



---

# Universidad de Valladolid

**Facultad de Derecho**

**Grado en Derecho**

## **Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable a los Divorcios Internacionales**

Presentado por:

***Carlota Gil Vaquero***

Tutelado por:

***Diana Gluhaia***

*Valladolid, 1 de julio de 2020*

## COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE A LOS DIVORCIOS INTERNACIONALES

Índice .....	p. 2
Resumen.....	p. 5
Listado de abreviaturas y siglas .....	p. 6
1. Introducción. ....	p. 7
2. Normas de competencia judicial internacional en materia de divorcio .....	p. 8
2.1. Normas de competencia judicial internacional de Derecho europeo .....	p. 9
2.1.1. El sistema del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II <i>bis</i> ) .....	p. 11
2.1.2. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II <i>bis</i> .....	p. 11
2.1.3. Foros de competencia judicial internacional del artículo 3 del Reglamento Bruselas II <i>bis</i> .....	p. 14
2.1.4. Reconvención .....	p. 20
2.1.5. Conversión de separación judicial en divorcio .....	p. 20
2.1.6. La litispendencia internacional .....	p. 20
2.1.7. Medidas provisionales y cautelares .....	p. 22

2.1.8. Garantías procesales del demandado .....	p. 22
2.2. Normas de competencia judicial internacional del Derecho interno español .....	p. 23
2.2.1. Foros de competencia judicial internacional del artículo 22 LOPJ.....	p. 23
2.2.2. El alcance del foro de competencia judicial internacional contenido en el art. 22 <i>quáter</i> c) LOPJ .....	p. 24
3. Normas de Derecho internacional privado para la determinación de la ley aplicable al divorcio internacional .....	p. 25
3.1. El Reglamento (UE) 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 (Reglamento Roma III): características y ámbito de aplicación .....	p. 26
3.2. La norma de conflicto de leyes para la determinación del Derecho aplicable al divorcio .....	p. 28
3.2.1. Punto de conexión principal: la autonomía de la voluntad limitada de los cónyuges .....	p. 29
3.2.2. Ley aplicable en ausencia de elección de las partes: el funcionamiento de los puntos de conexión subsidiarios .....	p. 32
3.2.3 La aplicación de la ley del foro: significado y al alcance del artículo 10 Reglamento Roma III .....	p. 33
3.2.4. La ley aplicable a los supuestos de conversión de separación judicial en divorcio ... .....	p. 35
3.2.5. La ley aplicable en caso de conversión de separación judicial en divorcio .....	p. 36
3.3. Problemas de aplicación de la norma de conflicto de leyes .....	p. 37

3.3.1. Ausencia de regulación de la prueba del Derecho extranjero .....	P. 37
3.3.2. Exclusión de reenvío.....	p. 40
3.3.3. La excepción de orden público: función del artículo 12 del Reglamento Roma III .....	p. 40
3.3.4. El problemas de la remisión a ordenamientos plurilegislativos y la solución del artículo 14 del Reglamento Roma III .....	p. 42
4. Ámbito de la ley reguladora del divorcio .....	p. 44
5. Conclusiones .....	p. 46
6. Bibliografía.....	p. 49
7. Fuentes normativas.....	p. 51
8. Fuentes jurisprudenciales .....	P. 52

**Resumen:** El incremento de matrimonios internacionales como consecuencia de la circulación de las personas entre diferentes Estados tiene también como consecuencia un aumento de las demandas de divorcio afectadas por un elemento de internacionalidad. La solución de estos litigios exige, en primer lugar, justificar la competencia judicial internacional de los tribunales y, en segundo lugar, determinar el Derecho material aplicable para la disolución del vínculo matrimonial por divorcio. En este trabajo se analizan las normas de Derecho internacional privado europeo y español que resuelven estas cuestiones.

**Palabras clave:** divorcio, competencia judicial internacional, ley aplicable, Derecho internacional privado europeo, Derecho internacional privado estatal.

**Abstract:** The increase of international marriages as a result of the movement of people between different States also leads to an increase of action for divorce affected by an element of internationality. On the one hand, the resolution of these disputes require the justification of the international jurisdiction of the courts and, on the other hand, the determination of the substantive law applicable to the dissolution of the marriage by divorce. This paper analyses the rules of European and Spanish private international law that resolve these issues.

**Keywords:** divorce, international jurisdiction, applicable law, european private international law, estatal private international law.

## Listado de abreviaturas y siglas

A: Auto

AP: Audiencia Provincial

*AEDIPr.*: Anuario Español de Derecho Internacional Privado

Art.: Artículo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

*CDT*: Cuadernos de Derecho Transnacional

DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Europea

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LCJIMC: Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Mercantil

*Loc. cit.*: *loco citato* (en el lugar citado)

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

*Op. cit.*: *opere citato* (en la obra citada)

*RADS*: Revista Aranzadi de Derecho Social

*REEI*: Revista Electrónica de Estudios Internacionales

S: Sentencia

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

## I. INTRODUCCIÓN.

En un mundo cada vez más globalizado donde, con carácter general, las personas pueden circular libremente entre los Estados por motivos laborales, económicos o sociales, es cada vez más frecuente la celebración de matrimonios en los que está presente un elemento internacional o de extranjería. Esta internacionalidad afecta no solamente a la forma de celebración del matrimonio y a los efectos personales y patrimoniales que éste tiene entre los cónyuges, sino también a las posibles crisis matrimoniales que pueden surgir entre los cónyuges cuyo vínculo pueden romperse por concurrir una causa de nulidad matrimonial, por separación judicial o por divorcio<sup>1</sup>.

A lo largo de este Trabajo Fin de Grado, que pone fin a mis estudios de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, abordaremos, bajo la tutoría de la profesora Diana Gluhaia, el estudio de dos de las principales cuestiones que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, plantea la disolución de un vínculo matrimonial por divorcio cuando está presente un elemento de internacionalidad, bien referido a la nacionalidad de los cónyuges, bien a su lugar de residencia habitual.

El trabajo se divide, por lo tanto, en dos grandes partes que siguen la lógica de la disciplina del Derecho internacional privado y que me fueron explicadas por el profesor Dámaso J. Vicente Blanco, que me impartió esta asignatura en el cuarto curso del Grado en Derecho.

En primer lugar, se analizarán las normas de Derecho internacional privado europeo y de Derecho internacional privado español por las que se determina la competencia judicial internacional de nuestros tribunales para resolver una demanda de divorcio cuando está presente un elemento de internacionalidad. Se identificarán las normas (foros) de competencia judicial internacional de cada sistema y se estudiarán sus características y estructura, de manera que pueda justificarse cuándo los tribunales españoles son competentes para conocer de una demanda de divorcio internacional.

---

<sup>1</sup> Sobre el contexto en el que se estudian las crisis matrimoniales internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado, véase A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho internacional privado*, T. II, 18ª Ed., Comares, Granada, 2018, p. 343.

En segundo lugar, se estudiarán las normas de Derecho internacional privado por las que se determina el Derecho material aplicable al divorcio internacional. Si se afirma la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver una demanda de divorcio, el siguiente problema que debe resolver el operador jurídico que tiene que conocer del litigio es el de la determinación del Derecho que regula el fondo del asunto. En esta segunda parte, analizaremos la estructura y el alcance de la norma del conflicto de leyes prevista por el legislador europeo para resolver la cuestión de la ley aplicable al divorcio, que desplaza a las soluciones de Derecho interno español en esta materia.

Se analizan también las normas de funcionamiento previstas por el legislador europeo que resuelven los problemas que plantea la aplicación de la norma de conflicto de leyes armonizada, en particular el reenvío, la remisión a un ordenamiento plurilegislativo y la excepción de orden público. Previamente haremos una referencia al problema de la prueba del Derecho extranjero, sobre la que el legislador europeo guarda silencio, pero cuya resolución es fundamental para resolver una demanda de divorcio internacional respetando el mandato de las normas europeas.

Para llevar a cabo este trabajo, además de la dirección y ayuda inestimable de mi tutora, se han consultado los trabajos de la principal doctrina internacional privatista de nuestro país. Del mismo modo, se han utilizado las principales bases de datos de jurisprudencia, para obtener referencias jurisprudenciales tanto de los tribunales españoles como del TJUE, a quien corresponde la función de interpretación de las normas de Derecho europeo aplicables en esta materia.

## **2. NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE DIVORCIO.**

La primera cuestión que se le plantea al operador jurídico que tiene que resolver una demanda de divorcio afectado por un elemento de extranjería es la de la determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de este asunto.

En el sistema de Derecho internacional privado español esta cuestión se resuelve, con carácter principal, conforme a las disposiciones contenidas en el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el



reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II *bis*)<sup>2</sup>.

Subsidiariamente, serán de aplicación las normas de competencia judicial internacional del Derecho autónomo (interno) español contenidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), si bien un análisis de estas disposiciones pondrá de manifiesto su carácter absolutamente residual, por la primacía que sobre ellas tienen las disposiciones de Derecho europeo.

En los siguientes apartados estudiaremos la naturaleza de los foros de competencia judicial internacional contenidos en ambos instrumentos y cómo funcionan cada uno de ellos, con el fin de justificar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de divorcio internacional.

## **2.1. Normas de competencia judicial internacional de Derecho europeo.**

La regulación europea de la competencia judicial internacional en materia de divorcio se contiene en el Reglamento Bruselas II *bis*, que deroga el Reglamento 1347/2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Se trata de un Reglamento “doble”, que regula tanto la competencia judicial internacional relativa al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, como el reconocimiento y *exéquatur* de las resoluciones judiciales dictadas en este ámbito.

Este Reglamento desplaza, desde el 1 de marzo de 2015, al Reglamento (CE) 1347/2000, de 29 de mayo (Reglamento Bruselas II)<sup>3</sup>, y será sustituido por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores<sup>4</sup>. Esta nueva versión del Reglamento Bruselas II *bis* solo será aplicable a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto

---

<sup>2</sup> DOUE L338 de 23 de diciembre de 2003.

<sup>3</sup> DOCE L 160 de 30 de junio de 2000.

<sup>4</sup> DOUE L 178 de 2 de julio de 2019.

de 2022 o después de esa fecha. El Reglamento Bruselas II *bis* seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro UE en el que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022 y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

Según el Comunicado de prensa emitido por el Consejo Europeo el 25 de junio de 2019 con motivo de la aprobación del Reglamento<sup>5</sup>, en esta norma cabe destacar las siguientes novedades:

- (i) se establecen normas más claras sobre la posibilidad de que el menor exprese su opinión, con la introducción de la obligación de brindarle la oportunidad real y efectiva de expresar su opinión;
- (ii) se suprime completamente el exequátur para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental y se establecen medidas de salvaguarda de carácter procesal;
- (iii) se formulan normas mejores y más claras en relación con los casos de sustracción de menores dentro de la UE (por ejemplo, plazos más claros para garantizar que estos casos se tramiten con la máxima rapidez;
- (iv) se establecen normas más claras sobre la circulación de los documentos públicos y los acuerdos extrajudiciales, así como en relación con el acogimiento de un menor en otro Estado miembro, previéndose, en particular, la necesidad de recabar la aprobación previa para todos los acogimientos, salvo los acogimientos con progenitores; y
- (v) se armonizan determinadas normas para el procedimiento de ejecución -motivos de suspensión o denegación de la ejecución-, lo que aumenta la seguridad jurídica para los progenitores y los menores.

En definitiva, el nuevo Reglamento no afecta a las normas de competencia judicial internacional en materia de divorcio, pues su artículo 3 contiene los mismos foros

---

5 <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/06/25/more-effective-rules-to-deal-with-cross-border-matrimonial-matters-and-parental-responsibility-issues/>

de competencia judicial internacional que los establecidos por el artículo 3 del Reglamento Bruselas II *bis*<sup>6</sup>.

*2.1.1. El sistema del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).*

El Reglamento Bruselas II *bis* constituye el régimen preferente para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las causas matrimoniales de divorcio, y también de separación judicial y nulidad matrimonial, iniciadas tras el 1 de marzo de 2005. Este Reglamento prevalece sobre cualquier convenio de carácter bilateral o multilateral entre los Estados miembros de la UE, salvo Dinamarca.

A lo largo de los siguientes apartados estudiaremos cuál es el ámbito de aplicación de este instrumento de Derecho internacional privado europeo, así como la estructura y las características de los diferentes foros de competencia judicial internacional aplicables para justificar que nuestros tribunales puedan conocer de una demanda de divorcio internacional.

*2.1.2. Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis.*

La aplicación de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II *bis* en un litigio que tenga por objeto la disolución de un vínculo matrimonial afectado por un elemento de internacionalidad exige, en primer lugar, delimitar su ámbito de aplicación material, espacial y territorial<sup>7</sup>.

Desde un punto de vista material, el Reglamento Bruselas II *bis* regula únicamente la disolución del vínculo matrimonial pronunciada por una autoridad pública y en un procedimiento civil, ya sea a través de divorcio, de separación judicial o mediante nulidad del matrimonio (artículo 1.1.a).

---

<sup>6</sup> Sobre el nuevo texto, véase V. PARDO IRANZO: “Responsabilidad parental y sustracción internacional de menores: la ejecución en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *Diario La Ley*, N° 9629, Sección Tribuna, 11 de Mayo de 2020.

<sup>7</sup> Véase A. QUIÑONES ESCÁMEZ: “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *RDCE*, n° 30, 2008, pp. 457-482.

Por lo tanto, el Reglamento Bruselas II *bis* no se aplica a los divorcios puramente privados, que tienen lugar a través de una declaración unilateral de un cónyuge. Así se deduce claramente de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni*<sup>8</sup>. En el litigio que dio origen a la cuestión prejudicial interpuesta por el *Oberlandesgericht München* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich) ante el TJUE, se planteaba la posibilidad de reconocer en Alemania, a instancias del marido, una resolución de divorcio “*por deseo unilateral*” dictada por el tribunal religioso de la *sharia* de *Latakia* (en Siria), a la que se opone la esposa, pese a haber realizado una declaración firmada de su puño y letra acerca del cobro de la compensación que le correspondía en virtud de la legislación religiosa. El tribunal alemán invocaba la aplicación al caso de las normas europeas de Derecho internacional privado establecidas en materia de divorcio, pero el TJUE concluyó que el divorcio resultante de una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso en Siria, en virtud de la *sharia*, no está comprendido en el ámbito de aplicación material de estas disposiciones de Derecho internacional privado europeo.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que el Reglamento Bruselas II *bis* solamente se aplica en supuestos internacionales, en nuestro caso, a los divorcios afectados por un elemento extranjero, derivado bien de la nacionalidad, bien de la residencia habitual de los cónyuges.

En todo caso, corresponde al juez que conozca de la demanda de divorcio determinar si existe o no el matrimonio, lo cual deberá hacer de acuerdo con sus propias disposiciones de Derecho interno. En efecto, solo se puede declarar el divorcio de un matrimonio si éste existe previamente; por lo tanto, el concepto de matrimonio es una cuestión previa al divorcio. Esta cuestión plantea problemas especialmente cuando nos enfrentamos a matrimonios poligámicos o matrimonios entre personas del mismo sexo, válidos en el Estado de celebración (Estado de origen), pero que no están reconocidos por el tribunal que conoce de la demanda de divorcio (Estado de acogida). Este problema de falta de continuidad jurídica en el espacio de los matrimonios podría haberse evitado si, como en otros reglamentos europeos, el Reglamento Bruselas II *bis* hubiera establecido un

---

<sup>8</sup> Sobre esta decisión véase C. M. CAAMIÑA DOMINGUEZ: “Divorcio privado dictado por un Tribunal religioso de un tercer Estado: Asunto C-281/15 *Soba Sahyouni y Raja Mamisch*”, CDT, Vol. 9, n° 2, 2017, pp. 629-634.

concepto autónomo, propio y específico de “matrimonio”, al menos a los efectos de identificar el tribunal internacionalmente competente para conocer del divorcio.

Una vez acreditado que, efectivamente, se trata de un matrimonio válido para el Estado miembro UE al que pertenece el tribunal que conoce del asunto, podrá aplicarse el Reglamento Bruselas II *bis* para justificar su competencia judicial internacional.

Debe tenerse también en cuenta que el Reglamento Bruselas II *bis* no regula los procedimientos de disolución del vínculo matrimonial que revisten un carácter religioso, ni tampoco se aplica a cuestiones conexas al divorcio, como el régimen económico matrimonial o las obligaciones de alimentos y pensiones entre los cónyuges. Desde otro punto de vista, el Reglamento Bruselas II *bis* tampoco se aplica a la legitimación para ejercitar una acción de divorcio, pues se trata de una cuestión de fondo que vendrá determinada por la ley material aplicable al divorcio (*lex divortii*)<sup>9</sup>.

Desde un punto de vista espacial, las disposiciones del Reglamento Bruselas II *bis* se aplicarán por los tribunales y autoridades públicas de todos los Estados miembros UE excepto Dinamarca. Por lo tanto, en las relaciones de España con Dinamarca, en la medida en que no se aplicará el Reglamento *Bruselas II bis*, habrá que estar a las disposiciones de la LOPJ, que se estudian más adelante, para determinar si nuestros tribunales pueden conocer de una demanda de divorcio internacional.

Desde el punto de vista temporal el Reglamento Bruselas II *bis* se aplica a las demandas de divorcio interpuestas a partir del 1 de marzo de 2015 (art. 72). Por su parte, los problemas de derecho transitorio se resolverán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento, que, en principio, no tiene carácter retroactivo.

Por otra parte, desde un punto de vista personal y según se deduce del juego de los foros de competencia judicial internacional de los artículos 3 a 5 del Reglamento Bruselas II *bis* que seguidamente analizaremos, sus disposiciones serán de aplicación cuando el demandado tenga su residencia habitual en un Estado miembro UE o posea la nacionalidad de un Estado miembro UE.

---

<sup>9</sup> En general, la legitimación procesal de las partes se somete, como cuestión de fondo, a la *lex causae*. Sobre esta excepción a la aplicación del principio *lex fori regit processum*, véase, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 307-308.

Finalmente, desde el punto de vista personal, y conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Reglamento Bruselas II *bis*, este se aplica cuando el cónyuge requerido tiene residencia habitual o nacionalidad de un Estado miembro. Efectivamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento Bruselas II *bis*, un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro UE o bien sea nacional de un Estado miembro UE (o que tenga su *domicile* en Reino Unido o Irlanda), solo podrá ser demandado ante los tribunales de otro Estado miembro UE de acuerdo con lo establecido en los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II *bis*.

En el caso de que ningún órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro UE resulte competente con arreglo al Reglamento Bruselas II *bis*, y con independencia de que el demandado sea o no nacional de un Estado miembro UE y de que dicho demandado resida o no habitualmente en un Estado miembro UE, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro UE podrán declararse competentes de acuerdo con los foros de competencia judicial internacional establecidos en las normas de producción interna españolas (art. 7.1 Reglamento Bruselas II *bis*)<sup>10</sup>. De esta forma, por ejemplo, un cónyuge de nacionalidad española que tiene su residencia habitual en la ciudad de San Francisco (Estados Unidos), podrá ser demandado en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 *quáter* c) LOPJ, siempre que ningún otro Tribunal de otro Estado miembro UE sea competente para conocer de su demanda de divorcio con arreglo a las normas del Reglamento Bruselas II *bis*.

### *2.1.3. Foros de competencia judicial internacional del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis.*

El artículo 3.1 del Reglamento Bruselas II *bis* contiene siete foros de competencia judicial internacional alternativos que permiten identificar el Tribunal de un Estado miembro UE competente para conocer de una demanda de divorcio afectado por un elemento de internacionalidad.

---

<sup>10</sup> STJUE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, *Sundelind López*. Sobre esta decisión del TJUE véase, J. A. GARCÍA LÓPEZ: “Repercusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto ‘Sundelind López’: ámbito de aplicación espacial a las normas de competencia judicial internacional de la Unión Europea en materia de separación y divorcio”, *AEDIPr.*, t. IX, 2009, pp. 307-325.

El carácter alternativo de estos foros significa que basta con que concurra cualquiera de ellos para que los tribunales del Estado miembro UE de que se trate sean competentes. Desde otro punto de vista, este carácter también significa que los cónyuges pueden elegir cuál de estos foros desean utilizar. De este modo, el legislador europeo articula una respuesta adaptada a la movilidad internacional de las personas.

Estos foros atribuyen competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro UE, pero la precisión del tribunal territorialmente competente deberá hacerse de acuerdo al derecho procesal de cada Estado miembro, lo que en nuestro país obliga a recurrir a las soluciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Los foros de competencia judicial internacional del artículo 3 del Reglamento Bruselas II *bis* son controlables de oficio, por lo tanto, si el tribunal ante el que se plantea la demanda carece de competencia y ésta corresponde a los tribunales de otro Estado miembro UE, aquel se declarará de oficio incompetente (art. 17).

Este precepto utiliza como criterios de competencia judicial internacional, la residencia habitual de los cónyuges y la nacionalidad de los mismos, garantizando de este modo el cumplimiento del principio de proximidad, es decir, que existe un vínculo real entre el supuesto litigioso y el Estado miembro UE cuyos tribunales resultan competentes para conocer de la disolución del vínculo matrimonial por divorcio.

En particular, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento Bruselas II *bis*, serán competentes los tribunales del Estado miembro UE donde se encuentre la residencia habitual de los cónyuges al tiempo de presentar la demanda. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado español debe tenerse en cuenta que cuando ambos cónyuges tengan su residencia habitual en España, la competencia judicial internacional de los españoles en un proceso de divorcio vendrá determinada siempre por el Reglamento Bruselas II *bis* y, en ningún caso, dependerá de la LOPJ, sea cual sea la

nacionalidad de los cónyuges<sup>11</sup>. Esta primacía del Derecho europeo sobre el Derecho interno español tiene como consecuencia la falta de virtualidad jurídica de las disposiciones de la LOPJ en este ámbito.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento Bruselas II *bis*, podrán también conocer de la demanda de divorcio, los tribunales del Estado miembro UE donde se encuentre la última residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos aún resida allí. A los efectos de aplicar este foro de competencia judicial internacional, es indiferente que el cónyuge que mantiene su residencia habitual en el último domicilio conyugal sea el demandante o el demandado en el proceso de divorcio.

Igualmente, podrán conocer de la demanda de divorcio los tribunales del Estado miembro UE donde se encuentre la residencia habitual del demandado en el momento de la presentación de la demanda, con independencia de que el demandado sea o no nacional de un Estado miembro del Reglamento. Este foro de competencia judicial internacional facilita la práctica de pruebas, agiliza la notificación de la demanda, permite una mejor defensa del demandado y es previsible para ambos cónyuges<sup>12</sup>.

Asimismo en caso de demanda de divorcio conjunta por ambos cónyuges, podrán ser competentes los tribunales del Estado miembro UE donde tenga su residencia habitual uno de los cónyuges, sin importar que ese cónyuge sea el demandante o el demandado.

Con el fin de facilitar la presentación de la demanda al cónyuge que, tras la ruptura regresa a su país, el Reglamento Bruselas II *bis* contempla también la posibilidad de atribuir competencia a los tribunales del Estado miembro UE donde tiene su residencia habitual el demandante en dos casos: por un lado, cuando ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, y por otro lado, cuando

---

<sup>11</sup> Sin embargo, los tribunales españoles aplican, de forma improcedente la LOPJ para determinar su competencia judicial internacional cuando los cónyuges residen en España y ninguno de ellos ostenta la nacionalidad en nuestro país. En este sentido véase SAP Castellón (Sección 2ª) 54/2015 de 25 de mayo, AC 2015\1199 y SAP Cáceres (Sección 1ª) 279/2012 de 23 de mayo, JUR 2012\191271.

<sup>12</sup> Véase A.-L. CALVO CARAVACA y J.CARRASCOSA GONZÁLEZ Derecho internacional privado, T. II, 18ª Ed., Parte especial, Granada, Comares, 2018, p. 456.



únicamente ha residido allí seis meses antes de la presentación de la demanda si además ostenta la nacionalidad de ese Estado miembro UE (*domicile* en Reino Unido e Irlanda)<sup>13</sup>.

En el primer caso, el foro de competencia judicial internacional a favor de la residencia habitual del demandante puede ser provocado por las partes fácilmente, sobre todo en aquellos casos en los que el cónyuge tiene capacidad económica suficiente para mantener esa residencia, lo que puede dar lugar a un *forum shopping* a favor de esos tribunales. En todo caso, el tribunal deberá comprobar que el demandante tiene la residencia habitual en su territorio y, a estos efectos, podrá tener en cuenta datos como el certificado del padrón municipal, el lugar de trabajo, etc.

En todos estos casos el concepto de “residencia habitual” debe entenderse como un concepto autónomo y propio del Reglamento Bruselas II *bis*. En concreto, a los efectos de aplicación de este Reglamento, la residencia habitual equivale al “centro social de vida” o “lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable”<sup>14</sup>; se trata, en definitiva, del lugar donde el cónyuge tiene el núcleo principal de vida y donde mantiene sus relaciones con otras personas.

En ningún caso es relevante que se trate de una residencia temporal, ni que el cónyuge tenga la intención de volver a otro país; lo importante es que el cónyuge tenga su centro social de vida de forma estable en un determinado Estado y que tenga intención de permanecer en él, aunque sea de manera temporal. Tampoco es relevante que el cónyuge siga inscrito en los registros oficiales de otro país a efectos fiscales, electorales o municipales<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Se ha señalado que de este modo se limita la introducción de un *forum actoris* desmesurado; en este sentido véase J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 10ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 466.

<sup>14</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 624/2017, 21 de noviembre, RJ 2017\5094. No es relevante que sea una residencia temporal ni que el cónyuge tenga la intención de retornar a otro país; tampoco que el cónyuge siga inscrito en registros oficiales de otro país a efectos fiscales, electorales o municipales.

<sup>15</sup> En este sentido véase CALVO CARAVACA. A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, T. II, Parte especial, 18ª Ed., Granada, Comares, 2018, p. 465.

En todos los casos es necesario que se acredite ante el tribunal que conoce del asunto la residencia habitual en un determinado Estado, pues a falta de esta prueba el foro de la residencia habitual no puede activarse.

Además de estos seis foros alternativos de competencia judicial internacional que utilizan el criterio de la residencia habitual de los cónyuges, el art. 3.1.b) del Reglamento Bruselas II *bis* utiliza también el foro de la nacionalidad común de ambos cónyuges.

En relación con este foro de la nacionalidad común es importante saber que, en los casos de múltiple nacionalidad, el TJUE ha admitido la competencia concurrente de los tribunales de todos los Estados miembros UE correspondientes a las diversas nacionalidades de los cónyuges, de manera que éstos podrán elegir cualquiera de estos tribunales para interponer su demanda de divorcio.

Así lo ha establecido expresamente el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 16 de julio de 2009, asunto C-168/08, *Hadadi*<sup>16</sup> Los hechos que dieron lugar a esta decisión del TJUE son los siguientes: el Sr. Hadadi y la Sra. Mesko, ambos de nacionalidad húngara, contrajeron matrimonio en Hungría en 1979. En 1980 emigraron a Francia e instalaron allí su residencia habitual; posteriormente, en 1985, ambos adquirieron la nacionalidad francesa, sin perder su anterior nacionalidad húngara. En el año 2001 el Sr. *Hadadi* acudió a los tribunales de Pest (Hungría) para interponer una demanda de divorcio y en febrero de 2003 la Sra. *Mesko* presentó su demanda de divorcio ante el tribunal de *Meaux* (Francia). Ante el TJUE se planteó una cuestión prejudicial para saber qué tribunales eran competentes, los franceses, los húngaros o ambos.

El TJUE dictó sentencia declarando que “*cuando cada uno de los cónyuges posea la nacionalidad de dos mismos Estados miembros, el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 2201/2003 se opone a que se excluya la competencia de los tribunales de uno de dichos Estados miembros por el mero hecho de que el demandante carezca de otros puntos de conexión con dicho Estado. Antes al contrario, los tribunales de los Estados miembros cuya nacionalidad posean los cónyuges son*

---

16 Sobre esta sentencia véase el comentario de S. ALVAREZ GONZÁLEZ en *REDI*, vol. 61, núm. 2, 2009, pp. 405-507. Recoge esta jurisprudencia el AAP Barcelona (Sección 12ª) 308/2010 de 20 de diciembre, AC 2011/1225 y STS 624/2017 de 21 de noviembre.

*competentes en virtud de la citada disposición, pudiendo estos últimos elegir libremente el tribunal del Estado miembro ante el que se sustanciará el litigio”.*

Esta jurisprudencia puede provocar en la práctica una “carrera al Tribunal” (*forum shopping*), de manera que el cónyuge que presenta primero la demanda acudirá al tribunal que prefiera, impidiendo que los tribunales de los demás Estados miembros UE puedan conocer del divorcio aunque dispongan de competencia judicial internacional.

Todos estos foros de competencia judicial internacional tienen un carácter “exclusivo” según lo declara expresamente el artículo 6 del Reglamento Bruselas II *bis*. Esta exclusividad no hace referencia a la naturaleza de los foros de competencia, que en realidad son todos ellos concurrentes entre sí, sino a su aplicación. Es decir, que siempre que el cónyuge requerido o demandado tenga su residencia habitual o la nacionalidad de un Estado miembro UE, la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros UE únicamente puede basarse en una de las reglas de competencia de los artículos 3 a 5 del propio Reglamento.

Así se deduce expresamente de lo dispuesto en la STJCE (Sala Tercera) de 29 de noviembre de 2007, asunto CE-68/07, *Sundelind*. En esta decisión los jueces de Luxemburgo establecieron que, cuando otro Tribunal de un Estado miembro UE resulta competente en virtud de lo dispuesto en los artículos 3 a 5 del Reglamento Bruselas II *bis*, el Tribunal de un Estado miembro UE que únicamente pueda basar su competencia en las normas internas de competencia judicial internacional, deberá declararse incompetente de oficio.

Los tribunales españoles se han hecho eco de esta jurisprudencia y han entendido que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II *bis* también se deben aplicar en los procedimientos nacionales que afectan exclusivamente a nacionales de terceros países ajenos a la UE<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Un ejemplo es el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1ª) número 82/2007 de 10 de abril.

#### 2.1.4. Reconvencción.

El Reglamento *Bruselas II bis* regula también la competencia judicial internacional derivada de los tribunales de los Estados miembros UE en caso de reconvencción.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento *Bruselas II bis*, el tribunal que conoce de la demanda inicial de divorcio, será también competente para conocer de la demanda reconvenccional, siempre que esta última verse sobre una materia comprendida dentro del ámbito de aplicación del propio Reglamento.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta que el concepto de “reconvencción” es un concepto autónomo y propio del Reglamento *Bruselas II bis*, que cubre las pretensiones formuladas por el demandado con la finalidad de obtener una condena distinta a la desestimación de la demanda presentada por el demandante inicial.

#### 2.1.5. Conversión de separación judicial en divorcio

El artículo 5 del Reglamento *Bruselas II bis* se refiere al supuesto de la conversión de la separación judicial en divorcio.

De acuerdo con este precepto, el tribunal que haya dictado una sentencia sobre separación judicial será también competente para pronunciarse sobre la conversión de dicha separación en divorcio, siempre y cuando la ley del foro lo permita.

Se trata de un supuesto de *perpetuatio jurisdictionis*, que favorece las pretensiones de los cónyuges de disolver su vínculo matrimonial. Desde este punto de vista, la solución del artículo 5 del Reglamento *Bruselas II bis* se corresponde con el principio de *favor divortii* que informa los foros de competencia judicial internacional del Reglamento *Bruselas II bis*, pues la finalidad última de estas disposiciones es que los cónyuges pueden disolver su vínculo matrimonial por divorcio, en ejercicio del principio de libertad personal.

#### 2.1.6. Litispendencia internacional.

El artículo 19 del Reglamento *Bruselas II bis* contiene una solución específica para resolver el problema de la litispendencia, que se produce cuando se presentan dos

demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros UE.

De acuerdo con lo establecido en este precepto, el tribunal ante el que se haya presentado la segunda demanda debe suspender de oficio el procedimiento hasta que no se determine la competencia del tribunal ante el que se interpuso la primera demanda<sup>18</sup>. Por otra parte, cuando se presenten demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros UE, el tribunal ante el que se haya presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del Tribunal ante el que se interpuso la primera demanda.

En ambos casos, cuando se establezca que es competente el tribunal ante el que se interpuesto la primera demanda, el tribunal ante el que se interpuso la segunda demanda se inhibirá a favor de aquél y el demandante que intervino ante el segundo tribunal podrá ejercitar su acción de divorcio ante el primero.

En el sistema del Reglamento Bruselas II *bis*, la litispendencia se aprecia solamente a instancia de parte y su invocación se somete al Derecho procesal del Estado miembro UE ante cuyos tribunales se hace valer. Es necesario que se haya interpuesto una demanda judicial ante tribunales de distintos Estados miembros UE, y es también necesario que se demuestre que el mismo litigio de divorcio está efectivamente pendiente ante los tribunales de otro Estado miembro UE.

Para poder aplicar la regla de litispendencia, el artículo 16 del Reglamento Bruselas II *bis* indica cuándo debe considerarse iniciado un procedimiento. A estos efectos es suficiente con que se verifique la presentación del escrito de demanda o documento equivalente ante un concreto tribunal.

En los casos en los que se presenta una demanda de divorcio ante un tribunal de un tercer Estado ajeno a la UE y posteriormente se presenta demanda de divorcio ante los

---

<sup>18</sup> Si el procedimiento iniciado en primer lugar se extingue después de que se haya presentado la segunda demanda ante un Tribunal en el segundo estado miembro UE, dejan de concurrir los criterios de litispendencia y, por lo tanto, no puede decirse que el Tribunal ante el que se interpuso la primera demanda siga siendo competente. En este sentido véase la STJUE (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2015, asunto C-489/14, *A-B*.

tribunales de un Estado miembro UE, el artículo 19 del Reglamento Bruselas II *bis* no es aplicable. En estos casos, la admisibilidad de la excepción de litispendencia internacional es una cuestión que debe resolverse de acuerdo con las normas internas del Estado miembro de los tribunales ante los que se plantea esa excepción.

#### *2.1.7. Medidas provisionales y cautelares.*

El artículo 20 del Reglamento *Bruselas II bis* establece también que, en caso de urgencia, los tribunales de un Estado miembro UE podrán declararse competentes para adoptar medidas provisionales o cautelares previstas en el Derecho de ese Estado miembro UE y relativas a las personas o bienes presentes en el mismo, aún cuando el tribunal de otro Estado miembro UE sea competente para conocer del fondo del asunto.

Estas medidas provisionales y cautelares pueden referirse a materias no incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*, lo que permite incluir en este precepto aquellas medidas que el juez establece para conservar el patrimonio de los cónyuges a los efectos de disolver el régimen económico matrimonial.

El artículo 20 del Reglamento Bruselas II *bis* no resulta de aplicación cuando las medidas cautelares se solicitan ante el Tribunal que tiene atribuida la competencia internacional para conocer de la demanda de divorcio, pues este, por su propia naturaleza, puede acordar medidas cautelares.

#### *2.1.8. Garantías procesales del demandado.*

En todos los casos en los que se atribuye la competencia a los tribunales de un Estado miembro UE para conocer de una demanda de divorcio internacional en virtud de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II *bis*, debe garantizarse que el demandado ha tenido conocimiento de la demanda y ha podido defenderse.

Estas garantías procesales del demandado se regulan en el artículo 18 del Reglamento Bruselas II *bis*, que a su vez remite al Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado entre los Estados miembros de

documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>19</sup>, o al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>20</sup>.

## **2.2. Normas de competencia judicial internacional del Derecho interno español.**

Subsidiariamente, cuando no sean de aplicación las disposiciones del Reglamento *Bruselas II bis*, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles deberá determinarse conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la LOPJ, modificada por LO 7/2015, de 21 de julio<sup>21</sup>.

El legislador español ha reproducido de forma casi literal las soluciones establecidas por el legislador europeo en materia de competencia judicial internacional. Este hecho, unido a la primacía de las normas de Derecho europeo sobre las normas de Derecho interno español, tiene como consecuencia que estas últimas carecen de virtualidad jurídica en muchas situaciones.

Los foros de competencia judicial internacional en los litigios de divorcio se recogen en los artículos 22, 22 *bis*, 22 *ter* y 22 *quáter* LOPJ. Estos artículos solamente pueden aplicarse cuando ningún tribunal de ningún Estado miembro UE sea competente para conocer de una acción de divorcio de acuerdo con las reglas del Reglamento Bruselas II *bis*. En particular, estas normas solo se aplicarán cuando el cónyuge requerido carece de residencia habitual y de nacionalidad de un Estado miembro UE.

### *2.2.1. Foros de competencia judicial internacional del artículo 22 LOPJ.*

Con carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 *ter* de la LOPJ, los tribunales españoles serán competentes para conocer de una demanda de divorcio

---

<sup>19</sup> DOUE núm. L 324 de 10 de diciembre de 2007.

<sup>20</sup> BOE núm. 203 de 25 de agosto de 1987.

<sup>21</sup> BOE núm. 174 de 22 de julio de 2015. Sobre el alcance de esta reforma, véase, C. VAQUERO LÓPEZ: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *RAC*, núm. 9, 2015, pp. 197-222.

afectada por un elemento de internacionalidad cuando el demandado tenga su domicilio en España. Para determinar el criterio del domicilio, el apartado segundo de este precepto establece expresamente que, en el caso de las personas físicas, deberá considerarse el lugar donde estas tienen el lugar de su residencia habitual.

Igualmente nuestros tribunales serán competentes cuando ambos cónyuges se hayan sometido a los tribunales españoles según lo dispuesto en el artículo 22 *bis* LOPJ.

Sin embargo, tal y como hemos señalado con anterioridad, el hecho de que el legislador español haya copiado literalmente los foros de competencia judicial internacional establecidos por el Reglamento Bruselas II *bis* y la primacía de esta norma de Derecho europeo sobre nuestra norma de Derecho interno, hacen que, en la práctica, el artículo 22 *quáter* c) apenas tenga virtualidad jurídica.

2.2.2. *El alcance del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 22, quáter, c) LOPJ.*

En el sistema interno de Derecho internacional privado español la norma especial de competencia judicial internacional aplicable en materia de divorcio es la contenida en el artículo 22 *quáter* c) LOPJ<sup>22</sup>.

De acuerdo con lo dispuesto en este precepto, los tribunales españoles serán competentes en materia de divorcio “*siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española*”.

La mayor parte de estos foros de competencia judicial internacional están literalmente copiados del Reglamento Bruselas II *bis* y, por lo tanto, son inaplicables.

Todos estos foros de competencia judicial internacional de la LOPJ atribuyen competencia a nuestros tribunales para conocer en materia de divorcio y, en general, para

---

<sup>22</sup> BOE número 174, de 22 de julio de 2015.



resolver cualquier forma de crisis matrimonial. Sin embargo, no atribuyen competencia para decidir sobre otras cuestiones que normalmente se vinculan a la disolución del vínculo matrimonial, como son por ejemplo la guarda y custodia de los hijos, la pensión compensatoria o la disolución del régimen económico matrimonial. La competencia judicial internacional de nuestros tribunales para decidir sobre todas estas cuestiones se determinará conforme a las normas propias de estas materias.

En todos los casos, para determinar el tribunal territorialmente competente para conocer de una demanda de divorcio internacional, deberá acudirse a lo dispuesto en el artículo 50 LEC.

### **3. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO INTERNACIONAL.**

Una vez justificada la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de una demanda de divorcio afectado por un elemento de internacionalidad, la segunda cuestión que se plantea desde la perspectiva del Derecho internacional privado es la de la determinación del Derecho material aplicable al fondo del asunto.

Esta cuestión se resuelve expresamente por el Reglamento (UE) núm. 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 (Reglamento Roma III)<sup>23</sup>.

El legislador español realiza una remisión a este Instrumento europeo a través del artículo 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<sup>24</sup>, dicho precepto señala que *“la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”*. En la medida en que actualmente no existen normas españolas de Derecho internacional privado que determinen la ley aplicable al divorcio y a la separación

---

<sup>23</sup> DOUE L 177 de 4 de julio de 2008.

<sup>24</sup> BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015.

judicial, la remisión del artículo 107.2 CC debe entenderse realizada a favor del Reglamento Roma III.

El principal objetivo del Reglamento Roma III es favorecer la libre circulación de personas dentro del territorio de la UE, permitiendo que, sea cual sea el Tribunal ante el que se plantee la demanda, el divorcio se someta siempre a la misma ley, es decir evitando el *forum shopping*.

El Reglamento Roma III es obligatorio en todos sus elementos y resulta directamente aplicable en todos los Estados miembros UE que participan en este instrumento de cooperación reforzada<sup>25</sup>. Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 4, el Reglamento Roma III es vinculante en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros UE que participan en él.

El Reglamento Roma III tiene un carácter universal (*erga omnes*) lo que significa que sus disposiciones son aplicables con independencia de la nacionalidad, la residencia habitual y cualquier circunstancia personal de los cónyuges, y sea cual sea el Estado cuya ley debe regular el divorcio o la separación (art. 4).

Las soluciones que contiene el Reglamento Roma III para determinar la ley aplicable al divorcio utilizan la técnica conflictual exclusivamente, es decir, que el Reglamento solo contiene normas de conflicto de leyes que designan la ley estatal aplicable al divorcio o a la separación judicial y no normas materiales.

### **3.1. El Reglamento (UE) 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**

---

<sup>25</sup> La cooperación reforzada es un instrumento previsto en el artículo 20 del TUE y artículo 326-334 del TFUE, que permite adoptar un Reglamento exclusivamente para los Estados miembros UE que lo deseen. En este caso concreto son miembros del Reglamento Roma III: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania, Eslovenia, Lituania, Grecia y Estonia. Ampliamente, sobre esta forma de armonización, véase M. URREA CORRES: *La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, Colex 2002.

## **divorcio y a la separación judicial (Reglamento Roma III): características y ámbito de aplicación.**

La aplicación la norma de conflicto de leyes armonizada que se contiene en el Reglamento Roma III requiere que, previamente, se delimite el ámbito de aplicación de este instrumento de Derecho europeo.

Desde el punto de vista material, el Reglamento Roma III se aplica a las demandas de divorcio y separación judicial siempre que se trate de procedimientos civiles planteados ante órganos jurisdiccionales de los Estados miembros UE participantes en el propio Reglamento y de supuestos internacionales (art. 1.1).

A los efectos de aplicación del Reglamento Roma III al caso concreto, se entiende por “órgano jurisdiccional” toda autoridad de los Estados miembros participantes que tenga competencia en materia de divorcio (art. 3.2). Por lo tanto, el Reglamento también se aplicará a los divorcios que se plantean ante una autoridad distinta de un juez que disponga de competencia jurisdiccional para la disolución del vínculo matrimonial, tal y como sucede en España con los notarios, que pueden autorizar escrituras públicas de divorcio. Es necesario que el órgano ante el que se insta el divorcio desarrolle funciones jurisdiccionales, constitutivas, y no funciones que simplemente son fedatarias de la voluntad de los cónyuges o meras funciones de registro de la decisión de estos en relación con el divorcio.

Debe tenerse en cuenta que el Reglamento Roma III utiliza el término “divorcio” porque es la institución jurídica más característica por la que se disuelve el vínculo matrimonial; sin embargo, es posible aplicar también este Reglamento a cualquier otra institución que tenga como función la disolución o la relajación del vínculo matrimonial, tal y como se deriva de lo dispuesto en el Considerando 10 del propio Reglamento, que señala que “*(e)l presente Reglamento solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial*”. En todo caso debe tratarse siempre de divorcios de carácter civil, de manera que se excluyen los procesos de tipo religiosos sustanciados ante órganos no estatales de carácter religioso.

Las disposiciones del Reglamento Roma III únicamente se aplican para determinar la ley aplicable a las causas del divorcio. Existen algunas cuestiones que pueden plantearse en un proceso de divorcio y que, sin embargo, se excluyen expresamente del ámbito de aplicación material del Reglamento. Es el caso de aquellas cuestiones (prejudiciales) que puede ser necesario resolver con carácter previo a una demanda de

divorcio, como la capacidad jurídica de los cónyuges y la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio. Se excluyen también del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III, los efectos jurídicos de la declaración de divorcio, como por ejemplo, los que tienen sobre el régimen económico matrimonial<sup>26</sup>.

Desde el punto de vista temporal, el Reglamento Roma III se aplica a las demandas de divorcio interpuestas a partir del 21 de junio de 2012 (art. 18), fecha a partir de la cual sus normas sustituyen al régimen común español establecido en el artículo 107 CC. No obstante, el Reglamento Roma III se aplicará a los acuerdos de elección de ley establecidos por los cónyuges con anterioridad, siempre y cuando tales acuerdos cumplan los requisitos de validez material y formal que exigen los artículos 6 y 7 del propio Reglamento.

Desde el punto de vista personal, el Reglamento *Roma III* se aplica a toda situación internacional de divorcio con independencia de la nacionalidad, la residencia habitual, el domicilio y cualquier otra circunstancia personal de los cónyuges.

### **3.2. La norma de conflicto de leyes para la determinación del Derecho aplicable al divorcio.**

El Reglamento Roma III contiene una norma de conflicto de leyes uniforme con varios puntos de conexión subsidiarios para determinar la ley aplicable al divorcio.

En la estructura de esta norma de conflicto de leyes destaca el reconocimiento, como punto de conexión principal, de una autonomía de la voluntad limitada a los cónyuges para elegir la ley reguladora del divorcio. Subsidiariamente el legislador europeo utiliza una serie de puntos de conexión objetivos, que llevan a aplicar la ley más cercana a

---

<sup>26</sup> La doctrina mayoritaria española se ha pronunciado a favor de la no aplicación de las soluciones del Reglamento *Roma III* a los divorcios privados, aquellos que se producen sin la intervención de una autoridad pública. Sobre esta cuestión véase P. DIAGO DIAGO: "Inclusión de los "divorcios privados" en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-372/16: *Sahyouni*", *La Ley Unión Europea*, núm. 58 2018.

los cónyuges, garantizando el cumplimiento del mismo principio de proximidad que informa las normas de competencia judicial internacional

### *3.2.1. Punto de conexión principal: la autonomía de la voluntad limitada de los cónyuges.*

Con carácter principal, el divorcio se somete a la ley elegida por los cónyuges según lo dispuesto en los artículo 5 a 7 del Reglamento Roma III.

El legislador europeo utiliza como punto de conexión principal de la norma de conflicto de leyes la “autonomía conflictual”, un punto de conexión tradicionalmente utilizado en el ámbito del Derecho patrimonial.

La doctrina internacional privatista española ha subrayado las ventajas que tiene el reconocimiento de este punto de conexión en materia de divorcio, indicando que proporciona seguridad jurídica internacional a los cónyuges y potencia su movilidad internacional; permite reducir los costes de litigación internacional; se corresponde con la progresiva liberalización del divorcio en la mayor parte de los Estados miembros de la UE; responde al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad; y facilita los divorcios de mutuo acuerdo en el ámbito internacional<sup>27</sup>.

Esta autonomía de la voluntad, tradicionalmente reconocida en el ámbito patrimonial, es una autonomía limitada y tiene que ser informada.

En efecto, la autonomía de la voluntad reconocida por el artículo 5.1 del Reglamento Roma III es limitada, pues los cónyuges solamente pueden elegir una de las leyes expresamente recogidas en este precepto, a saber: la ley del Estado en 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 el que se celebre el convenio; la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio; o la ley del foro, es decir, del juez ante el que se plantee la demanda de divorcio.

---

<sup>27</sup> A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Derecho internacional privado*, T. II, 18<sup>a</sup> Ed., Granada, Comares, 2018, p. 480.

Esta elección de ley solamente podrá ser llevada a cabo por los cónyuges, puesto que se trata de un acto personalísimo e indelegable, Por otra parte, los cónyuges solamente pueden elegir una Ley estatal y, en todo caso la elección recaerá sobre la Ley material, sin tener en cuenta las normas de conflicto de leyes del ordenamiento jurídico escogido<sup>28</sup>, puesto que, como veremos más adelante, el Reglamento Roma III descarta expresamente el reenvío.

Desde un punto de vista sustancial, la validez de este acuerdo de elección de ley se determinará por aquella ley que hipotéticamente regiría su validez si el acuerdo fuera válido conforme a lo dispuesto en el propio Reglamento Roma III (art 6.1). No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá invocar la ley de su propia residencia habitual en el momento en el que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional, para acreditar que no prestó su consentimiento, si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley hipotética del acuerdo (art 6.2).

Desde el punto de vista formal, la validez del acuerdo de elección de ley aplicable deberá determinarse conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento Roma III. Según esta disposición el convenio de elección de ley debe formularse por escrito, incluyendo aquellos medios electrónicos que permiten un registro duradero del acuerdo. El convenio además debe estar fechado y firmado por ambos cónyuges.

Estos requisitos son mínimos pues, en todo caso, deberán respetarse aquellos requisitos adicionales que exija la ley del Estado parte en el Reglamento Roma III donde los cónyuges tengan su residencia habitual al tiempo de la celebración del acuerdo de elección de ley. Así, por ejemplo, esa ley podría exigir que el acuerdo se incluya en las capitulaciones matrimoniales otorgadas en un documento público.

La doctrina española ha puesto en duda que la redacción por escrito del acuerdo de elección de ley, aunque esté firmado por ambas partes, garantice suficientemente que el ejercicio de la autonomía conflictual se haya llevado a cabo respetando la libertad de cada cónyuge. En opinión de esta doctrina, habría sido preferible que el legislador europeo

---

<sup>28</sup> El Reglamento *Roma III* no permite la elección de normas de carácter exclusivamente religioso, como la *shari'a* o el Derecho canónico de la Iglesia Católica.

hubiera impuesto que el acuerdo de elección de ley resultara de un acto redactado ante un notario, un abogado o bien ante el juez ante el que se interponga la demanda de divorcio<sup>29</sup>.

Si en el momento de la celebración de este acuerdo los cónyuges residen en Estados parte diferentes, el acuerdo será formalmente válido solo con que se cumplan los requisitos adicionales de forma que exige la ley de cualquiera de estos Estados. Si solamente uno de los cónyuges reside en un Estado parte del Reglamento, entonces deberán respetarse los requisitos adicionales de la ley de ese Estado. Por último, si ninguno de los cónyuges reside en un Estado parte, únicamente deberán respetarse los requisitos de forma del apartado primero del artículo 7 del Reglamento Roma III.

Por lo que se refiere al momento de elección de ley, el artículo 5 del Reglamento Roma III contiene una solución muy flexible, puesto que se permite que esa elección se lleve a cabo o se modifique en cualquier momento: antes de la celebración del matrimonio, por ejemplo en las capitulaciones matrimoniales; o después, durante la vida matrimonial; o incluso durante el curso de procedimiento de divorcio, siempre que lo permita la ley del foro y que se registre esa elección de ley. Los cónyuges podrán hacer uso de esta autonomía conflictual en cualquier momento hasta la presentación de la demanda; incluso si la ley del juez que conoce del asunto lo permite, los cónyuges podrán elegir o modificar la ley aplicable al divorcio ante el juez competente, que deberá registrar el acuerdo de elección de ley<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Véase VAQUERO LÓPEZ, C: “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el favor divortii?”, *AEDIPr.*, t. XI, 2011, p. 960.

<sup>30</sup> Los cónyuges podrán pactar la ley que rige su divorcio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 774.1 de la LEC. Conforme a este precepto “en 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...”. Incluso los cónyuges podrán elegir la ley aplicable al divorcio en un momento posterior a la vista, provocando un incidente de especial pronunciamiento al amparo de lo establecido en los artículos 389 de la 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 artículo 391 de la LEC (“además de los determinados expresamente en la ley, se considerará en el caso anterior las cuestiones incidentales que se refieran:... 3º. A cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación”).

En particular, en el Derecho español, los cónyuges podrán pactar la elección de ley reguladora de su divorcio al amparo de lo dispuesto en el artículo 744 LEC. Conforme a este precepto, *“en 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”*.

Incluso, también podrá realizarse esa elección de ley en un momento posterior a la celebración de la vista a través de un incidente de especial pronunciamiento y al amparo de lo dispuesto en el artículo 389 LEC.

*3.2.2. Ley aplicable en ausencia de elección de las partes: el funcionamiento de los puntos de conexión subsidiarios.*

Subsidiariamente, en defecto de elección de ley por los cónyuges, será de aplicación al divorcio la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual al tiempo de la interposición de la demanda (art. 8.a del Reglamento Roma III).

En defecto de este criterio, el divorcio se someterá a la ley del Estado en el 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 aun resida allí en ese momento (art. 8.b del Reglamento Roma III).

En su defecto, el divorcio se someterá a la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c del Reglamento Roma III).

Finalmente, en defecto de todas las anteriores conexiones se aplicará la ley del Estado ante cuyos tribunales se interponga la demanda (art. 8.e del Reglamento Roma III); esta última conexión actúa como una cláusula judicial o conexión de cierre.

Se ha señalado que la opción del legislador europeo por la conexión “residencia habitual común de los cónyuges” es la que ofrece menores costes conflictuales, y por lo tanto la que en mejor forma garantiza la seguridad jurídica, pues lo normal es que los cónyuges conozcan o puedan conocer mejor (coste más reducido) la ley de su residencia habitual común, donde se halla su centro habitual de intereses. Desde otro punto de vista, también se ha alabado el uso de esta conexión por su carácter neutral, en la medida en que



no privilegia las circunstancias de un cónyuge sobre otro, y es fácilmente comprobable por el Tribunal y por terceros.

En la aplicación de estos puntos de conexión debe tenerse en cuenta que en los supuestos de múltiple nacionalidad de los cónyuges, el juez que conozca del asunto deberá aplicar su propia ley para determinar la nacionalidad prevalente de ese cónyuge, tal y como se deduce de lo dispuesto en el Considerando 22 del Reglamento Roma III. Desde el punto de vista del Derecho español, nuestros jueces deberán aplicar los convenios internacionales de doble nacionalidad firmados por nuestro país y, en su defecto, el apartado 9.II del artículo 9 CC.

La norma de conflicto de leyes del artículo 8 del Reglamento Roma III finaliza con la inclusión de una “conexión de cierre”, que se aplicará ante la imposibilidad de encontrar un punto de conexión social, que permita aplicar una ley suficientemente previsible para los cónyuges.

En efecto, la aplicación de la ley del foro a la que se refiere en último lugar el artículo 8 del Reglamento Roma III solamente se tendrá lugar cuando los elementos del divorcio se hallan muy dispersos por diferentes Estados. Este sería el caso de cónyuges de distinta nacionalidad que no tiene su residencia habitual en el mismo Estado al tiempo de interponerse la demanda ni la han tenido en el último año.

El artículo 9 del Reglamento Roma III completa la norma de conflicto de leyes por la que se determina la ley aplicable al divorcio con una previsión especial para el supuesto de conversión de la separación judicial en divorcio. En este caso, la ley aplicable al divorcio será la misma ley estatal que se haya aplicado a la separación judicial, salvo que los cónyuges hayan acordado una solución diferente conforme a los requisitos del pacto de elección de ley que permite el artículo 5 del Reglamento.

### *3.2.3. La aplicación de la ley del foro: significado y alcance del artículo 10 del Reglamento Roma III.*

El Reglamento Roma III regula una serie de supuestos en los que debe descartarse la aplicación de la ley extranjera inicialmente designada por las normas de conflicto de leyes anteriormente estudiadas obligando a aplicar la ley del foro. Así sucede en los tres siguientes supuestos:

1. Cuando la ley aplicable de acuerdo con los artículos 5 a 8 del Reglamento, no contempla el divorcio (art. 10 *imprimis* del Reglamento).

2. Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 a 8, no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio.

3. Cuando la aplicación de la ley estatal aplicable con arreglo a los artículos 5 a 8, es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 12).

El artículo 10 *in primis* dispone expresamente que “cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio... se aplicará la ley del foro”. El objetivo de esta disposición (denominada “cláusula italiana”) es favorecer la consecución del divorcio (*favor divorti*)<sup>31</sup>.

El artículo 10 *in fine* del Reglamento Roma III obliga a descartar la aplicación de la ley extranjera reguladora del divorcio con arreglo a los artículos 5 u 8 del propio Reglamento cuando esta ley contiene una regulación discriminatoria de acceso al divorcio por motivo de sexo. A través de esta disposición (denominada “cláusula española”) se pretende evitar la aplicación de un Derecho estatal que niegue el derecho de una persona a solicitar el divorcio por motivos de su sexo. Generalmente este supuesto es relativamente frecuente en ciertos países con legislaciones inspiradas en el Corán, en los que el matrimonio solamente puede disolverse *inter vivos* a través del repudio (judicial o extrajudicial) de la esposa por parte del varón de forma unilateral<sup>32</sup>.

Igualmente este precepto deberá aplicarse cuando las causas del divorcio recogidas en la ley extranjera sean distintas para hombres y mujeres. Por ejemplo, si la ley extranjera establece que la infidelidad matrimonial es causa de divorcio pero al marido se le exige únicamente su afirmación de la infidelidad de la esposa, mientras que a esta se le requiere prueba testifical de la infidelidad del marido, se produce una clara discriminación que debe llevar a la aplicación de la ley del foro.

---

<sup>31</sup> Actualmente solo dos países desconocen la figura legal del divorcio como causa de disolución *inter vivos* del matrimonio, el Vaticano y Filipinas.

<sup>32</sup> En general, sobre el repudio, véase N. MARCHAL ESCALONA: “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 5, 2002, pp. 367-376 y A. QUIÑONES ESCÁMEZ: “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 8, 2002, pp. 259-342.

En ambos casos esta cláusula lo que supone en la práctica es que basta con comprobar el texto de una ley extranjera para descartar su aplicación en España, sin que sea necesario probar que, en el caso concreto, la aplicación de esa ley extranjera produce un resultado contrario a los principios básicos del ordenamiento jurídico español. Por otra parte, el artículo 10 *in fine* del Reglamento Roma III no exige que el divorcio tenga ningún grado de proximidad ni con el territorio español ni con el territorio de ningún otro Estado miembro UE para imponer la aplicación de la ley del foro.

#### 3.2.4. La función del artículo 13 del Reglamento Roma III.

El objetivo del legislador europeo cuando se promulga el Reglamento Roma III es facilitar la disolución del vínculo matrimonial, tal y como hemos indicado con anterioridad. Con esta finalidad se reconoce a los cónyuges libertad (limitada) para elegir la ley aplicable a la disolución de su vínculo matrimonial; se utiliza la conexión “residencia habitual” para favorecer la integración de los cónyuges extranjeros; y se impone la aplicación de la ley del foro cuando el Derecho reclamado por la norma de conflicto de leyes no contemple al divorcio o no permita a los cónyuges divorciarse en condiciones de igualdad, tal y como indica el artículo 10 del Reglamento Roma III anteriormente explicado.

Sin embargo, el artículo 13 del Reglamento Roma III no parece obedecer a ese principio de *favor divortii*, pues dispone que “*nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento*”.

La primera parte de este precepto, no tiene ya ninguna virtualidad jurídica, puesto que actualmente todos los Estados miembros de la Unión Europea que participan en el Reglamento Roma III admiten el divorcio<sup>33</sup>. Sin embargo, la segunda parte del precepto tiene plena vigencia y puede comprometer la eficacia del propio Reglamento.

El problema se plantea porque el Reglamento Roma III no define lo que debe entenderse por matrimonio, siendo esta una cuestión que corresponde a cada uno de los

---

<sup>33</sup> Este precepto sí tenía sentido en el momento en el que se promulgó el Reglamento Roma III, pues en Malta no se reconocía el divorcio.

Estados miembros UE. En particular, el precepto afecta a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, válidamente celebrados en países como el nuestro, donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>34</sup>.

Supongamos que se pretende la disolución de un matrimonio válidamente celebrado en España entre un ciudadano de nacionalidad italiana y un ciudadano de nacionalidad argentina que residen habitualmente en Italia durante los dos años anteriores a la interposición de su demanda de divorcio. En ausencia de nacionalidad común, los tribunales italianos serían los únicos competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento Bruselas II *bis*. Sin embargo, los tribunales italianos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento Roma III no estarán obligados a pronunciar una sentencia de divorcio puesto que no consideran válido el matrimonio celebrado en España. De este modo, no se da una protección adecuada a los derechos de los matrimonios entre personas del mismo sexo y se prefiere salvaguardar la concepción que cada Estado miembro tiene del matrimonio.

Un sector de la doctrina española ha considerado que, para evitar estas consecuencias, debería aplicarse el principio de reconocimiento mutuo en este ámbito y admitir que un matrimonio válidamente celebrado en un Estado miembro UE debe reconocerse en otro Estado miembro UE, aunque sea únicamente a efectos de disolver ese vínculo matrimonial<sup>35</sup>.

### 3.2.5. *La Ley aplicable en caso de conversión de separación judicial en divorcio.*

El artículo 9 de Reglamento Roma III señala expresamente que “*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*”.

---

34 Sobre la compatibilidad de esta forma de matrimonio con nuestro sistema de Derecho civil, véase C. VAQUERO LÓPEZ: “A propósito de la Resolución de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, T. VI, 2006, pp. 611-632.

35 Ampliamente en este sentido, véase C. VAQUERO LÓPEZ: “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?”, *AEDIPr.*, t. XI, 2011, pp. 957 – 980.

La solución del artículo 9 del Reglamento Roma III se justifica por razones de seguridad jurídica<sup>36</sup>. No obstante, si la ley que regula la separación judicial no contempla la posibilidad de convertir esta forma de disolución del vínculo matrimonial en divorcio, se aplicarán las conexiones subsidiarias previstas por el artículo 8 del Reglamento Roma III, salvo que las partes hayan establecido otra cosa de acuerdo con el artículo 5 del propio Reglamento.

### **3.3. Problemas de aplicación de la normas de conflicto de leyes.**

El Reglamento Roma III no solamente unifica las normas para la determinación de la ley aplicable al divorcio sino que también contiene normas de funcionamiento por las que se resuelven algunos de los principales problemas que plantea la aplicación de esas normas de conflicto en el caso concreto.

En concreto, el Reglamento contiene disposiciones específicas sobre el reenvío (art. 11), la excepción de orden público (art. 12) y la remisión a un sistema plurilegislativo (art. 14).

El legislador europeo guarda absoluto silencio sobre una de las cuestiones más importantes que plantea la aplicación de una norma de conflicto de leyes como es la de la prueba del Derecho extranjero. Esta cuestión deberá resolverse en cada país conforme a su Derecho interno y hemos considerado adecuado ofrecer en este trabajo una solución a esta cuestión.

#### *3.3.1. Ausencia de regulación de la prueba del Derecho extranjero.*

En general, el primer problema que plantea la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto de leyes del foro es el de a quién corresponde su alegación y prueba. El Reglamento Roma III guarda absoluto silencio sobre esta cuestión, que deberá resolverse conforme a las soluciones de Derecho interno de cada uno de los Estados participantes en dicho Reglamento.

---

<sup>36</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 10ª ED., Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 474.

En nuestro país el Derecho extranjero, desde el punto de vista procesal, tiene la consideración de un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos, de manera que está sometido al principio de alegación y prueba por las partes, como si se tratara de un hecho, pero una vez probado, tendrá la misma fuerza que la del Derecho español.

Sobre esta base, el artículo 33 apartado primero de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC)<sup>37</sup>, establece que “*la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia*”.

Por su parte el artículo 281.2 de la LEC, que deroga y sustituye al artículo 12.6.II CC, señala que “*(t)ambién serán objeto de prueba, la costumbre y el Derecho extranjero. (...) El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”.

Por lo tanto, en el Derecho español rige el principio de prueba del Derecho extranjero a instancia de parte, tal y como corrobora el artículo 33.2 de la LCJIMC. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 27 de enero de 2000<sup>38</sup>, ha dispuesto que aunque la prueba de Derecho extranjero corresponde a las partes, los órganos jurisdiccionales españoles deberán llevar a cabo una participación activa en dicha prueba que garantice la tutela judicial efectiva, colaborando en la gestión y obtención de dicha prueba.

A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 pone de relieve la incidencia que tiene sobre este tema la armonización del Derecho privado europeo, de manera que cuando el Derecho extranjero declarado aplicable a un asunto concreto lo es por mandato de una norma de conflicto de leyes europea, el Juez, en defecto de prueba por las partes del Derecho extranjero, debería intervenir en dicha prueba<sup>39</sup>. De este modo, se

---

<sup>37</sup> BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

<sup>38</sup> STC (Sala Primera) 10/2000 de 17 de enero, RTC 2000\10. Sobre esta decisión del TC, véase L. F. Carrillo Pozo: “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la ley extranjera”, *RDAS*, núm. 7, 20003.

<sup>39</sup> STS (Sala Civil, Sección I), de 4 de julio de 2006, RJ 2006\6080. Sobre esta cuestión véase P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del

favorecería la labor armonizadora del Reglamento Roma III, pues fuera cual fuera el Tribunal que conociera del asunto, este siempre se sometería al mismo Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto de leyes.

Sin embargo, tal y como hemos adelantado, el Reglamento Roma III no obliga al Juez que conozca de una demanda de divorcio internacional, a conocer y aplicar de oficio el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto de leyes armonizada por el Reglamento Roma III. En consecuencia, cuando la parte a la que interese la aplicación del Derecho extranjero no lo alegue y pruebe en juicio, el Juez español deberá aplicar la ley española. Así se deriva de lo expresamente dispuesto en el apartado tercero del artículo 33 de la LCJIMC conforme al cual *“con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”*.

A pesar de lo establecido en este precepto, el juez que conozca de una demanda de divorcio sometida a un Derecho extranjero siempre podrá hacer uso de las facultades que le atribuye la LEC en la audiencia previa al juicio ordinario y advertir a las partes de la necesidad de alegar el Derecho extranjero, conforme a lo dispuesto en los artículos 416.5, 424 y 429 de la LEC. Además cuando las partes invocan el derecho extranjero y aporta un principio de prueba, el Juez estará obligado a colaborar en la obtención de dichas pruebas, tal y como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En cualquier caso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 281 y 282 de la LEC, así como con lo dispuesto en el artículo 3.3 de la LCJIMC, deberá probarse la vigencia y el contenido del Derecho extranjero, su interpretación y la aplicabilidad al caso. Esta prueba deberá llevarse a cabo en la demanda y en la contestación a la demanda, a través de los medios de prueba admitidos por la legislación española. Dentro de estos medios, destaca principalmente la prueba documental, a través de documentos públicos o intervenidos por fedatario público, y la prueba pericial, según el testimonio conforme de dos jurisperitos del país al que pertenezca el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto de leyes del Reglamento Roma III.

---

Derecho extranjero en los Reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, *La Ley*, Madrid, 2011, pp. 477 – 498.

### 3.3.2. Exclusión del reenvío.

El reenvío implica una remisión de la norma de conflicto de leyes del foro a un Derecho extranjero y la consideración de las normas de conflicto de leyes de ese ordenamiento extranjero, que puede ser de retorno o de primer grado (si la norma de conflicto de leyes extranjera remite a la ley del foro) o reenvío de segundo grado (si la norma de conflicto de leyes extranjera remite a una tercera ley). En el Derecho internacional privado español, el apartado 2 del artículo 12 CC permite con carácter general el reenvío de primer grado o de retorno a la ley española<sup>40</sup>.

Sin embargo, el artículo 11 del Reglamento prohíbe expresamente el reenvío. Por lo tanto, en el sistema del Reglamento Roma III la remisión que hace su norma de conflicto de leyes a un Derecho extranjero debe entenderse hecha únicamente a sus normas de Derecho material, sin considerar en ningún caso sus normas de Derecho internacional privado<sup>41</sup>.

Esta prohibición del reenvío refuerza la seguridad jurídica de los cónyuges sobretodo cuando estos han hecho uso de su autonomía conflictual. Del mismo modo, la exclusión del reenvío garantiza el cumplimiento del principio de proximidad sobre el que se construyen las conexiones de los artículos 5, 8 y 9 del propio Reglamento.

### 3.3.3. La excepción de orden público: función del artículo 12 del Reglamento Roma III.

Con carácter general las cláusulas de orden público internacional suponen una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto de leyes, de tal forma que cuando esta declara aplicable un Derecho extranjero cuya aplicación en el foro contraviene sus normas o principios esenciales, la ley extranjera no podrá aplicarse. En el sistema español de Derecho internacional privado, con carácter general, esta excepción se recoge

---

<sup>40</sup> A pesar de la admisión con carácter general del reenvío conforme al artículo 12.2 CC, los tribunales españoles se han mostrado reticentes a su admisión y en la mayoría de las ocasiones han considerado que solo cabe el reenvío de forma facultativa, llegando a considerar incluso que este precepto debe interpretarse de forma restrictiva.

<sup>41</sup> En general, sobre la aplicación del Derecho internacional privado extranjero a través de la admisión del reenvío véase J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 10ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 173-174.



en el artículo 12.3 CC que señala expresamente que *“en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*.

Del mismo modo, el artículo 12 del Reglamento contiene una cláusula general de orden público internacional conforme a la cual únicamente podrá excluirse la aplicación de una ley extranjera por el juez del foro cuando dicha aplicación es manifiestamente incompatible con su orden público. Para aplicar correctamente esta cláusula deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar la intervención del orden público internacional del Estado del foro a la que se refiere el artículo 12 siempre tiene un carácter excepcional. Esto significa que deberá darse una interpretación restrictiva del contenido de esta cláusula y de su aplicación. Por lo tanto, no basta con que la ley extranjera tenga una regulación del divorcio diferente a la ley del país cuyos tribunales conozcan del asunto, sino que es necesario que la aplicación del Derecho extranjero resulte manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Así el hecho de que la causa de divorcio contemplada por el Derecho extranjero que lo regula no sea una causa de divorcio prevista en la ley española o a la inversa es totalmente irrelevante.

En segundo lugar, es necesario probar y acreditar que existe una contradicción concreta y específica de la norma extranjera con el orden público del foro para que se active la cláusula de orden público del artículo 12 del Reglamento Roma III.

En tercer lugar, es necesario comprobar que la aplicación de la ley extranjera vulnera los principios básicos del orden público del foro, que es un concepto interno o nacional propio de cada Estado.

En concreto, desde el punto de vista del derecho español podría aplicarse esta cláusula de orden público cuando el divorcio resulta imposible o extraordinariamente dificultoso conforme a la ley extranjera; cuando resulta discriminatorio para una de las partes por una razón diferente al sexo, por ejemplo por razón de religión, de etnia, etc; cuando la ley extranjera admite los divorcios revocables; cuando la causa del divorcio resulta contraria a la dignidad de la persona o a derechos fundamentales; cuando la ley

extranjera prevé tan solo un divorcio no judicial, por mera voluntad de las partes y sin intervención de ninguna autoridad<sup>42</sup>.

### *3.3.4. El problema de la remisión a ordenamientos plurilegislativos y la solución del artículo 14 del Reglamento Roma III.*

Los artículos 14 y 15 del Reglamento Roma III contienen normas específicas para regular la remisión a un sistema plurilegislativo. Estos sistemas se caracterizan por la existencia en ellos de una pluralidad de leyes o de legislaciones susceptibles de regular una misma situación jurídica y de dar lugar en consecuencia a conflictos de leyes internos.

Los sistemas plurilegislativos pueden ser de base territorial o personal. En los primeros, existe una pluralidad de leyes en distintos territorios, tal y como sucede en España; en los segundos, existen distintas legislaciones aplicables en función de la religión o la etnia del sujeto (Grecia, Argelia, Marruecos, entre otros). La remisión de una norma de conflicto de leyes del foro a la ley de un Estado plurilegislativo plantea un problema de aplicación que consiste en determinar, dentro de ese Estado, qué Derecho material concreto de todos los que concurren debe ser aplicado en el caso concreto.

En el sistema de Derecho internacional privado español con carácter general, la solución se contiene en el artículo 12.5 CC. Este precepto utiliza un sistema de remisión indirecta de manera que si la norma de conflicto de leyes española remite a un Estado plurilegislativo, la ley que concretamente se deberá aplicar vendrá designada por las normas de conflicto de leyes internas del Estado plurilegislativo. Esta solución plantea un problema cuando en el Estado plurilegislativo no existan normas que regulen los conflictos de leyes internos (Estados Unidos). En estos casos, se produce una laguna jurídica, que habrá que colmar utilizando otras conexiones subsidiarias: la ley que presente un vínculo más estrecho con el asunto o con las partes implicadas, o la ley de la residencia habitual o domicilio de las partes.

---

<sup>42</sup> CALVO CARAVACA. A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, T. II, Partes especial, Ed., Granada, Comares, 2018.

Este problema no se plantea en el marco del Reglamento Roma III, que regula expresamente el problema de la remisión a un Estado plurilegislativo sin dar lugar a ninguna laguna jurídica.

Por un lado, el artículo 14 del Reglamento Roma III regula el supuesto de remisión de la norma de conflicto de leyes a sistemas plurilegislativos de base territorial. De acuerdo con lo establecido en este precepto, una unidad territorial que tenga un Derecho objetivo propio en materia de divorcio se considerará como un Estado a los efectos de determinación de la ley aplicable. En este caso, el legislador europeo está utilizando soluciones de remisión directa. En concreto el artículo 14 contiene las siguientes reglas:

- a. Toda referencia a la legislación de ese Estado plurilegislativo, se entenderá hecha a la legislación vigente en la unidad territorial de que se trate;
- b. Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial;
- c. Cuando la ley aplicable sea la ley del Estado cuya nacionalidad ostente uno o ambos cónyuges, la ley que regulará el divorcio será la que determine el sistema de Derecho interregional o interfederal de dicho Estado. Si ese Estado carece de un sistema único de normas de Derecho interregional o interfederal, entonces se aplicará el Derecho correspondiente a la unidad territorial elegida por las partes. Si las partes no ha elegido ningún Derecho de base territorial, se aplicará el Derecho correspondiente a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados, siendo el Tribunal el que determine esa circunstancia en cada caso concreto.

Por otro lado el artículo 15 del Reglamento Roma III se refiere a la remisión de la norma de conflicto de leyes a un sistema plurilegislativo de base personal. En este caso el legislador utiliza una cláusula de remisión indirecta, de forma que deberá aplicarse el Derecho determinado por las normas vigentes en ese Estado plurilegislativo. Si el Derecho extranjero carece de un sistema único de normas de Derecho interregional, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados.

#### 4. ÁMBITO DE LA LEY REGULADORA DEL DIVORCIO.

Una vez determinada la ley aplicable al divorcio conforme a la norma de conflicto de leyes que contiene el Reglamento Roma III y que ha sido estudiada en los apartados anteriores, es necesario determinar cuál es el concreto ámbito de actuación de esa ley. Es decir, qué cuestiones están reguladas por la *lex divortii*.

En su Considerando 10, el Reglamento Roma III indica que la ley reguladora del divorcio determinada por el propio Reglamento regulará, exclusivamente, “*los motivos para el divorcio*”, lo que significa que la *lex divortii* únicamente se aplicará para determinar cuáles son los requisitos jurídicos que deben concurrir para que pueda dictarse una resolución de divorcio por parte de una autoridad de un Estado miembro UE participante en el Reglamento.

En concreto, la ley reguladora del divorcio según el Reglamento Roma III determinará si este puede admitirse o no, así como la legitimación activa para interponer una demanda de divorcio. Esta ley regulará también las causas por las que se puede solicitar y obtener la disolución del vínculo matrimonial por divorcio; la fecha desde la que se considera que los cónyuges han disuelto su vínculo matrimonial por divorcio; los efectos de la reconciliación de los cónyuges sobre el divorcio; la posibilidad de convertir la separación en divorcio; la cuestión de si debe elaborarse o no un convenio regulador así como el contenido de este convenio; y el plazo mínimo que, en su caso, debe haber transcurrido para solicitar el divorcio.

Sin embargo, quedan fuera del ámbito de aplicación de la *lex divortii*, determinada conforme a las normas de conflicto de leyes del Reglamento Roma III, todas las cuestiones que con carácter preliminar se presentan en un litigio de divorcio internacional, así como los efectos jurídicos que tiene la declaración de divorcio. En particular, la ley que regula el divorcio según el Reglamento Roma III no se aplicará a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes<sup>43</sup>; a la obligación de alimentos para los hijos y entre los cónyuges<sup>44</sup>; a las

---

<sup>43</sup> Esta cuestión se somete a la ley designada por las normas de conflicto de leyes recogidas en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 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, BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010 (<https://assets.hcch.net/docs/6e1076a3-dc61-4c28-a045-0f10f223118a.pdf>), al que remite el artículo 9.6 CC. Ampliamente, sobre este Convenio véase A.-L. CALVO CARAVACA: “El

prestaciones de Seguridad Social<sup>45</sup>; al nombre y apellidos de los cónyuges después del divorcio<sup>46</sup>; a los derechos sucesorios<sup>47</sup>; al procedimiento de divorcio<sup>48</sup>; a las medidas provisionales y cautelares derivadas de la interposición de la demanda<sup>49</sup>; a los efectos que el

---

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños: Algunas cuestiones de método”, C. Esplugues Mota (Coord.): *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum* : José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Tirant LoBlanch, 2012, pp. 433-458.

<sup>44</sup> Estas cuestiones se rigen por la ley que regula la prestación de alimentos según las disposiciones del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, BOE núm. 331, de 16 de diciembre de 2009; <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=133>. Sobre este Convenio véase M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA: “Derecho aplicable a la obligación de alimentos: el Protocolo de La Haya de 2007”, M. GUZMÁN ZAPATER (Dir.): *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea : estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant LoBlanch, 2018, pp. 415-442.

<sup>45</sup> Estas cuestiones están sometidas a las normas de Derecho público que delimitan el ámbito de aplicación de la ley española en el espacio.

<sup>46</sup> Será de aplicación la ley designada por las normas contenidas en el Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, BOE núm. 303 de 19 de diciembre de 1989. Ampliamente, sobre esta cuestión, véase J. J. FORNER I DELAYGUA: *Nombre y apellidos: normativa interna e internacional*, Barcelona, Bosch, 1994.

<sup>47</sup> Los derechos sucesorios de las personas divorciadas se someten a la ley que regula la sucesión del causante, que vendrá determinada por las disposiciones del Reglamento (UE) 650/2012, 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 4 de julio de 2012. Con carácter general sobre este Reglamento véase I. HEREDIA CERVANTES: “El nuevo Reglamento europeo de sucesiones”, *La Ley*, nº 7933, 2012.

<sup>48</sup> El procedimiento para obtener el divorcio se somete a la ley procesal española de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 LEC, que consagra el principio *lex fori regit processum*. Sobre el alcance de esta regla véase M. D. ADAM MUÑOZ: “La regla ‘lex fori regit processum’”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2002, pp. 121-143.

<sup>49</sup> En la medida en que estas medidas tienen un carácter procesal, será de aplicación la ley española siempre que esa medida deba cumplirse en España.

divorcio produce sobre el régimen económico matrimonial<sup>50</sup>; a las medidas legales de publicidad del divorcio<sup>51</sup>; ni a la asignación del uso de la vivienda familiar<sup>52</sup>.

## 5. CONCLUSIONES.

PRIMERA. La movilidad de las personas a través de las fronteras de los distintos Estados favorece las relaciones entre personas de diferente nacionalidad y/o residencia habitual, y multiplica los supuestos de matrimonios afectados por un elemento de internacionalidad que, más tarde, pueden plantear una demanda de divorcio. La distinta nacionalidad y/o residencia habitual de los cónyuges condiciona también la solución de estos litigios, que deben estar ser estudiados desde la perspectiva del Derecho internacional privado, pues su resolución exigirá, en primer lugar, determinar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales para conocer de la demanda de divorcio y, en segundo

---

<sup>50</sup> Estos efectos se someten a la ley que regula el régimen económico matrimonial según la solución contenida en los apartados 2 y 3 del artículo 9 CC, que concurren con la soluciones del 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 de julio de 2016. Sobre esta cuestión véase E. RODRÍGUEZ PINEAU: *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002.

<sup>51</sup> Considerando que se trata de medidas de Derecho público (artículo 8 CC), estas medidas deben regirse por la ley del país cuyos tribunales conocen de la demanda del divorcio.

<sup>52</sup> Cuando la asignación del uso de la vivienda habitual constituye una medida de protección de los hijos menores, la ley aplicable a la asignación del uso de la vivienda familiar vendrá determinada por el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección de menores. Si la asignación del uso de la vivienda habitual corresponde a uno de los cónyuges o estos tienen hijos mayores de 18 años, la ley aplicable a esta cuestión vendrá determinada por el Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 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 de enero de 2007. En general, sobre este Reglamento véase M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ: La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *REEL*, N° 19, 2010.

lugar, identificar el Derecho material aplicable a esta forma de disolución del vínculo matrimonial.

SEGUNDA. La armonización de las normas de competencia judicial internacional en materia de divorcio llevada a cabo por el legislador europeo a través del Reglamento Bruselas II *bis* favorece la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio. Este *favor divortii* se pone de manifiesto en la consagración de una pluralidad de foros de competencia judicial internacional de carácter alternativo que permiten a los cónyuges diversas posibilidades de actuación procesal.

TERCERA. La primacía de las normas de competencia judicial internacional de alcance europeo sobre las contenidas en las disposiciones de Derecho interno español (LOPJ), unido al hecho de que éstas últimas reproducen de forma casi literal el texto de aquéllas, tiene como consecuencia la falta de virtualidad jurídica de la mayor parte de los foros de competencia judicial internacional de nuestro sistema de Derecho interno.

CUARTA. La unificación de la norma de conflicto de leyes por la que se determina el Derecho material aplicable al divorcio a través del Reglamento Roma III evita eventuales problemas de *forum shopping*, pues sea cual sea el Tribunal ante el que los cónyuges interponen su demanda, éste aplicará siempre el mismo Derecho.

QUINTA. Esta uniformidad de soluciones puede verse comprometida como consecuencia del silencio que guarda el Reglamento Roma III respecto del régimen aplicable a la prueba del Derecho extranjero, pues en el sistema de Derecho internacional privado español se sigue un principio de alegación y prueba a instancia de parte, de forma que si el Derecho extranjero reclamado aplicable por la norma de conflicto de leyes del Reglamento Roma III no ha sido debidamente acreditado, el Juez español aplicará la *lex fori*, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 33.3 LCJIMC.

SEXTA. La ausencia de un concepto autónomo de matrimonio en el Reglamento Roma III puede privar de eficacia a este instrumento de Derecho europeo, cuyo primer objetivo es el de potenciar la movilidad de las personas dentro de la UE. En la medida en que el vínculo matrimonial no sea reconocido por el Juez ante el que se interpone la demanda de divorcio, el artículo 13 del Reglamento Roma III admite una especie de *forum non conveniens* que puede perjudicar los intereses de los cónyuges, muy particularmente de aquellos cónyuges del mismo sexo que han celebrado válidamente su matrimonio al

amparo de un ordenamiento como el nuestro y que desean disolver su vínculo matrimonial ante los tribunales de un Estado que desconoce esta forma de matrimonio.

SÉTIMA. El Reglamento Roma III permite a los cónyuges elegir el ordenamiento que facilite la disolución de su vínculo matrimonial, evitando litigios prolongados y costosos o la necesidad de un período previo de separación. Esta autonomía conflictual favorece la seguridad jurídica y reduce los costes conflictuales, permitiéndoles la elección de la ley del país cuyo contenido material les resulta más adecuado. Por otra parte, esta libertad de elección de ley se corresponde con el reconocimiento de la libertad personal para disolver el matrimonio y la autonomía para establecer las consecuencias personales y patrimoniales del divorcio. Sin embargo, todos estos beneficios pueden verse desvirtuados por la falta de garantías formales exigidas, pues no se garantiza suficientemente que el ejercicio de la autonomía conflictual se haya llevado a cabo respetando la libertad de cada cónyuge.



## 6. BIBLIOGRAFÍA.

ADAM MUÑOZ, M. D.: “La regla ‘*lex fori regit processum*’”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 3-4, 2002, pp. 121-143.

CAAMIÑA DOMINGUEZ, C. M.: “Divorcio privado dictado por un Tribunal religioso de un tercer Estado: Asunto C-281/15 *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*”, *CDT*, Vol. 9 nº 2, 2017, pp. 629-634.

CALVO CARAVACA, A.-L.: “El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños: Algunas cuestiones de método”, C. Esplugues Mota (Coord.): *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum* : José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Tirant LoBlanch, 2012, pp. 433-458.

CALVO CARAVACA. A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, T. II, Partes especial, Ed., Granada, Comares, 2018.

CARRILLO POZO, L. F.: “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la ley extranjera”, *RDAS*, núm. 7, 20003.

DIAGO DIAGO, P.: “Inclusión de los "divorcios privados" en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-372/16: *Sahyouni*”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 10ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

FORNER I DELAYGUA, J. J.: *Nombre y apellidos: normativa interna e internacional*, Barcelona, Bosch, 1994.

GARCÍA LÓPEZ, J.A.: “Repercusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto ‘Sundelind López’ : ámbito de aplicación espacial a las normas de competencia judicial internacional de la Unión Europea en materia de separación y divorcio”, *AEDIPr.*, t. IX, 2009, pp. 307-325.

HEREDIA CERVANTES, I.: “El nuevo Reglamento europeo de sucesiones”, *La Ley*, nº 7933, 2012.

MARCHAL ESCALONA, N.: “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 367-376.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS. P: “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los Reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, *La Ley*, Madrid, 2011, pp. 477 – 498.

PARDO IRANZO, V.: “Responsabilidad parental y sustracción internacional de menores: la ejecución en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *Diario La Ley*, Nº 9629, Sección Tribuna, 11 de Mayo de 2020.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “ La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 8, 2002, pp. 259-342.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *RDCE*, , nº 30, 2008, pp. 457-482.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002.

M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ: “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *REEI*, Nº 19, 2010.

URREA CORRES, M.: *La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, Colex 2002.

VAQUERO LÓPEZ, C.: “A propósito de la Resolución de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *AEDIPr* T. VI, 2006, pp. 611-632.

VAQUERO LÓPEZ, C: “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 957-980.

VAQUERO LÓPEZ, C.: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *RAC*, núm. 9, 2015, pp. 197-222.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “Derecho aplicable a la obligación de alimentos: el Protocolo de La Haya de 2007”, M. GUZMÁN ZAPATER (Dir.): Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea : estudio normativo y jurisprudencial, Valencia, Tirant LoBlanch, 2018, pp. 415-442.

## **7. FUENTES NORMATIVAS.**

### **Derecho interno español:**

Código Civil, BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial, BOE de 2 de julio de 1985.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, 8 de enero de 2000.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Mercantil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

### **Derecho convencional:**

Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, BOE núm. 303 de 19 de diciembre de 1989.

Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. BOE núm. 331, de 16 de diciembre de 2009.

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 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. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

### **Derecho europeo:**

Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II *bis*). DOUE L338 de 23 de diciembre de 2003.

Reglamento (UE) 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado entre los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. DOUE núm. L 324 de 10 de diciembre de 2007.

Reglamento (UE) núm. 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 (Reglamento Roma III), DOUE L177 de 4 de julio de 2008.

Reglamento (UE) 650/2012, 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 4 de julio de 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 de julio de 2016.

Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE L 178 de 2 de julio de 2019.

## **8. FUENTES JURISPRUDENCIALES.**

### **Decisiones europeas:**

STJUE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, *Sundelind López*, TJCE 2009/234

STJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-168/08, *Hadadi*, TJCE 2009\234

STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sabyouni*, JUR 2018\5767

### **Decisiones españolas:**

STC (Sala Primera) 10/2000 de 17 de enero, RTC 2000\10

STS (Sala Civil, Sección I), de 4 de julio de 2006, RJ 2006\6080

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 624/2017 de 21 de noviembre, RJ 2017\5094

SAP Castellón (Sección 2ª) 54/2015 de 25 de mayo, AC 2015\1199

SAP Cáceres (Sección 1ª) 279/2012 de 23 de mayo, JUR 2012\191271

AAP Barcelona (Sección 12ª) 308/2010 de 20 de diciembre, AC 2011/1225