasados por la ley (art. 90 CC) y que habrá de someterse a un juez, notario o secretario judicial que será quien lo valide, permitiendo a este que despliegue sus efectos (art. 81 y ss. CC).

Repudio

Es una forma de disolución matrimonial que acontece en países musulmanes que han inspirado sus leyes en el Islam. Existen dos formas de repudio: unilateral y bilateral.

El repudio unilateral es una forma de disolución del matrimonio que consiste en que el cónyuge varón pronuncia, en un acto privado, las palabras rituales del repudio de tal forma que el matrimonio queda disuelto por la voluntad unilateral del marido sin tener en cuenta a la mujer. Cabe destacar que el repudio es un acto revocable durante un plazo de reflexión dado. Se realiza sin intervención judicial y sin que sea necesaria la presencia de la esposa. Posteriormente, en su caso, la autoridad judicial interviene para que despliegue los efectos pertinentes.⁴⁶

El repudio bilateral, como su propio nombre indica, integra en el acto a la mujer. Esta puede negarse o aceptar el repudio y, además, tiene derecho a hacer valer sus pretensiones económicas en una fase de conciliación. Resulta extraño encontrar casos en los que la

⁴⁵ Oberlandesgericht München, 11 de junio de 2015, Asunto C-281/15.

⁴⁶ Elvira Benayas, M^a J., “Introducción a ciertas cuestiones del Derecho de Familia en las sociedades multiculturales”, RJUAM, número 18, 2008, p. 158

mujer pueda invocar el repudio contra el varón, pero existen. El derecho del repudio en favor de la mujer se lo ha de otorgar el hombre en el contrato matrimonial.⁴⁷

El repudio trae consigo consecuencias discriminatorias para la mujer ya que, además de no tener derecho a una compensación económica salvo que el varón quiera dársela, la patria potestad sobre los hijos le corresponderá al padre a partir de que los hijos alcancen la pubertad.⁴⁸

De entre estas dos formas de repudio, unilateral y bilateral, la que puede generar problemas más claros es la unilateral. Esta cuestión la analizaremos en el epígrafe siguiente que se refiere al orden público e igualdad de acceso al divorcio.

Una vez claro el concepto del repudio, hemos de enmarcarlo en la problemática de la ley aplicable en caso de que dicha institución sea la que haya de regular el divorcio o separación de los cónyuges en un país comunitario. A continuación, analizamos el trato que recibe esta institución en el Reglamento 1259/2010.

La expresión “disolución o relajación del vínculo matrimonial” (cons. 10 Reg. 1259/2010) implica que el objetivo material del Reglamento 1259/2010 consiste en regular todos los modos jurídicos de disolución o relajación del vínculo matrimonial, con independencia del nombre que reciba la institución jurídica de que se trate. Por tanto, el Reglamento 1259/2010 es aplicable para determinar la Ley aplicable al repudio.⁴⁹

En el Reglamento Roma III, hemos de diferenciar entre distintas situaciones en las que se aplica el repudio. Esta casuística, gira entorno a cuatro supuestos: el repudio por acto privado, el repudio por acto privado y unilateral homologado por una autoridad notarial española, el repudio acordado por un notario o un funcionario consular extranjero que desarrolle funciones notariales y el repudio judicial en España.

En cuanto al repudio por acto privado, se aplica lo dicho en el apartado anterior “el divorcio mediante acuerdo privado entre las partes”.

⁴⁷ Fernández Coronado, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 85, p.125-156.

⁴⁸ Ortiz Vidal, M^aDolores, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, número 2, 2014, p.201-244.

⁴⁹ *Ibídem*, p. 228.

En lo que al repudio por acto privado y unilateral homologado por una autoridad notarial española se refiere, la solución es clara: los notarios no tienen entre sus competencias la de protocolizar actos unilaterales de repudio, por tanto, no será posible el repudio⁵⁰.

El repudio acordado por un notario o un funcionario consular extranjero que desarrolle funciones notariales se escapa al ámbito de aplicación del Reglamento Roma III, habría que acudir a los convenios internacionales para analizar la validez de decisiones extranjeras en España.⁵¹

Por último, el repudio con intervención judicial en España, sí puede ser instado como forma de disolución del matrimonio. Habría que distinguir entre aquellos casos en los que el repudio produce efectos discriminatorios como puede ser el acceso no igualitario al divorcio, en los que se aplicaría el art. 10 del Reglamento 1259/2010 y, consecuentemente, la ley del foro sería la que habría de regular el divorcio o que opere la cláusula de orden público del art. 12 RRIII. Y, por otro lado, encontramos casos en los que el repudio no causa problemas de desigualdad de acceso al divorcio ni infringe el orden público. Será el tribunal el que pondere si los derechos de las partes son equilibrados y el repudio puede ser aplicado.⁵² El examen de estas dos cuestiones va a ser objeto del epígrafe siguiente: “*Análisis de la cláusula de igualdad de acceso al divorcio y el orden público en el Reglamento 1259/2010. Arts. 10 y 12 RRIII.*”

Elección de una ley religiosa en la disolución del vínculo matrimonial.

Aunque la elección de una ley religiosa extranjera no sea una forma extravagante de disolución del matrimonio, es preciso hacer una pequeña referencia en este epígrafe a la problemática que surge por su estrecha relación con la figura del repudio que analizábamos con anterioridad.

El Reglamento 1259/2010 presenta un carácter *erga omnes*: es irrelevante que la Ley designada por el Reglamento para regir el divorcio o la separación judicial sea la Ley de un Estado miembro participante, no participante o de un tercer Estado no miembro de la UE. Ahora bien, las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010 no conducen a

⁵⁰ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2016, p.324.

⁵¹ Ídem.

⁵² Fernández Coronado, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 85, p.125-156.

designar, en ningún caso, una normativa religiosa como Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial. El Reglamento 1259/2010 sólo remite a Leyes estatales para regular el divorcio o la separación judicial. Esta opción de política jurídica puede justificarse, fundamentalmente, en el motivo siguiente: el divorcio y la separación judicial son instituciones de carácter civil que producen efectos en el orden jurídico estatal civil.⁵³

También se manifiesta en este sentido Carrascosa: el art. 8 R.1259/2010 conduce, en todo caso, a la aplicación de una «Ley estatal». No designa, en ningún caso, como aplicable a un divorcio o separación judicial, una normativa religiosa (*Lex Religiosa*). Tampoco los cónyuges pueden elegir, como Ley reguladora de su divorcio o separación judicial, una normativa exclusivamente religiosa no estatal.⁵⁴

Esta supuesta imposibilidad de regulación del divorcio mediante una ley religiosa hay que ponerla en perspectiva puesto que pueden darse dos situaciones diferentes:

- Para el caso en que el Estado extranjero cuya ley es de aplicación en un divorcio, remita su legislación en esta materia a una ley religiosa, por ejemplo, el Corán, dicha ley no será de aplicación por lo referido anteriormente.
- La opción alternativa es que el Estado extranjero cuya ley es de aplicación en un divorcio, haya promulgado una ley estatal que se base, en todo o en parte, en una ley religiosa. Por lo tanto, si la ley religiosa se adapta, edita, matiza o se reproduce exactamente por parte del sistema legislativo del Estado pasando a ser una ley estatal, esta sí sería de aplicación.

7º.- Análisis de la cláusula de igualdad de acceso al divorcio y el orden público en el Reglamento 1259/2010. Arts. 10 y 12 RRIII.

Es fundamental realizar un examen profundo a los artículos 10 y 12 del Reglamento 1259/2010 porque actúan como limitadores de las instituciones de divorcio que hemos denominado como formas extravagantes. El art. 10 RRIII, aparte de la cláusula de

⁵³ Ortiz Vidal, M^oD., “El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol.6, N^o2, 2014, p.233-234

⁵⁴ Carrascosa, J., “Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010”, Cuadernos de Derecho Transnacional, número 1, vol. 4, 2012, p.63.

igualdad de acceso al divorcio, contiene otra que opera en caso de que la ley del Estado que sea de aplicación no recoja la institución del divorcio o separación judicial. Para este supuesto, se aplicaría la ley del foro. Esta problemática es menor en este trabajo.

Igualdad de acceso al divorcio o separación judicial: art. 10 RRIII.

El art. 10 del RRIII reza así: “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”.

Por lo tanto, se desprende claramente de este artículo la siguiente afirmación: cuando los cónyuges no puedan solicitar el divorcio en igualdad de condiciones, la ley que hayan elegido (art. 5 RRIII) o se les haya asignado (art. 8 RRIII) no será de aplicación. La ley del foro, es decir, la ley del Estado cuyos tribunales están conociendo del asunto, será la que rijan el divorcio.

Surge entonces la cuestión fundamental de este límite: ¿qué se considera “igualdad de acceso al divorcio”? Este concepto se define como la facultad que ostentan ambos cónyuges para presentar ante los tribunales una demanda de divorcio o separación judicial. Cuando uno de los cónyuges, por razón de sexo, no disponga de dicha facultad atribuida por la ley, habría una falta de igualdad patente. Cabe matizar que la igualdad difiere de la identidad, es decir, la igualdad de acceso es ofrecer a ambos cónyuges la misma facultad jurídica: la posibilidad de que el marido y la mujer puedan instar, ante el tribunal competente, la disolución del vínculo matrimonial. En caso de que la ley disponga unas condiciones más duras o estrictas para uno de los cónyuges a la hora de instar la disolución del matrimonio, no afecta a la igualdad de acceso al divorcio o separación judicial. Si el resultado del divorcio o separación judicial que la ley establezca, impone unas condiciones más ventajosas para uno de los cónyuges y más severas para el otro, no operaría la cláusula de igualdad de acceso. Habría que valorar si constituye una agresión al orden público internacional.⁵⁵

La solución que propone el Reglamento 1259/2010, en su art. 10, para los casos en los que la ley aplicable extranjera incurra en un supuesto de desigualdad de acceso a la

⁵⁵ Ortiz Vidal, M^aD., “El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol.6, N^o2, 2014, p.235

institución del divorcio o separación judicial es sencilla: la ley del foro sustituirá a la ley que fuera de aplicación.

Sin embargo, esta solución puede desprender un resultado negativo, incluso para el cónyuge cuyo acceso al divorcio no era paritario y que pretende proteger esta cláusula. Cuando la ley del foro sustituya a la ley extranjera de aplicación, para que la resolución emitida por la autoridad competente en el Estado que conoce del asunto, tenga validez en el país extranjero (por ejemplo, el país de la nacionalidad de los cónyuges) y tenga efectos jurídicos allí, este Estado extranjero habría de reconocer dicha resolución como propia, lo cual es ciertamente complicado en algunos ordenamientos.⁵⁶ Por tanto, la operancia de esta cláusula de igualdad de acceso puede resultar en un arma de doble filo porque se puede perjudicar a quien se pretendía auxiliar.

En resumen, que los cónyuges tengan igualdad de acceso al divorcio o separación judicial no implica que ambos hayan de tener vías idénticas de acceso al divorcio, basta con que dispongan de la facultad de instar el divorcio o separación judicial ante una autoridad competente para ello. Los tribunales han de ser cautos a la hora de invocar esta cláusula de igualdad porque puede traducirse en el no reconocimiento del divorcio o separación judicial en el país extranjero cuya ley vulneraba este derecho.

Orden público internacional: art. 12 RRIII.

Por otro lado, encontramos la excepción de orden público internacional contenida en el art. 12 RRIII y también en nuestro ordenamiento interno. Tanto el art. 12.3 CC que establece de forma general que: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Como el art. 12 RRIII, que determina lo siguiente para el caso particular de la ley aplicable al divorcio: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”. Identifican al orden público internacional como un límite a la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero por las autoridades del Estado propio.

La cláusula de orden público es de carácter excepcional y opera cuando la ley extranjera aplicable al divorcio o separación judicial resulte manifiestamente incompatible con el

⁵⁶ Ortiz Vidal, M^aD., “El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol.6, N^o2, 2014, p.236

orden público del Estado del foro. En aras de dar preferencia a la aplicación de la ley del Estado que ha de regular el divorcio según establece la ley de conflicto, es posible activar la condición de orden público de manera parcial, es decir, que no se aplique la parte de la ley que es contraria al mismo pero que se mantenga el resto que sí respeta la condición.⁵⁷

Para fijar la aplicabilidad de la excepción de orden público, hemos de fijarnos en el resultado del divorcio o separación judicial, no en el contenido de la norma jurídica extranjera aplicada. Esta cláusula operará porque el resultado que se desprende de la aplicación de una ley extranjera de divorcio o separación judicial genere un daño a la organización moral y económica de la sociedad cuyos tribunales conocen del asunto, es decir, cuando no exista compatibilidad posible entre la ley propia y la ley extranjera porque vulnera los principios fundamentales del Derecho del Estado del foro.⁵⁸ Por ejemplo, cuando de la aplicación de una ley extranjera de divorcio o separación judicial se desprenda un resultado discriminatorio contra la mujer, el orden público habría de imponerse.

Como hemos visto, para determinar el contenido del concepto “orden público” en el ámbito del divorcio y separación, hemos de acudir a las legislaciones y principios propios de cada Estado. En el caso español, podemos determinar ciertos escenarios en los que la cláusula de orden público podría operar de manera clara:

- Cuando no sea posible proceder al divorcio a instancia de uno de los dos cónyuges porque sea necesario el acuerdo de ambos⁵⁹.
- Cuando el proceso, la regulación o el resultado del mismo sean discriminatorios para una de las partes por razón de sexo, religión, creencia, ideología, etnia, origen social o pertenencia a una organización concreta.⁶⁰
- En aquellos casos en que el divorcio sea revocable a voluntad del varón, propio de países musulmanes⁶¹.

⁵⁷ Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado Volumen II*, Comares, Granada, 2016, p. 271

⁵⁸ Ortiz Vidal, M^oD., “El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.6, N^o2, 2014, p.236

⁵⁹ SAP Barcelona 27 de febrero 2014.

⁶⁰ Sabido Rodríguez, M., “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho Internacional Privado español. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 2013, p. 528.

⁶¹ SAP Madrid 28 de septiembre 2000.

- Si la causa de divorcio resultara contraria a la dignidad de la persona o a los derechos fundamentales.⁶²
- Cuando una Ley de divorcio o separación judicial contemple, como causa de divorcio, circunstancias contrarias a la dignidad de la persona o a los derechos fundamentales.⁶³
- Cuando el Derecho que resulte de aplicación prevea, únicamente, un divorcio no judicial por voluntad de las partes y sin intervención de autoridad alguna (C. Rimini).
- Cuando la ley aplicable al divorcio no admita el mismo aunque la convivencia de las partes sea imposible (P. Franzina).

En resumen, el orden público internacional se refiere al resultado del divorcio o separación judicial y no al contenido de la ley extranjera que sea de aplicación. Se protegen derechos y libertades que existen en el Estado del foro, su contenido difiere para cada Estado y su alcance se fija de modo particular, no existe una unificación a nivel europeo.

Para concluir el epígrafe, simplemente destacar la diferencia entre las dos figuras de igualdad de acceso y orden público. La excepción de orden público se activa cuando el resultado del divorcio o separación judicial es contrario a los principios que imperan en la sociedad del Estado del foro, por tanto, no solo se protegen los derechos y libertades de uno de los cónyuges sino los de una sociedad. La igualdad de acceso se refiere a la negación de la facultad a uno de los cónyuges de instar ante los tribunales el divorcio o separación judicial por razones de género, es decir, se ataca el contenido de dicha ley extranjera aplicable.

⁶² Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2016, p. 271

⁶³ Ídem

CONCLUSIONES

El trabajo de investigación ha ilustrado que las formas extravagantes de disolución del vínculo matrimonial surgen cuando se aplica una legislación de un tercer Estado que contempla instituciones de divorcio o separación no asimilables por el Estado del foro y que pueden plantear problemas en su aplicación, principalmente por desigualdad de acceso al divorcio o por cuestiones de orden público. La aplicación de la ley de Estados europeos no miembros o terceros Estados es posible por el carácter erga omnes del Reglamento.

En cuanto a la determinación de la ley aplicable al divorcio o separación judicial, hemos de remitirnos al art. 5, en caso de que los cónyuges hagan uso de la potestad que les da el Reglamento para ejercer su autonomía de la voluntad y decidir qué ley quieren que rija su disolución matrimonial, lo cual adquiere relevancia porque puede evitar situaciones claudicantes, o al art. 8 que será el que la determine cuando no haya elección.

La elección de la ley está sujeta a ciertos límites que, en algunos casos, pueden suponer una barrera para la aparición de las formas extravagantes como la necesidad de respeto a los Derechos Fundamentales, la imposibilidad de regular el divorcio mediante un acuerdo privado o la no cabida de la representación son algunos de los más relevantes.

En cuanto a la posibilidad de que el divorcio se lleve a cabo mediante un acuerdo privado entre las partes, hemos determinado que es necesaria la intervención de una autoridad competente para ello en el Estado del foro y, por tanto, no cabe en el Reglamento. En lo que respecta al repudio, es necesario diferenciar las distintas formas de repudio que existen en los distintos Derechos que contemplan esta institución ya que no todos plantean problemas en su aplicación. Sin embargo, los escollos que puede encontrar son: la desigualdad en el acceso al divorcio y el orden público.

En lo relativo a estos escollos o límites, cabe significar que operará el art. 10 de igualdad de acceso cuando los cónyuges no dispongan de la facultad de instar el divorcio o separación ante una autoridad competente para ello y operará el orden público cuando el resultado del divorcio fruto de esta forma extravagante es contrario a los principios que imperan en la sociedad del Estado del foro.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia y legislación

Comisión Europea, “Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”.

Decisión 2010/405/UE, “Decisión del consejo de 12 de julio de 2010 por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal”.

Oberlandesgericht München, 11 de junio de 2015, Asunto C-281/15.

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.

SAP Barcelona 27 de febrero 2014.

SAP Madrid 28 de septiembre 2000.

Doctrina

Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., “Crisis matrimoniales”, Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2011.

Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., Derecho Internacional Privado Volumen II, Comares, Granada, 2016.

Carrascosa, J., “Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010”, Cuadernos de Derecho Transnacional, número 1, vol. 4, 2012.

Díez Deustua, A.M., “Luces y sombras en la determinación de la ley aplicable a las crisis matrimoniales en la UE”, UIC Barcelona, 2015, p. 168.

Elvira Benayas, M^a J., “Introducción a ciertas cuestiones del Derecho de Familia en las sociedades multiculturales”, RJUAM, número 18, 2008.

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.

Fernández Coronado, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 85.

González Beilfuss, C., “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho Internacional Privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado.

H. Batiffol / P. Lagarde, Droit international privé, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993.

Herranz Ballesteros, M., “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: el Reglamento (UE) N° 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, Revista de Derecho de la Unión Europea, nº. 22, 2012.

Orejudo Prieto de los Mozos, P., “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (7193).

Ortiz Vidal, M^aDolores, “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, número 2, 2014.

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

Sabido Rodríguez, M., “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en el Derecho Internacional Privado español”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 45, 2013, p. 503.

Wolters Kluwer, “Guía jurídica: Poder de representación”, (<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA>

AAAAEAM tMSbF1jTAAAUNjMyNjtbLUouLM_DxbIwDCwNzAwuQQGZapUt-
khlQaptWmJOcSoAzXFkZjUAAAA= WKE).