

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CRISIS MATRIMONIALES
INTERNACIONALES Y DERECHO APLICABLE:
EL REGLAMENTO (UE) N° 1259/2010,
DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2010,
POR EL QUE SE ESTABLECE UNA COOPERACIÓN
REFORZADA EN EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE
AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN JUDICIAL**

**LEGAL REGIME OF THE INTERNATIONAL
BREAKDOWN OF MARRIAGE AND LAW APPLICABLE:
COUNCIL REGULATION (EU) NO. 1259/2010 OF THE
20 DECEMBER 2010 IMPLEMENTING ENHANCED
COOPERATION IN THE AREA OF LAW APPLICABLE
TO DIVORCE AND LEGAL SEPARATION**

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS
Profesora titular de Derecho Internacional Privado. UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. Aplicación temporal. 2. Aplicación material. 3. Aplicación espacial. 4. Aplicación personal. III. SOLUCIONES EN TORNO AL DERECHO APLICABLE: 1. Autonomía de la voluntad. 1.1. Régimen jurídico de la elección de ley: momento, requisitos formales y materiales del convenio. 1.2. Alcance de la autonomía de la voluntad. 2. Ley aplicable al defecto de elección de ley. IV. DESPLAZAMIENTO DE LA LEY EXTRANJERA POR LA LEY DEL FORO Y DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES NACIONALES: 1. Aplicación de la ley del foro. 2. Diferencias entre las legislaciones nacionales. V. A MODO DE REFLEXIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El aumento del número de litigios internacionales en materia de separación y de divorcio sirvió de argumento a la Comisión para presentar en el año 2005 un *Libro Verde* sobre la unificación de normas de conflicto en materia de disolución del vínculo matrimonial¹. La larga trayectoria recorrida desde aquel *Libro Verde* hasta la publicación en el *Diario Oficial* del texto definitivo², es una muestra de las importantes dificultades a la hora de llegar a un acuerdo en una materia enraizada en la evolución cultural, social y jurídica de cada país³. Finalmente, ante la complejidad de llegar a un punto de encuentro, varios Estados de la Unión Europea recurrieron al mecanismo de la cooperación reforzada⁴. Ha sido la primera vez que se ha utilizado la cooperación reforzada para la negociación en la Unión Europea y su repercusión en el texto final y en su práctica, como podrá observarse, ha sido y va a ser importante⁵.

Es cierto que los demás problemas que se plantean a la hora de litigar en asuntos de separación y de divorcio ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea están resueltos. De un lado la cuestión de la competencia judicial in-

¹ Este trabajo se incorpora en el marco del Proyecto de investigación «*Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*», Referencia: DER2010-20414-C02-02 (subprograma JURI).

Libro verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio COM (2005), 82, de 14 de marzo de 2005. Aunque las cifras, en función de las fuentes consultadas varían, los datos van del 16% al 19% de los divorcios en la UE en 2005 eran internacionales, es decir se presentaron unos 170.000 casos en los que las partes ostentaban distinta nacionalidad o vivían en un Estado miembro cuya nacionalidad no poseían.

² *Reglamento (UE) nº 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*. DO de 29-12-2010 Serie L 343 (en adelante R 1259/2010).

³ Todo este recorrido puede seguirse en CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa. El futuro Reglamento Roma III», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 1-36. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation», *Latest Developments in EU Private International Law, Intersentia*, 2011, pp. 23-44. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M^a. M., «El divorcio en Derecho internacional privado comunitario: cuestiones de ley aplicable», *RGDE*, 17 (2008), pp. 1-33.

⁴ En particular fueron España, Bélgica, Bulgaria, Alemania, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Eslovenia.

⁵ Como es sabido, otro de los intentos de negociación por cooperación reforzada ha sido en relación a la creación de una patente única en el ámbito de la Unión Europea, a la que España se ha opuesto. Sobre la cooperación reforzada, y sin ser exhaustivo, puede verse, URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2002; «La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas: una incógnita que condiciona el proceso de integración de la Unión», *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional* (coord. J. M. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES), IUSTEL, AEPDIRI, 2008, pp. 690-703, en esp. 699-702. PONS RAFOLS, X., «Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas», *El Tratado de Lisboa, op. cit.*, pp. 628-666.

ternacional queda determinada con la aplicación del *Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000* (en adelante R 2201/2003). Por otro lado, si lo que pretende el particular es dar efecto a una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante los tribunales de otro Estado miembro, el mismo instrumento jurídico sigue siendo aplicable. En consecuencia, faltaba sólo un instrumento en el que se unificara la determinación de la ley aplicable a las citadas materias y todo ello con el propósito de facilitar la libre circulación de personas. Objetivo cuyo desarrollo se propone en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (establecido en el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea –TUE–).

La eficacia y respeto a la libre circulación de personas conlleva garantizar la circulación del estatuto familiar⁶. En el marco del R 1259/2010 hay ejemplos que demuestran la dificultad de dar continuidad al estatuto familiar en un Estado distinto al que se ha constituido, situación que se ha «salvado» a través de acuerdos políticos, trasladando soluciones jurídicas cuya convivencia en un mismo texto no deja de sorprender –es el caso de los artículos 10 y 13–. Tampoco pasa desapercibido que en un instrumento donde se regula la ley aplicable a las crisis matrimoniales no se definan instituciones nucleares –como matrimonio o divorcio– y se excluyan del ámbito de aplicación del texto materias como la nulidad⁷.

A través de este trabajo analizaremos si, finalmente, con el R 1259/2010 se completa la regulación de las crisis matrimoniales en el Derecho de la Unión Europea y en qué medida las soluciones jurídicas a las que se ha llegado son o no satisfactorias. Para ello, fundamentalmente, nos centraremos en el análisis de los ámbitos de aplicación del texto, las soluciones aportadas para la determinación de la ley aplicable y en dos cuestiones particulares, como son la aplicación de la ley del foro conforme a la previsión del artículo 10 y el tratamiento de las diferencias entre las legislaciones nacionales del artículo 13⁸.

⁶ Son muy interesantes las reflexiones de BUCHER, A., «La famille en Droit international privé», *Recueil de Cours*, 2000, vol. 283, pp. 96 ss.

⁷ Aunque en un principio pudiera parecer, como ha sido apuntado por la doctrina que ha estudiado el texto, cómo con esta actuación se pretende no interferir en los Estados, esta supuesta neutralidad es más aparente que real, como demuestran después determinadas soluciones jurídicas adoptadas en el Reglamento; *vid.*, GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III», *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 521-536.

⁸ Debido a la limitación de espacio y a la visión que se quiere ofrecer en este trabajo hay aspectos del texto que quedan fuera del análisis, como las soluciones a los conflictos territoriales de leyes (artículo 14), conflictos interpersonales de leyes (artículo 15), o a la relación del Reglamento con convenios internacionales existentes (artículo 19).

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Aplicación temporal

El R 1259/2010, conforme a su artículo 21, es plenamente aplicable desde el 21 de junio de 2012, aunque su entrada en vigor se produjo el 30 de diciembre de 2010. Con objeto de que los Estados miembros participantes trasladaran con tiempo a la Comisión determinada información y de que ésta la pusiera al servicio del ciudadano, las previsiones del artículo 17 entraron en vigor en junio de 2011 (requisitos formales que han de cumplir los acuerdos de elección de ley o incluso la posibilidad de elegir el Derecho aplicable una vez iniciado el proceso)⁹. El R 1259/2010 prevé la aplicación retroactiva de sus normas a los acuerdos de elección de ley anteriores al 21 de junio de 2012, pero únicamente en el supuesto de que la demanda presentada sea posterior a la citada fecha.

2. Aplicación material

El análisis del ámbito *ratione materiae* del R 1259/2010 lleva a formularse dos cuestiones: ¿a qué materias se aplica el texto? y ¿sobre qué aspectos de dichas materias se extienden sus soluciones? Antes de responder hay que tener en cuenta que en el considerando número 10 del texto se establece la necesaria coherencia entre este instrumento y el R 2201/2010. Pues bien, en relación a las materias reguladas por el R 1259/2010, lo cierto que es la coherencia entre ambos instrumentos europeos no se consigue. Mientras que el R 2201/2003 sí incluye en su ámbito de aplicación la determinación de la competencia judicial internacional para la cuestión de la nulidad, el R 1259/2010 la excluye de forma expresa (art. 1.2), dejando su posible incorporación para una futura revisión¹⁰. A mi juicio, la ausencia de normas que determinen la ley aplicable a la nulidad del matrimonio trasluce la discordancia existente entre los diferentes modelos matrimoniales que se reconocen en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹¹. Así, su exclusión del ámbito material del Reglamento, lejos de ser neutral, puede ser interpretada, no sin falta de razones, como el triunfo de unas concepciones frente a

⁹ Preferentemente la Comisión empleará el lugar web de la Red Judicial Europea. Si bien es cierto que a día de hoy (octubre de 2012) no hay disponible al respecto información alguna.

¹⁰ Revisión prevista para 2015 conforme a su artículo 20.

¹¹ En definitiva, hay una falta de unidad de los presupuestos legales establecidos para la validez del matrimonio y la nulidad, como se ha dicho, supone «la sanción legal por su inobservancia». GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; ABARCA JUNCO, P., «Artículo 197», *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del libro Primero del Código civil*, Civitas, Madrid, 1994, p. 1335.

otras¹². Por lo tanto, sólo la determinación del Derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio conforman el ámbito *ratione materiae* del R 1259/2010.

En relación a la segunda de las cuestiones planteadas, sobre qué aspectos de las materias incluidas se extienden sus soluciones, hay que advertir que únicamente las respuestas del R 1259/2010 alcanzan a la existencia de la disolución o relajación del vínculo y a las causas o los motivos para obtener el divorcio o la separación judicial¹³. En lo que hace a los efectos de la separación y del divorcio no quedan bajo la ley rectora de la crisis que resulte del R 1259/2010. El establecimiento de tales efectos no es tarea fácil y tampoco lo es la determinación del Derecho aplicable¹⁴. Lo cierto es que quedan fuera del ámbito de aplicación del R 1259/2010 y que en muchos supuestos el ordenamiento que resulta aplicable a un determinado efecto será diferente al que regule la crisis matrimonial, así como el instrumento jurídico por el que el mismo se ha determinado.

El R 2201/2003 también limita su aplicación a la determinación de la competencia judicial internacional para la disolución del vínculo matrimonial, dejando sin regular el establecimiento de la competencia judicial internacional de las autoridades en relación a los efectos que puedan producirse en un procedimiento de separación o de divorcio¹⁵, salvo a lo relativo a la responsabilidad parental, materia a la que sí se extiende el ámbito de aplicación del texto.

En resumen, en lo que hace al ámbito de aplicación material, dos observaciones: la limitación en el ámbito material del R 1259/2010 conlleva la necesaria aplicación en un mismo procedimiento de normativa diferente para determinar la ley

¹² Muy crítica se muestra OREJUDO, P., «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *Diario La Ley*, nº 7913, Sección Tribuna, 2012, p. 5. Conforme con esta opción se muestra ARENAS, R.; ORÓ MARTÍNEZ, C., «El Reglamento Roma III: la nueva regulación aplicable a la separación judicial y al divorcio», <http://blogs.uab.cat/adipr/category/divorcio/>

¹³ Para el ámbito de las normas de conflicto internas, también se extiende la *lex divortii* a la legitimación para instar la disolución y a determinados elementos de la prueba, *vid.*, ARENAS, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 316 y ss.

La ley que resulte aplicable del R 1259/2010 sí regulará el estatuto de los cónyuges divorciados, en particular si una posible reconciliación pone fin o no a la separación.

¹⁴ A esto hay que sumar la obligatoriedad en Derecho español, como en otros ordenamientos, que las partes tienen de presentar el convenio regulador, con independencia de que la ley rectora de la crisis lo contemple o no. Las cláusulas de tal convenio tendrán que ajustarse a las previsiones del ordenamiento que resulte aplicable a cada una de las materias a las que se refieran tales cláusulas. Por ejemplo las cláusulas referidas a la liquidación del régimen económico matrimonial tendrán que ajustarse a la ley que regula los efectos del matrimonio; en el caso español la que resulte aplicable del artículo 9.2 del Código Civil.

¹⁵ Es cierto que en la práctica se han producido supuestos en los que el tribunal, de forma intencionada, ha inaplicado las normas de competencia judicial internacional, debido a que éstas no atribuían competencia al juez español para conocer de materias fundamentales en las crisis matrimoniales. Pueden verse ejemplos en ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales*, *op. cit.*, p. 323, nota al pie núm. 651.

aplicable a los distintos aspectos sobre los que se litiga y que, inexorablemente, van a surgir con motivo de una crisis matrimonial. La coherencia que se predica desde un principio entre el R 2201/2003 y su homólogo en ley aplicable, no siempre se ha conseguido. Desde esta constatación surge una duda práctica ¿están preparados nuestros tribunales para afrontar mayores complejidades a la hora de determinar el instrumento jurídico, así como el Derecho aplicable en un proceso de separación judicial o de divorcio?¹⁶

3. Aplicación espacial

En relación al ámbito de aplicación espacial hay que analizar varios aspectos: en primer lugar, la determinación territorial de aplicación del instrumento. En relación a este aspecto tanto la incidencia que tiene la negociación del R 1259/2010 a través del mecanismo de la cooperación reforzada, como la aplicación universal del texto, son las cuestiones a tratar (apartado 3.1).

Como ya indicamos al principio del estudio, la negociación de este texto mediante cooperación reforzada es un elemento que incide en su aplicación¹⁷. En lo que hace al ámbito territorial, es obligatorio diferenciar entre Estados miembros participantes del R 1259/2010, Estado miembros y terceros Estados¹⁸. Por lo tanto, hay que advertir que el instrumento sólo será aplicable ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes. El avance en Europa de esta materia a «varias velocidades»¹⁹ ha sido muy criticado. La unificación de las normas de con-

¹⁶ Y ello aunque la doctrina especializada haya quitado importancia a la cuestión de la fragmentación en el Derecho aplicable en las crisis familiares y estime que «lo importante es articular la aplicación de las leyes diferentes que se proyectarían sobre las distintas relaciones que se vean afectadas por la crisis matrimonial», ARENAS, R., «Crisis matrimoniales internacionales: algunas propuestas», *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones*, Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), Santiago de Compostela, 2009, pp. 49-64, en especial, pp. 54-59.

¹⁷ Este mecanismo no sólo tiene repercusiones en la aplicación territorial del texto, también hay que observar que un texto negociado por cooperación reforzada no puede incidir en la normativa ya existente. Sobre este aspecto y otros de este instrumento *vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., «Reflexiones en torno al Reglamento (UE) n° 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial» (J. M. SOBRINO HEREDIA (dir.) y coords. C. GARCÍA SEGURA, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, G. PALAO MORENO), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la presidencia española*, Col. Cuadernos de la Escuela Diplomática, n° 17, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 197-206.

¹⁸ El artículo 3 del R 1259/2010 define Estado miembro participante incluyendo tanto a aquellos que desde un principio han participado en el mecanismo de cooperación reforzada (tanto los que la impulsaron como los que después se han sumado antes de la publicación del texto) como a los que podrán sumarse con posterioridad. Conforme al considerando número 6 hasta el momento son Estados miembros participantes Bélgica, Bulgaria, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania, Eslovenia.

¹⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P., «Ley aplicable al divorcio y fragmentación del DIPr en la UE», <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.co.uk/2010/04/ley-aplicable-al-divorcio-y.html#more>

flicto que sólo son obligatorias para las autoridades de los Estados miembros participantes no excluye del todo el *forum shopping*; en efecto, depende de dónde se interponga la demanda, ante un tribunal de un Estado miembro participante o ante los tribunales de un Estado miembro no participante, para que el acuerdo en el que las partes eligen el Derecho aplicable a la disolución del vínculo surta o no efectos. Y esto aunque la elección de un tribunal o de otro quede bajo la aplicación de las reglas comunes de competencia judicial internacional es decir del R 2201/2003²⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior no está de más recordar que las reglas de reconocimiento del R 2201/2003 se aplicarán a la hora de hacer efectiva la decisión dictada en un Estado miembro participante o no participante del R 1259/210, en otro Estado miembro participante o no participante del mismo instrumento sin que, conforme al artículo 25 del R 2201/2003²¹, tenga incidencia el Derecho que el tribunal de origen aplicó. Tales decisiones se beneficiarán del régimen de reconocimiento del R 2201/2003, pues bien, ahora con el R 1259/2010, pueden producirse las situaciones siguientes:

1) Un acuerdo de elección de ley válido conforme al R 1259/2010 es factible que no tenga operatividad cuando una de las partes presenta la demanda antes que la otra ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no participante, cuyo ordenamiento no permite, para regulación de la ley aplicable al divorcio, la autonomía de la voluntad. Dicha decisión, adoptada en base a una ley distinta de la elegida por las partes, tendrá efectos ante las autoridades de un Estado miembro participante a través del R 2201/2003²², Estado en el que sí sería válido el acuerdo de elección de ley bajo la aplicación del R 1259/2010. 2) Otra situación que puede producirse y cuya explicación la hacemos bajo un caso práctico es la siguiente: unos cónyuges deciden finalizar un acuerdo de elección de ley a favor de una ley restrictiva del divorcio (circunstancia que no creemos sea la más habitual pero,

²⁰ Véase al respecto y sobre estos riesgos DE MIGUEL ASENSIO, P., «Ley aplicable al divorcio y fragmentación del DIPr en la UE», <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.co.uk/2010/04/ley-aplicable-al-divorcio-y.html#more>. La profesora A. BORRÁS lo observa como una nueva manifestación de la fragmentación del Derecho comunitario, «Las perspectivas de la cooperación judicial civil», *La Presidencia española de la Unión Europea en 2010: propuestas para una agenda ambiciosa*, Col. Cuadernos de la Escuela Diplomática, n° 38, Marcial Pons, 2009, pp. 366-379, en esp. p. 368.

²¹ Es útil reproducir el artículo 25 del R 2201/2003: «No podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad matrimonial alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos». Es decir la perspectiva es la de una *lex fori* más restrictiva del divorcio frente a una *lex causae* (la aplicada en el proceso) más permisiva a la hora de disolver el vínculo.

²² Es interesante destacar cómo en la jurisprudencia francesa se ha denegado la eficacia en Francia de una decisión dictada en EEUU, debido a que el juez de origen descarta la aplicación de un contrato de matrimonio pactado por las partes, en el que sometían la regulación de sus intereses a la ley francesa. En su lugar, para resolver, el tribunal aplicó el ordenamiento de Nueva York. El juez francés emplea como argumentos la protección de principios como la previsibilidad o la seguridad jurídica presente en la libertad de los acuerdos matrimoniales, Tribunal de Grande Instance de París, 26 de noviembre de 2008, *Rev. crit. DIP*, 98 (2) abril-jun, 2009, pp. 311-320. Nota de B. Ancel.

desde luego, es posible), por ejemplo las partes optan por el Derecho irlandés conforme al cual, para acceder al divorcio, es necesario que la convivencia haya cesado en los últimos cuatro años antes de la presentación de la demanda. Instado el proceso ante los tribunales españoles en aplicación del R 1259/2010, el acuerdo de elección de ley es válido y, por tanto, aplicable el Derecho irlandés. Conforme a las pruebas presentadas queda acreditado que las partes no cumplen los requisitos para disolver el vínculo y, por tanto, la decisión del tribunal español es la no disolución del matrimonio (en definitiva sería una resolución negativa de divorcio)²³. Si se pretende hacer eficaz la decisión española en otros Estados miembros (participantes o no), el R 2201/2003 no resulta aplicable, dado que sólo es posible reconocer a través del mismo las decisiones positivas y no aquellas en las que se deniega la disolución del vínculo²⁴. Esto último supone extender o no la aplicación de las reglas de reconocimiento del R 2201/2003 en función de que la sentencia sea positiva o negativa o, lo que es lo mismo, que la libre circulación de decisiones se asegure o no en una misma materia en función del sentido de la decisión²⁵.

A través de estos dos ejemplos se muestra cómo la elección del tribunal es decisiva, no eliminando el R 1259/2010 la posibilidad de que el *forum shopping* continúe siendo factible.

En relación a la segunda cuestión del ámbito de aplicación territorial del Reglamento, su artículo 4 se refiere al carácter universal del texto, lo que permite la aplicación de cualquier ordenamiento jurídico, aunque sea la ley de un Estado miembro no participante o la de un tercer Estado. La búsqueda del ordenamiento jurídico más próximo es el objetivo que justifica la posible aplicación de cualquiera de los ordenamientos de los Estados apuntados²⁶. Una vez establecido el ordenamiento jurídico que puede resultar aplicable, es interesante referirnos al requerimiento que

²³ En la jurisprudencia española encontramos decisiones en las que los tribunales, ante un supuesto similar, actúan de distinta forma. A modo de ejemplo traemos a colación el caso de una pareja de nacionales búlgaros a quienes para su divorcio les resultaba aplicable el artículo 107 del Código Civil y, por lo tanto, al tratarse de un divorcio contencioso, la ley nacional común. El ordenamiento búlgaro reconoce la institución del divorcio, pero las exigencias para el divorcio contencioso son mucho más severas en el Código de Familia búlgaro que en el ordenamiento español. La Audiencia de Navarra ratifica el divorcio en aplicación de la ley española, aplicando, según el órgano juzgador, un criterio funcional basado en el perjuicio que supondría la aplicación de la ley búlgara al procedimiento contencioso de divorcio. Sentencia de la AP de Navarra núm. 63/2009, (Sección 2), de 21 de abril. Esta forma de proceder, que no nos parece correcta en términos de la aplicación de la norma de conflicto española, no será posible ahora con las previsiones del R 1259/2010.

²⁴ Como es sabido en el marco del R 2201/2003 se permite instar el no reconocimiento de decisiones de divorcio, pero no el reconocimiento de decisiones negativas de divorcio, ABARCA JUNCO, P., *Derecho internacional privado. Derecho civil internacional*. AAVV (dir. P. ABARCA JUNCO). Vol. II, UNED, 2008, p. 166.

²⁵ Esta exclusión fue muy polémica y respondió a las demandas de aquellos Estados cuyos ordenamientos conocen un verdadero derecho al divorcio, *vid.*, ANCEL, B.; MUIR-WATT, H., «La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 90(3) 2001, pp. 404-458, pp. 434-436.

²⁶ Considerando número 14.

desde el propio instrumento se hace a las autoridades competentes a la hora de participar en el conocimiento del Derecho extranjero. En el considerando número 14 se alude expresamente a la ayuda que pueden recibir los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para el conocimiento del Derecho extranjero, a través de la información que puede proporcionarles la Red Judicial Europea²⁷ para los casos en los que dicho ordenamiento sea el de un Estado miembro participante o no. La referencia expresa a este mecanismo es importante en un tema trascendente y de dificultad en la práctica, como es el del Derecho extranjero en el proceso. La Red Judicial Europea es una herramienta de ayuda a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes, cuyo funcionamiento sólo será posible cuando resulte aplicable la ley de un Estado miembro; ahora bien, ello no quiere decir que el tratamiento del Derecho cuando estamos ante la aplicación en el proceso del ordenamiento de un tercer Estado sea diferente. En todos los supuestos la aplicación del Derecho extranjero se ha de realizar de forma imperativa, sin que ello deba debilitarse ni por el sistema que se siga en el Derecho internacional privado del foro ni porque no exista una herramienta de ayuda como la Red Judicial Europea.

4. Aplicación personal

La aplicación del R 1259/2010 a las *situaciones que impliquen un conflicto de leyes* es una expresión ya empleada en otros instrumentos europeos en los que se regula la ley aplicable. Son dos las cuestiones alrededor de las cuales quedará fijado el carácter internacional de la relación: el momento en el que dicha internacionalidad tiene que producirse y la vinculación con el territorio de la Unión.

En lo que hace a la primera de las cuestiones, la aplicación de las normas del R 1259/2010, no sólo se extiende a situaciones en las que la internacionalidad se presenta en el momento de decidir sobre el divorcio, sino también a supuestos que pueden calificarse como internos en el momento de la disolución del vínculo, pero internacionales en momentos anteriores. Así, la relación puede tener carácter internacional en el momento en el que las partes eligen la ley aplicable a una situación futura, como la ruptura del vínculo, aunque cuando ésta se produce la relación sea puramente interna²⁸. En efecto, la determinación del Derecho aplicable a través del

²⁷ Establecida por medio de Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001.

²⁸ Situación, por ejemplo, de dos españoles con residencia habitual en Gran Bretaña, en un acuerdo de elección de ley determinan que la posible disolución de su matrimonio se regule por la ley británica. Años más tarde se trasladan de nuevo a España y, tras cinco años de residencia en Madrid, presentan demanda de divorcio ante los tribunales españoles. El supuesto es interno cuando presentan la demanda, pero en el momento en que eligieron la ley aplicable, era internacional. El convenio de elección de ley se sometería a las normas del Reglamento. Esta misma opinión mantiene FRANZINA, P., «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n. 1259/2010 of 20 December 2010», *CDT* (octubre 2011), vol. 3, nº 2, pp. 85-129, en espec., p. 103.

En otros textos con gran bagaje doctrinal y práctico, como el R. 44/2001, donde se permiten los acuerdos de elección de foro, la tesis mayoritaria sitúa el momento en el que se tiene que apreciar el

criterio de la residencia habitual de las partes en el momento de elección de ley y no cuando se presenta la demanda, puede provocar situaciones como la que acabamos de describir. Esta circunstancia puede desembocar en que la autoridad para la atribución de la competencia califique el supuesto como interno y aplique las normas de competencia territorial, dado que se trata de un supuesto que en el momento de presentación de la demanda no es internacional (por tanto, no aplica ni el R 2001/2003 ni, en su caso, las normas de la LOPJ). Pero para la determinación del Derecho aplicable, ante la presentación por las partes de un acuerdo de elección de ley celebrado conforme a la ley de su residencia habitual en el momento en el que éste se otorgó, la autoridad califique el mismo supuesto de internacional y, por lo tanto, tendrá que aplicar el R 1259/2010. Supuesto distinto es la internacionalización del caso por la sola elección de ley, esta situación entendemos que no estaría comprendida en el ámbito de aplicación del R 1259/2010.

Otro de los aspectos a despejar para la determinación del ámbito de aplicación de las normas del Reglamento es su aplicación personal. La aplicación del texto se producirá con independencia de la nacionalidad o de la residencia habitual de las partes en un Estado miembro participante, no participante o tercer Estado.

A efectos prácticos, conforme a lo analizado, el R 1259/2010 se va a aplicar a la determinación del Derecho aplicable (con independencia de que resulte aplicable el ordenamiento jurídico de un Estado miembro participante o no participante o de un tercer Estado) cuando la demanda se interponga ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro participante y con independencia de que la competencia judicial internacional para conocer del asunto se hubiera asumido por las normas de fuente institucional, convencional o internas.

III. SOLUCIONES EN TORNO AL DERECHO APLICABLE

En el Capítulo II del texto y bajo el título «Normas uniformes sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial» se recogen las soluciones adoptadas por los Estados miembros participantes para determinar el Derecho aplicable. La autonomía de la voluntad aparece como la primera de las soluciones (artículo 5), construyendo, como segunda opción, una norma de conflicto clásica (artículo 8).

1. Autonomía de la voluntad

A diferencia del R 2201/2003, en el que entre sus foros no se encuentra incluida la autonomía de la voluntad como criterio de competencia, en el marco del R.

domicilio de una de las partes en un Estado miembro, para determinar si el texto es o no aplicable a la cláusula de jurisdicción, en el momento de finalización del acuerdo y no en el momento de la litis. Vid. RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Eurolex, 1994, pp. 126-131.

1259/2010, se elige como criterio de conexión principal, si bien limitada a la elección de uno de los ordenamientos jurídicos que el artículo 5 establece. Esta limitación reside en el principio de proximidad²⁹, excluyendo la posibilidad de optar por un ordenamiento jurídico completamente alejado de las partes.

Los ordenamientos a los que las partes pueden someterse son: la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de 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 de celebración del convenio; la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento de celebrar el convenio; la ley del foro. Con el propósito de evitar el conflicto móvil se concreta en la norma el momento a tener en cuenta a la hora de elegir el ordenamiento, es decir, el de *celebración del convenio*. Excepto en el supuesto de que los cónyuges elijan como ley aplicable el ordenamiento del foro, en cuyo caso el momento temporal fijado será el de la presentación de la demanda.

El criterio del momento de celebración del convenio de elección de ley es independiente de las autoridades ante las que, a la postre, se presente una demanda de separación judicial o de divorcio. Sin embargo, en el supuesto contemplado en último lugar, elección de la ley del foro, sí inciden las normas de competencia judicial internacional. Esta vinculación puede llevar, en algún supuesto, a desvirtuar la consecución del principio de proximidad sobre el que se ha justificado la limitación de la autonomía de la voluntad³⁰. Serían casos en los que efectivamente el criterio de competencia judicial internacional no se ajustara al principio de proximidad razonable, principio sobre el que se basan la mayor parte de los foros de competencia, pero que no se exige en los asuntos donde se permite que opere la autonomía de la voluntad³¹.

Aunque somos conscientes de que se trata de un ejemplo poco habitual en la práctica, ello no quiere decir que no pueda darse. Dos nacionales de un tercer país y con domicilio en otro tercer Estado presentan una demanda de divorcio ante los tribunales españoles. Los foros de competencia del R 2201/2003 no confieren competencia judicial internacional a las autoridades españolas ni a ningún otro tribunal europeo. Ante esto las autoridades españolas emplean las normas de competencia judicial internacional españolas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aceptando la competencia para conocer del asunto en aplicación del foro de sumisión (no se trata de un criterio excluido, aunque sí es controvertida su operativi-

²⁹ Véase el Considerando núm. 14.

³⁰ Sin embargo en el propio R 1259/2010, en el Considerando número 16, pareciera como si se hubiese sido consciente de que las partes puede que no tengan una vinculación especial con la ley del foro. El texto establece: «Es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o a su separación judicial la de un país con el que tengan una vinculación especial, o la ley del foro».

³¹ VIRGÓS SORIANO, M.; GARCIAMARTÍN, F., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª edición Civitas, Madrid, p. 55.

dad³²). Como se ha visto anteriormente, la aplicación del R 1259/2010 no depende de la norma de competencia judicial internacional por la que la autoridad asume la competencia, sino de la presentación de la demanda ante una autoridad de un Estado miembro participante. La autoridad española, por tanto, en este caso, aplicará el mencionado instrumento para determinar el Derecho aplicable al asunto. Si las partes deciden entonces, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, acogerse al Derecho español, podrán hacerlo sin que este ordenamiento presente la proximidad que justifica la limitación de la autonomía de la voluntad.

Con esto último, y aunque se trate de un caso sin duda poco común, se pretende poner el énfasis en la importancia de los preceptos siguientes del R 1259/2010, porque son los que en realidad van a confirmar que el sometimiento de las partes a un ordenamiento jurídico se ha producido con el pleno conocimiento de las consecuencias que ello conlleva. Sin duda la proximidad del ordenamiento elegido por las partes puede facilitar el acceso de las mismas a su conocimiento, pero sólo queda asegurado el efectivo cumplimiento de la elección informada de ambos cónyuges, tal y como obliga el R 1259/2010, con el correcto cumplimiento de los requisitos que se requieren para que el acuerdo de elección sea válido.

1.1. Régimen jurídico de la elección de ley: momento, requisitos formales y materiales del convenio

En relación al momento temporal, las partes tienen libertad para celebrar el acuerdo de elección de ley en cualquier momento. Lo pueden modificar cuantas veces deseen hasta el momento en el que se interpone la demanda. Un aspecto interesante que incorpora el R 1259/2010, aunque desde el respeto a las tradiciones jurídicas internas de los Estados, es la posibilidad de que el acuerdo de elección de ley se produzca ante el órgano jurisdiccional ya en el curso del procedimiento, eso sí, siempre que la ley del foro lo permita³³.

En el caso español, o en otros ordenamientos, no se prevé o se establece un cauce para la designación del Derecho aplicable³⁴. Si bien ya hay interpretaciones doctrinales a favor de que la estipulación, y entendemos que también la posible

³² ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 56 y ss. ARENAS, R., *Crisis matrimoniales internacionales*, *op. cit.*, pp. 39 y ss.

³³ Hay que observar que esta posibilidad no sólo deroga la posible elección de ley hecha por las partes conforme al artículo 5, sino también el derecho que resultara aplicable de conformidad con el artículo 8 del Reglamento. HAMMJE, P., «Le nouveuse règlement (UE) n° 1259/2010...», *op. cit.*, p. 324.

³⁴ Igualmente sucede, por ejemplo, en el ordenamiento italiano. Puede verse la polémica desatada en FRANZINA, P., «É ammissibile in Italia, ia sensi del regolamento “Roma III” sulla separazione e il divorzio, una soleta di legge sucesiva all’instaurazione del procedimento», 23 de junio de 2012, publicación electrónica en Aldricus.

modificación, de un pacto de ley pueda producirse durante el proceso, en supuestos en que, como el español, se permite el tránsito de un procedimiento contencioso a un procedimiento de mutuo acuerdo³⁵. Las partes podrán solicitar el sometimiento a una las leyes del artículo 5 del R 1259/2010 en el propio escrito en el que se solicita el cambio de sustanciación procesal (artículo 770.5 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Al margen de los supuestos de tránsito de un proceso contencioso a un proceso de mutuo acuerdo, el artículo 774 de la LEC dispone que en la vista del juicio, si no se hubiera hecho antes, los cónyuges podrán someter al juez los acuerdos a los que hubieran llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia.

No puede olvidarse que el convenio de elección de ley, en coherencia con el ámbito material del R 1259/2010, establecerá el ordenamiento al que las partes se someten y que será aplicable para regular la existencia o no la de la institución, las posibles causas o motivos, como también, por supuesto, como en el caso español, la ausencia de las mismas, por las que puede solicitarse el divorcio o la separación judicial; por tanto, las consecuencias de la separación o del divorcio no quedan contenidas en la aplicación del referido convenio de elección de ley. Otra cosa es que dicho convenio de elección de ley pueda, por ejemplo, insertarse en el convenio regulador de las consecuencias de la separación y del divorcio que las partes pueden proponer al juez, conforme al artículo 90 del Código Civil (en consonancia con los artículos 81 y 86 del Código Civil) y en el momento procesal que indica el artículo 774.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que hace a los requisitos formales, se trata de regular el vehículo de expresión del acuerdo en el que se plasma la elección de ley. En el marco del R 1259/2010 es requisito ineludible que el acuerdo se plasme por escrito, a lo que hay que sumar la fecha y la firma de ambos cónyuges³⁶.

Junto a estos últimos requisitos obligatorios es posible además que sea necesario que el convenio de elección de ley tenga que cumplir otras exigencias adicionales que dependerán de la residencia de uno o de ambos cónyuges en un Estado miembro participante en la fecha de celebración del convenio. Las diferentes situaciones son: a) las partes tienen su residencia habitual en el mismo Estado miembro participante y si en el ordenamiento de este Estado se establecen requisitos especia-

³⁵ Vid., ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010», *Diario La Ley*, nº 7613, Sección Doctrina, 18 de abril de 2011.

³⁶ A diferencia de otros instrumentos en los que no es imprescindible para su validez que el acuerdo sea escrito y, por lo tanto, la elección de ley puede deducirse de otros elementos. Por ejemplo el caso del *Reglamento (CE) nº 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* la elección de ley puede deducirse de otros elementos; ahora bien, aunque la elección sea implícita, ha de ser segura, *vid.*, GUZMÁN ZAPATER, M., «El Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo», *Aranzadi Civil*, nº 12/2009.

les tales condiciones serán de aplicación; b) las partes tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y las legislaciones de dichos Estados disponen requisitos formales diferentes, pues bien el convenio de elección de ley será válido si se hace conforme a la legislación de uno de ellos; c) una de las partes tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y su legislación establece requisitos formales adicionales, dichas condiciones tienen que cumplirse.

Lo anterior supone que si se trata de hacer valer en un Estado miembro participante un convenio de elección de foro donde ninguna de las partes ha tenido su residencia habitual en el momento de otorgarlo (la han podido tener en otro Estado miembro participante u otro Estado miembro o en un tercer Estado) dicho acuerdo únicamente habrá de cumplir los requisitos formales obligatorios del apartado 1 del artículo 7 (por escrito, fechado y firmado por ambas partes) aunque la legislación del Estado miembro participante establezca otros requisitos formales adicionales al convenio de elección de ley. De igual forma, si la legislación de un Estado miembro o de un tercer Estado establece exigencias adicionales para la celebración de un acuerdo de elección de ley, dichas condiciones no serán relevantes a efectos de determinar luego la validez de estos acuerdos ante la autoridad de un Estado miembro participante conforme al R 1259/2010.

Por el momento no se exige que el convenio de elección de ley se materialice en un documento público, si bien ello no quiere decir que en un futuro sí sea obligatorio.

La conformación del convenio de elección de ley requiere también el cumplimiento de unos requisitos materiales que se recogen en el artículo 6. Este precepto coloca la existencia y la validez del convenio bajo la ley a la que las partes se someten³⁷. Por lo tanto, se requiere realizar una ficción de validez del convenio para que, determinada la ley aplicable, sea ésta la que establezca la validez o no del convenio o cláusula. Esta ley podrá ser descartada por la ley de la residencia habitual, en el momento de presentar la demanda, de quien alega no haber dado su consentimiento. Esta última salvaguarda está en conexión con la importancia del consentimiento informado en el marco del R 1259/2010 y conlleva la posible aplicación de un ordenamiento que contenga requisitos más severos en lo que hace a su otorgamiento. Hay que advertir que la impugnación del acuerdo de elección de ley puede realizarse por el cónyuge demandando o por el demandante, quien al presentar la demanda de separación judicial o de divorcio pretende negar la validez de tal acuerdo. En definitiva se trata de establecer las garantías necesarias para que los pactos de elección de ley realizados sin el pleno consentimiento de ambas partes no tengan eficacia.

Otra cuestión es si dicho consentimiento se impugna por una cuestión de capacidad de una de las partes. Para este asunto la ley aplicable no viene establecida en

³⁷ Artículo inspirado en el artículo 10 del *Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (en adelante R 593/2008).

el R 1259/2010 –el artículo 1.2 letra a) lo excluye– sino por la ley nacional de cada una de las partes.

1.2. Alcance de la autonomía de la voluntad

A diferencia de lo que ocurre en otros textos en los que también se encuentra plasmada la autonomía de la voluntad en la elección de ley (me refiero por ejemplo al R 593/2008), las partes en el R 1259/2010 sólo podrán someterse a un único ordenamiento jurídico. Como se ha afirmado, la posibilidad de que las partes puedan someter la relación objeto de controversia a más de un ordenamiento jurídico ha sido calificado como un exponente *del amplio margen de la autonomía conflictual de los particulares*³⁸; por lo tanto, en la medida que ello no sea posible, podría caracterizarse como una limitación a dicha autonomía. Esta opción nos parece lógica dado el ámbito material al que se aplica el instrumento, es decir, sólo a la disolución del vínculo³⁹. Otra cuestión sí prevista en el R 1259/2010 (artículo 9) es que las partes hayan elegido una ley que se aplique a la separación judicial y otra al divorcio. Y si no lo hubieran hecho así, el ordenamiento que se eligió para la separación judicial será igualmente aplicado al divorcio en caso de conversión.

Además de lo apuntado (limitación en el número de ordenamientos a elegir) podrían existir otros límites que configuran el alcance de la autonomía de la voluntad en el marco del R 1259/2010, por ejemplo la limitación que la *lex fori* (ley del tribunal que conoce del asunto) puede imponer a la elección de ley. Así se pueden encontrar supuestos en los que la *policy* del foro se impone a la ley designada en el convenio de elección de ley. En el marco del R 1259/2010 hay un supuesto evidente en el artículo 13, precepto que habilita las autoridades de un Estado miembro participante a no pronunciar una sentencia de divorcio cuando su ordenamiento no lo contemple y ello a pesar de que las partes hubieran elegido para regular su divorcio un ordenamiento que sí lo incluye. En consecuencia el Derecho elegido queda descartado, imponiéndose la aplicación, como han advertido algunos autores, de una norma material imperativa del foro⁴⁰ y limitando, claro está, el alcance de la autonomía de la voluntad⁴¹.

³⁸ Así, por ejemplo, lo califica la profesora M. GUZMÁN en *Derecho internacional privado. Derecho civil internacional*. AAVV (dir. P. ABARCA JUNCO). Vol. II, UNED, 2010, p. 386.

³⁹ En este sentido HAMMJE, P., «Le nouveau règlement (UE) n° 1259/210...», *op. cit.*, p. 315.

⁴⁰ GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III», *op. cit.*, p. 525, quien ha calificado esta norma o de norma procesal material o en lo que a nosotros nos interesa la ubica dentro de las *lois de police* cumpliendo una función similar, según la autora, a la que cumple el artículo 9 del R 593/2008.

⁴¹ Sobre la operatividad de esta norma véase el epígrafe IV. Apartado 2.

2. Ley aplicable al defecto de elección de ley

Como todos los instrumentos que contienen como solución la autonomía de la voluntad, el R 1259/2010 prevé qué ordenamiento aplicar en defecto de dicha elección o cuando el convenio no sea válido al no cumplir las condiciones de validez formales o materiales. El artículo 8 del R 1259/2010 recoge una norma de conflicto tradicional⁴². Su funcionamiento es de carácter jerárquico y fija como referencia temporal para la determinación de la ley aplicable en todos los supuestos el momento de interposición de la demanda. La conexión principal, a falta de elección de ley por las partes, será la ley del Estado de la residencia habitual (se entiende que común) de los cónyuges. En su defecto, se aplicará la ley de la última residencia habitual, siempre que se cumplan de forma cumulativa dos requisitos: que desde que se interpone la demanda y hasta el momento en el que finalizó el periodo de residencia no haya transcurrido más de un año y que uno de ellos siga residiendo allí. Si no se cumpliera alguno de los requisitos, o simplemente nunca hubo residencia habitual común, se aplicará la ley de la nacionalidad de ambos cónyuges. En su defecto, y como conexión de cierre, resultará aplicable la ley de los órganos jurisdiccionales ante los que se interpone la demanda.

Como en el caso de la elección de ley pactada, el criterio de la residencia habitual juega un papel destacado en el marco del R 1259/2010, como también lo tiene, si se examinan los foros de competencia judicial internacional, en el R 2201/2003. Esta idea ha llevado a sostener como la aplicación combinada de ambos textos promoverá la unión de *forum-ius*, prevaleciendo la aplicación de la ley de la residencia habitual común⁴³. Vamos a comprobar si lo anterior es o no correcto en relación al ordenamiento que resulta aplicable conforme al artículo 8 del R 1259/2010, combinándolo con los posibles criterios de competencia en aplicación bien del R 2201/2003 o bien con las normas de fuente interna (dado que las normas del R 1259/2010 seguirán siendo de aplicación con independencia del instrumento conforme al que el tribunal de un Estado miembro participante haya adquirido competencia).

A) La primera conexión recogida en el artículo 8 del R 1259/2010 conduce a la aplicación de la **ley de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda**.

A1) Si se ha utilizado el R 2201/2003, y para que resulte aplicable la ley de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda, el Estado miembro participante ante el que se presenta la demanda tiene que ser: bien el tribunal de la residencia habitual común de las partes o bien el tribunal de la nacionalidad común de las partes (ambos foros de competencia están

⁴² *In extenso*, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010», CDT (marzo 2012), Vol. 4, n. 1 pp. 52-85.

⁴³ FRANZINA P., «The law applicable to divorce...», *op. cit.*, p. 93.

recogidos en el artículo 3 del R 2201/2003). En el primero de los casos hay unión *forum ius* y en el segundo no. En los demás foros de competencia abiertos en el artículo 3.1 del R 2201/2003, aunque se utiliza el criterio de la residencia para la atribución de la competencia, su concreción se hace en función de la residencia de una de las partes, con lo cual se entiende que no hay residencia habitual común, por lo tanto, conforme al R 1259/2010, dicho ordenamiento no es aplicable y hay que pasar a la siguiente conexión.

A2) Si en el Estado miembro participante no se ha aplicado el R 2201/2003 y, por ejemplo, es en el territorio español donde se plantea la demanda, las autoridades españolas aplicarán la LOPJ⁴⁴. Conforme a este texto es posible que la competencia se asuma mediante el criterio de la sumisión a nuestros tribunales; en consecuencia siendo estos competentes sólo se producirá la unión *forum-ius* cuando los criterios anteriores (en primer lugar la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento de interposición de la demanda, etc.) no se produzcan y sea aplicable el último criterio de conexión previsto en el artículo 8 del R 1259/2010.

B) La segunda de las conexiones prevista en el artículo 8 determina la aplicación de la **ley de la última residencia habitual común de las partes** cuando no haya transcurrido más de un año entre la interposición de la demanda y el momento en el que finalizó dicha residencia habitual común y que uno de los cónyuges todavía siga residiendo allí. Durante el plazo de un año el legislador entiende que no existe un ordenamiento más vinculado con las partes que el de su última residencia habitual común⁴⁵.

B1) Si se ha determinado la competencia conforme al R 2201/2003, dicho ordenamiento sería aplicable sólo si el Estado miembro participante en el que se ha planteado la demanda es el Estado de la residencia habitual común de los cónyuges, siempre que una de las partes resida allí, o si se trata del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges. En el primero de los casos el foro de atribución de la competencia no está condicionado al hecho de que se presente la demanda en el periodo de un año desde que cesó la convivencia, por lo tanto puede ser que esta autoridad sea competente conforme al R 2201/2003, pero no pueda aplicar su ordenamiento conforme al R 1259/2010. Y en el segundo, foro de la nacionalidad común, tampoco hay unión *forum-ius*.

B2) Podemos extender a este supuesto lo ya dicho para el anterior (caso A2), si los foros del R 2201/2003 no confieren competencia a ningún tribunal comunitario y se aplica el foro de la sumisión en base a la LOPJ española. El tribunal español será competente y aplicará la ley de la última residencia habitual común siempre que se produzca el requisito temporal de un año y que una de las partes siga tenien-

⁴⁴ Al respecto hay que recordar que si presentada la demanda ante un tribunal comunitario frente a un no domiciliado ni nacional comunitario, y si ningún otro tribunal comunitario es competente, entonces podrán aplicarse las normas de fuente interna para fundamentar la competencia (véase el artículo 7 competencia residual).

⁴⁵ HAMMJE, P., «Le nouveau Règlement (UE) n. 1259/2010...», *op. cit.*, pp. 291-338.

do en dicho Estado su residencia habitual pero, desde luego, no hay unión *forum-ius*.

C) La tercera de las conexiones del artículo 8 es la **ley de la nacionalidad común de las partes en el momento de interposición de la demanda**.

La ley de la nacionalidad común es un punto de conexión que entra a funcionar cuando no hay residencia habitual común o ha transcurrido más de un año entre la interposición de la demanda y el momento en el que finalizó dicha residencia habitual común, o aún estando dentro de ese periodo de tiempo, ninguna de las partes sigue residiendo en dicho Estado. Como podrá comprobarse, puesto en relación con las normas de competencia judicial internacional, y siempre, claro está, salvo acuerdo de elección de ley, será el ordenamiento que vendrá a aplicarse en un número mayor de ocasiones cuando se presente la demanda ante los tribunales de un Estado miembro participante y ello aunque aparezca en el artículo 8 del R 1259/2010 como la tercera opción.

C1) Si se determina la competencia vía R 2201/2003, el ordenamiento de la nacionalidad común de las partes sería aplicable si se ha presentando la demanda ante un Estado miembro participante y este es el Estado de la residencia habitual común cuando uno de los cónyuges todavía reside allí⁴⁶; o el Estado de la residencia habitual del demandado⁴⁷; o en el caso de demanda conjunta el Estado de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges⁴⁸; o el Estado de la residencia habitual del demandante con los requisitos temporales que establece el texto en función de que sea o no nacional de dicho Estado⁴⁹; o el Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges.

C2) Igualmente podemos extender a este supuesto lo dicho en el caso anterior: si los foros del R 2201/2003 no confieren competencia y se aplica el foro de la sumisión en base a la LOPJ española y, por supuesto, ninguno de los ordenamientos jurídicos establecidos en el artículo 8 del R 1259/2010 resultan de aplicación.

D) Por último, el artículo 8 contiene una conexión de cierre mediante la que resultará aplicable **el ordenamiento jurídico ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda**.

D1) Si en el Estado miembro participante se ha aplicado el R 2201/2003, el ordenamiento jurídico del foro determinaría el Derecho aplicable, sólo si no puede

⁴⁶ Obviamente el periodo de un año desde que finalizó la residencia habitual común en dicho Estado y el momento de interposición de la demanda tiene que haber transcurrido.

⁴⁷ En este caso, o bien ninguna de las partes sigue residiendo en el Estado de la residencia habitual común o el periodo de un año desde que finalizó la residencia habitual común en dicho Estado y el momento de interposición de la demanda, ha transcurrido.

⁴⁸ En este supuesto, como en el anterior, para que resulte aplicable la ley nacional común, no se tienen que dar los requisitos temporales y de que uno de los cónyuges siga residiendo en el Estado de la residencia habitual común.

⁴⁹ En este caso, o bien ninguna de las partes sigue residiendo en el Estado de la residencia habitual común o el periodo de un año desde que finalizó la residencia habitual común en dicho Estado y el momento de interposición de la demanda, ha transcurrido.

presentarse la demanda ante las autoridades de la residencia habitual común de las partes y tampoco ante el Estado de la nacionalidad común, simplemente porque no se dan dichos foros de competencia. En consecuencia, el Estado miembro participante ante el que se presenta la demanda tendría que ser bien el Estado de la residencia habitual del demandado o, en caso de demanda conjunta, las autoridades jurisdiccionales de la residencia habitual de cualquiera de las partes o, por último, si se presenta ante el tribunal de la residencia habitual del demandante, cumpliendo los requisitos temporales que el R 2201/2003 establece en función de que sea nacional o no de dicho Estado.

D2) Igualmente, podemos extender a este supuesto lo dicho en el caso anterior, si los foros del R 2201/2003 no confieren competencia y se aplica el foro de la sumisión en base a la LOPJ española y, por supuesto, ninguno de los ordenamientos jurídicos establecidos en el artículo 8 del R 1259/2010 resultan de aplicación.

Del análisis realizado en función del los foros de competencia judicial internacional incorporados en el R 2201/2003, y aunque estos estén contruidos en base al criterio de la residencia habitual, puede comprobarse cómo, si bien en el R 1259/2010 la primera de las conexiones conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual común de las partes, este ordenamiento va ser aplicado en un número menor de ocasiones frente a la ley de la nacionalidad común o a la ley del foro, cuya aplicación será mayor y tampoco la combinación de los criterios de competencia del R 2201/2003 con las conexiones del R 1259/2010 asegura la coincidencia *forum-ius* dando entrada al Derecho extranjero en el proceso.

IV. DESPLAZAMIENTO DE LA LEY EXTRANJERA POR LA LEY DEL FORO Y DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES NACIONALES

Los artículos 10 y 13 son una muestra de la tensión provocada por las diferencias entre los derechos materiales de los Estados. Ambos son el resultado de los acuerdos o consensos políticos que han desembocado en soluciones jurídicas cuya convivencia en un mismo instrumento resulta sorprendente.

1. Aplicación de la ley del foro

El artículo 10 contempla dos supuestos en los que se produce el desplazamiento del Derecho llamado a aplicarse, ya sea por mandato o del artículo 5 o del artículo 8⁵⁰.

⁵⁰ Se trata de un precepto propuesto por la Delegación española en la negociación de la propuesta del R 1259/2010. Sobre la misma *in extenso*, HERRANZ BALLESTEROS, M., «Reflexiones en torno al R 1259/2010...», *op. cit.*, p. 202.

A través de su aplicación se extiende el Derecho del foro, *aunque no se acredite que en el caso concreto la ley extranjera produce un perjuicio para la estructura jurídica de la sociedad del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto*⁵¹; es decir es suficiente con comprobar el tenor de las normas extranjeras para descartar su aplicación⁵².

Este precepto supone que finalmente es el ordenamiento del foro el que regulará la disolución del vínculo cuando: a) la ley llamada a aplicarse no contemple el divorcio o; b) cuando no conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo igualdad de acceso a separación judicial o al divorcio.

En cuanto al primero de los supuestos –desconocimiento del divorcio– no se trata de que la *lex causae* contenga motivos o causas que hagan más difícil la disolución del vínculo, sino que se trata de que en la *lex causae* no exista la propia institución. Por lo tanto, aunque la aplicación de la *lex causae* sea más estricta que la *lex fori*, en orden a la obtención del divorcio la aplicación de la primera no podrá descartarse por la aplicación del artículo 10. Tampoco activará la cláusula cuando sea la separación judicial la institución que no esté contenida en la ley extranjera, simplemente lo que sucederá es que no podrá obtenerse mediante esta vía la relajación del vínculo matrimonial en cuestión⁵³. En definitiva en el marco del R 259/2010 y aunque su ámbito material contiene la separación judicial puede decirse que el instrumento no tutela un derecho a dicha separación.

⁵¹ Esto quiere decir que si se insta la disolución del matrimonio ante el tribunal español de una pareja de musulmanes y el Derecho que resulta aplicable al repudio judicial no resulta discriminatorio –imaginemos que además es la mujer quien insta ser repudiada por el marido para conseguir después que la sentencia sea reconocida en el Estado de origen–, la acción del artículo 5, y dado que según se argumenta es bastante con comprobar el tenor de las normas extranjeras, podrá desplazar a la ley extranjera por la ley del foro, circunstancia que a la postre conlleva el no reconocimiento de la decisión dictada, pretensión querida por la mujer desde un principio. Véase el ejemplo propuesto por G. PALAO, «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», A.C., 2001, núm., 15, pp. 529-576, en esp. p. 567.

⁵² CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio...», *op. cit.*, pp. 66-67.

⁵³ En este supuesto el Derecho extranjero no sería desplazado simplemente no se puede declarar la separación. Por ejemplo entre la jurisprudencia española podemos encontrar la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12), de 6 de abril de 2000 que determina la inaplicación del Derecho español, en particular en lo que la hace a la institución de la separación legal, a una pareja de nacionales marroquíes cuyo Derecho nacional desconoce dicha institución pero no por ello a la disolución del vínculo se deja de aplicar la ley nacional común de las partes de conformidad con el artículo 107 del Código Civil. Pueden encontrarse sentencias italianas que sostienen esta postura en: ABARCA JUNCO, P., «La regulación de la sociedad multicultural», *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, pp. 163-179, en esp. p. 171. Igualmente pueden verse distintas referencias jurisprudenciales en CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales», *Derecho internacional privado*, vol. II, 9ª edición, p. 186. Como se ha establecido en la doctrina esto no es más que una diferencia entre los ordenamientos ESPLUGUES, C., *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 138-144. JUÁREZ PÉREZ, P., «Hacia un Derecho internacional privado intercultural», *Globalización y Derecho*, Colex, 2003, pp. 331-349, en esp. p. 343.

Un supuesto distinto del anterior, localización de la ley aplicable en ordenamientos alejados que desconozcan el divorcio, se plantearía si resultase aplicable un ordenamiento jurídico en el que se contemple la institución del divorcio pero sin embargo no lo contiene para determinados supuestos, por ejemplo el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo (en este caso simplemente porque dicho matrimonio no existe para el ordenamiento en cuestión). Veamos un ejemplo:

Un nacional español y un nacional italiano contraen matrimonio en España⁵⁴. Posteriormente se trasladan a vivir a Italia. Años más tarde el español vuelve a España y tras seis meses de residencia interpone demanda de divorcio en España. El Tribunal español conforme al artículo 3 del R 2201/2003 acepta la competencia y, ante la inexistencia de un acuerdo de elección de ley, aplica para determinar el Derecho por el que se disuelve el vínculo el artículo 8 del R 1259/2010, cuya primera conexión determina la aplicación de la ley de la última residencia habitual común de las partes cuando no haya transcurrido más de un año entre la interposición de la demanda y el momento en el que finalizó dicha residencia habitual y una de las partes todavía reside allí. En consecuencia, resultaría aplicable la ley italiana que, como es sabido, considera la unión matrimonial sólo la conformada por parejas heterosexuales y, por tanto, sólo para éstas establece el divorcio ¿podría el tribunal español recurrir a la previsión del artículo 10 y, por lo tanto, sustituir la ley italiana por la aplicación de la ley española para disolver el vínculo? Nos parece que la previsión del artículo 10 sí sería de aplicación para estos supuestos. Lo contrario llevaría a una autoridad cuyo ordenamiento sí conoce y regula por ejemplo el matrimonio entre parejas del mismo sexo a no poder disolverlo lo cual no sería coherente con el sistema.

Respecto al segundo de los casos –no conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo igualdad de acceso a separación judicial o al divorcio– se trata, como ocurre en la cláusula general de orden público, de descartar la aplicación de la ley extranjera en la medida que conculca los principios fundamentales del foro, en este caso discriminación por razón de sexo. Entiendo que la proyección de este precepto puede ser doble: a) supuesto en el que el acceso al divorcio o a la separación judicial se restrinja por motivos de sexo –simplemente una de las partes no pueda solicitarlo–; b) también en el supuesto en que las causas mediante las que se puedan obtener presenten alguna discriminación eso sí por motivos de sexo.

⁵⁴ *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio. Así como la Resolución Circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.* En dicha Resolución de forma textual se recoge: «Todo ello conduce a la obligada conclusión de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia a que se refiere el siguiente apartado».

En ningún caso el artículo 10 me parece una norma superflua. Entiendo adecuado su incorporación y mantenimiento sólo en la primera parte –que el divorcio sea inexistente en el derecho extranjero–, pero mantengo la duda sobre su adecuación para los supuestos que regula a continuación –supuestos discriminatorios por razón de sexo–. Esta conclusión se debe a que alguno de sus resultados puede ser contrario a los logros obtenidos con la intervención de los órganos judiciales a través de la flexibilidad que permite la cláusula general de orden público⁵⁵. La correcta aplicación por los órganos jurisdiccionales de esta cláusula debería de garantizar resultados acordes con lo previsto en la CDFUE en particular con su artículo 21 que prohíbe cualquier tipo de discriminación.

2. Diferencias entre las legislaciones nacionales

El artículo 13 permite –que no obliga– a las autoridades nacionales de un Estado miembro participante separarse de la aplicación del R 1259/2010 y no pronunciar una sentencia de divorcio cuando: a) su legislación no contemple el divorcio o b) no consideren válido el matrimonio en cuestión. Son dos los supuestos diferentes que se proyectan en situaciones distintas y que trasluce un orden público negativo del divorcio. En este caso nos encontramos con una *lex causae*, a la que por ejemplo vía autonomía de la voluntad se someten las partes, permisiva de la disolución del vínculo frente a una *lex fori* restrictiva o prohibitiva del mismo.

Desde un principio siempre se ha afirmado que el primero de los supuestos del artículo 13 estaba pensado para Malta⁵⁶. Al final se trataba de sumar un Estado más a la negociación de la cooperación reforzada aún teniendo con ello que incorporar una cláusula que permitiera la proyección de una *policy* del foro a la regulación de los supuestos internacionales de divorcio⁵⁷.

El segundo de los supuestos del artículo 13 es diferente. A través de su aplicación se trata de no forzar a los órganos jurisdiccionales a disolver una relación jurídica para cuyo ordenamiento, conforme al considerando número 26, «(...) entre otras cosas, no existe según la ley de tal Estado miembro». La no existencia de tal relación en la ley de la autoridad del Estado miembro participante puede ser: porque su ordenamiento no contemple tales uniones⁵⁸ (estamos pensando sin duda en los matrimonios entre personas del mismo sexo⁵⁹) o relaciones que constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero adolecen de una causa de nulidad.

⁵⁵ Véanse los ejemplos propuestos en la nota al pie número 50.

⁵⁶ Ley aprobada el 25 de julio de 2011 por la que se modifica el Código Civil y se incorpora el Capítulo 16 Sección IV «Del divorcio» Puede consultarse en <http://parlament.mt/divorcereferendum>

⁵⁷ GUZMÁN, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales...», *op. cit.* p. 526.

⁵⁸ La profesora M. GUZMÁN siguiendo al profesor J. M. ESPINAR VICENTE habla de matrimonios que *carecen de apariencia*, «Divorcio, matrimonio...», *op. cit.* p. 528.

⁵⁹ Uniones reconocidas como matrimonios sólo en España, Bélgica y Holanda. Los ordenamientos de los demás Estados de la Unión no reconocen tales uniones como matrimonios.

Conforme al R 1259/2010 y según su considerando número 10 «(...) las cuestiones relativas a la validez del matrimonio se resuelven conforme a las normas sobre conflicto de leyes aplicables en cada Estado miembro participante»; sin embargo y según hemos traído a colación anteriormente en el considerando número 26 la referencia del Reglamento al hecho de que la ley del Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considere válido el matrimonio, a efectos de un proceso de divorcio, debe de interpretarse «(...) en el sentido de que ese matrimonio no sea válido según la ley de tal Estado miembro». Así, y aunque en principio la solución del Reglamento pareciera decantarse por una solución conflictual posteriormente, con la referencia directa al término «ley», se da entrada a la aplicación de la ley material del foro para analizar la validez del mismo.

La diferencia es notable. Conforme al primero de los supuestos un matrimonio entre un nacional belga y un nacional holandés celebrado en Bélgica que insta su disolución por ejemplo ante un Tribunal francés (lugar de residencia habitual común de los cónyuges) si resulta aplicable la ley material francesa dicha unión no sería válida y por tanto no se podría disolver. Sin embargo si a ese mismo asunto con el objeto de determinar la validez del matrimonio se le aplica las normas de Derecho internacional privado del foro (en este caso las francesas) dicho matrimonio podría considerarse válido para las necesidades del DIPr en este caso, y conforme Roma III, a los efectos de disolverlo⁶⁰.

Las posturas doctrinales apuntan a la posible construcción de soluciones en torno a la interpretación del artículo 13 que permitan obtener resultados adecuados en los supuestos que pueden darse en el tráfico internacional⁶¹. De forma que se trataría no aplicar directamente a los requisitos de validez del matrimonio la *lex fori* sino dar entrada a las normas de Derecho internacional privado del foro que permitirían la posibilidad de reconocer el matrimonio con el único objeto de permitir ordenar su disolución⁶². Apuntada la respuesta desde el derecho dispositivo y las interpretaciones doctrinales al respecto sólo la aplicación por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes irán marcando los derroteros que toma la práctica de este precepto.

⁶⁰ FONGRARO, E., «Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé. A propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005», *JDI*, núm. 2, 2006, p. 486.

⁶¹ Se descarta por tanto la opción de implementar la regla del sistema jurídico del Estado de procedencia del matrimonio que se asemeja a la regla de origen propia del reconocimiento mutuo. Puede verse un desarrollo muy interesante en REQUEJO, M., «Dipr. de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual», *La unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesora de Derecho Internacional, 2001, pp. 243-247.

⁶² A favor de esta interpretación, OREJUDO P., «La nueva regulación de la ley aplicable...», *op. cit.*, nota al pie núm. 33. Entendiendo que se ha de producir la aplicación de la *lex fori* para los requisitos de validez del matrimonio, DEVERS A. y FARGE, M., «Le nouveau droit international privé du divorce. A propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce», *Droit de la famille*, núm. 6, junio 2012, p. 3.

V. A MODO DE REFLEXIÓN

La unificación de las normas de conflicto en el R 1259/2010 supone un paso muy importante en la regulación para los supuestos internacionales en materia de separación judicial y de divorcio. Es en el considerando número 9 del R 1259/2010 donde desde un principio se reflejan los propósitos del texto: «El presente Reglamento debe: crear un marco jurídico claro y completo (...) garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes de otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada (...)».

¿Ha respondido el texto a los objetivos señalados? Ciertamente no. Se ha dicho que las soluciones previstas en el R 1259/2010 han sido timoratas, poco ambiciosas, o que la consecución de los objetivos perseguidos se ha quedado a medio camino. Ahora bien, ¿era posible haber llegado más lejos en las soluciones? En el momento actual del proceso de integración y en la materia objeto de tratamiento esto último es difícil. Esta afirmación abre el interrogante no sólo sobre la necesidad del texto sino también en relación a si la cooperación reforzada, como instrumento de negociación, era el mecanismo adecuado para que el R 1259/2010 saliera adelante⁶³.

RESUMEN: Este estudio tiene como finalidad analizar el régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales. En particular, y dada la novedad, el análisis se basa principalmente en la respuesta dada en el *Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*.

PALABRAS CLAVE: Libre circulación de personas. Espacio de libertad, seguridad y justicia. Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio.

ABSTRACT: This study examines the legal regime of the international breakdown of marriage. In particular the law applicable to divorce and legal separation under the *Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of the 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of law applicable to divorce and legal separation*.

KEY WORDS: Free movement of persons. Area of freedom, security and justice. Law applicable to divorce and legal separation.

⁶³ Al respecto véanse las reflexiones de DESANTES REAL, M., «*In varietate concordia: el ayer y el hoy de la integración diferenciada como instrumento para la construcción europea. Divertimento en homenaje a mi maestro*», *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 80 -100.