

ESTUDIOS

Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la Unión Europea sobre separación y divorcio

JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE
Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Académico.

RESUMEN

El presente artículo se ocupa de la modificación prevista por los órganos comunitarios al vigente *Reglamento (CE) número 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) número 1347/2000*¹. Dicho Reglamento tiene hoy aplicación preferente sobre el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la determinación de la competencia de los tribunales españoles ante un proceso de separación, de divorcio o de nulidad matrimonial. El proyecto de nuevo Reglamento, por un lado, amplía los criterios de competencia contenidos en el artículo 3 del *Reglamento 2201/2003* y, por otro, presenta la novedad de incorporar reglas de conflicto de leyes que, por tanto, serán uniformes para los Estados miembros de la Unión Europea (salvo Dinamarca) con lo que las actuales reglas de conflicto propias de cada Estado comunitario perderán su razón de ser. El proyecto por el contrario, y a diferencia de lo que actualmente ocurre, no regula la nulidad matrimonial, por lo que en cada Estado comunitario esta institución quedará sujeta, tanto en cuanto a competencia judicial como en lo relativo a la ley aplicable, a las normas de los respectivos derechos internos nacionales. A los principales trabajos preparatorios para la adopción del nuevo texto de Reglamento, a la incidencia tendrá sobre la actual situación jurídica española, así como a algunas cuestiones prácticas, a efectos de la aplicación de las normas por los juristas y profesionales del Derecho, están dedicadas las páginas que siguen en las que de modo muy sintético se pretende informar de una importante novedad en el ámbito

¹ En adelante *Reglamento 2201/2003*.

del Derecho internacional privado español, y de los demás Estados comunitarios, que, previsiblemente, cobrará vigencia a partir del segundo trimestre de 2008.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La ampliación de la uniformidad hacia el Derecho internacional privado de la familia.–III. El «Libro Verde»: propuestas de actuación. IV. Propuesta de Reglamento del Consejo modificando el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, en materia de competencia y de ley aplicable a la separación y al divorcio.–V. Algunas precisiones sobre la aplicación de las normas comunitarias e internas por el jurista español.

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Constitución en 1978 preludiaba, aunque aún no decidía la cuestión como hizo en 1931 la Constitución de la II República Española, el cambio radical sobre el divorcio que históricamente estuvo sujeto en nuestro país a total prohibición constituyendo, por tanto, una cuestión de orden público internacional, lo que así fue siempre hasta la entrada en vigor de la citada Constitución de 1931, y volvió a ser desde que el Decreto de 2 de marzo de 1938 suspendiese la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, que quedó definitivamente derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939. En efecto, el artículo 32.2 de la vigente Constitución determina que: «La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»². En ese plural («causas») algún sector doctrinal quiso ver inmediatamente reintroducido el divorcio en nuestro ordenamiento jurídico sin pensar en que el citado plural podía referirse a ciertas causas (declaración de fallecimiento, muerte) pero no a otras (divorcio). Y no solamente algunos doctrinarios sino el mismo Tribunal Supremo que en un discutible y discutido Auto de 24 de octubre de 1979, que no nos resistimos a reproducir, relativo a un *exequatur* de sentencia francesa de divorcio entre francés y española de origen (presumiblemente convertida en francesa en el momento de la boda, en 1961, por el juego de las reglas españolas y francesas, entonces vigentes, en materia de nacionalidad de la esposa), daba por reintroducido el divorcio en España al afirmar que: «no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio, es decir, los artículos 16 atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado y 32, que permite la *disolución* del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del ordenamiento jurídico, en la cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en

² Por el contrario el artículo 43 de la Constitución de 1931 no dejaba lugar a dudas: «el matrimonio podrá disolverse por mutuo disenso, o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso, de causa justa», precepto que vino a desarrollar la citada Ley de 2 de marzo de 1932.

España, como exige que así sea el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»³. Cuatro meses antes el Tribunal de Casación de Francia en su Sentencia de 10 de julio de 1979 (caso *Van der Plassche c. Dame Goderiaux*), fallaba en un proceso de divorcio entre un francés y una belga, domiciliados en España, que el tribunal inferior al considerar inaplicable la ley española que rechazaba el divorcio como contraria al orden público francés, no había actuado correctamente al no ser contraria a la concepción del orden público francés «...la aplicación de la *Ley extranjera que ignora el divorcio* sin prohibir todo medio de poner fin a la vida en común...»⁴. Es decir, que la jurisprudencia francesa, en esa fecha, aún entendía la existencia de la prohibición del divorcio en España. Como se puede comprobar no fuimos nosotros los únicos que mantuvimos que la prohibición del divorcio aún existía en España en esos momentos. Pero, al margen de esto, si desde el punto de vista estrictamente jurídico ello era así lo cierto es que la sociedad española, o al menos un amplísimo sector de la misma, venía demandando desde hacía años el reconocimiento del divorcio vincular como una de las causas de disolución del matrimonio, y seguramente aún se recordarán las diversas propuestas, anteproyectos y proyectos de los que los medios de comunicación social se hicieron ampliamente eco.

A nuestro parecer, pues, la verdadera reintroducción del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico tuvo lugar por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que, entre otras cuestiones, dio una nueva redacción al artículo 85 del Código Civil, al declarar que el matrimonio se disuelve «... por el divorcio». Es con esa norma cuando efectivamente la institución del divorcio recobra vigencia en España desapareciendo automáticamente su carácter de orden público internacional español.

Evidentemente a partir de ese momento ante una demanda de divorcio deducida en España, ya fuese de matrimonio «doméstico» o «internacional», es decir, presente o no algún elemento extranjero, la primera e ineludible cuestión con la que el juez se topa es con la de determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, es decir, la de competencia general directa, por utilizar la expresión de Gutteridge; dicho en otras palabras, la de si *los* Tribunales de España, en abstracto, pueden entrar o no a conocer de dicha demanda, lo cual fue resuelto por la Disposición Adicional primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que más tarde quedó derogada por el artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La segunda cuestión, si las reglas de competencia judicial internacional otorgan ésta al juez español, es la relativa al conflicto de leyes, o sea, la de la ley aplicable a tal divorcio, lo que vino a resolver el nuevo artículo 107 del Código Civil, cuyo texto vigente resulta hoy de la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁵.

³ Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, *Separación, divorcio y nulidad de matrimonio*, en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, et al., *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 132-133; y en consonancia con esa sorprendente interpretación está la referencia al artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando hacía ya diez años que estaba vigente el *Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil entre España y Francia*, hecho en París el 28 de mayo de 1969, que igualmente recoge el orden público en su artículo 4.º.2.º, texto que era el aplicable, y no la citada Ley ritaria, y que el Alto Tribunal parece desconocer.

⁴ Vid. *ídem in eod. loc.*, p. 133. La traducción es nuestra. Efectivamente la posibilidad de poner fin a la vida en común no era imposible según la ley española, toda vez que sí admitía la separación judicial.

⁵ «Boletín Oficial del Estado» de 30 de septiembre de 2003.

Ahora bien, la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional del artículo 22 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial a los procesos de divorcio suscitados en España, se ha visto modificada con la entrada en vigor de normas comunitarias, en concreto con el *Reglamento (CE) número 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*, que, como quedó dicho, ha sido derogado por el *Reglamento 2201/2003*, de cuyo proyecto de reforma nos ocupamos en estas páginas. Y la novedad que presenta éste no sólo radica en la reforma (por ampliación) de los criterios de competencia judicial, sino en que, además, por vez primera, se incorporan por los órganos legisferentes comunitarios *reglas de conflicto de leyes* en el sector del Derecho de familia, que pasarán así a ser uniformes en la Unión Europea (salvo para Dinamarca), como se verá.

II. LA AMPLIACIÓN DE LA UNIFORMIDAD HACIA LOS DIVERSOS SECTORES DEL DERECHO CIVIL

El *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*⁶, firmado en Roma en 2004, no llegó, como es sabido, a entrar en vigor⁷. Sin embargo su cita no carece de interés por cuanto mantiene un espíritu que es uno de los pilares de la actual Unión Europea desde su creación. En efecto, su artículo III-269 recoge la idea que ha venido manteniéndose en cuanto a conseguir una legislación uniforme respecto de determinados ámbitos en materia civil. El citado precepto determina que: «1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza...» la cual «...podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros...», y «2...la ley o ley marco europea establecerá, en particular cuando resulte necesario... medidas para garantizar, entre otras cosas:... c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción...», si bien «3... las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán mediante una ley o ley marco europea del Consejo, que se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo», finalizando el precepto así: «El Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión europea que

⁶ Con motivo de su adopción la Junta General del Principado de Asturias, y para conmemorar el Día de Europa (9 de mayo), reeditó, con prólogo nuestro, el curioso folleto del asturiano Juan Francisco Siñeriz (Sueiro, 1778-Madrid, 1857), titulado *Constitución Europea con cuya observancia se evitarán las guerras civiles, las nacionales y las revoluciones y con cuya sanción se consolidará una paz permanente en Europa*, Oviedo, 2005.

⁷ Aunque firmado por 18 Estados no logró la unanimidad requerida para su vigencia al haber resultado negativos, como es sabido, los referéndums celebrados en Francia y Holanda. Tras varios impulsos debidos a algunos Estados, el 15 de mayo de 2007 se reunieron en Berlín los llamados «*sherpas*» de los Veintisiete para estudiar la necesidad de un nuevo texto de tratado (momento en el que existía, en la forma y fondo, diversidad de criterios entre los Estados miembros). En la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Bruselas los días 21 y 22 de junio del presente año, bajo la presidencia alemana, se acordó convocar una Conferencia Intergubernamental (CIG) con la finalidad de elaborar y aprobar un «Tratado de Reforma», que comenzará a redactarse en julio y con la previsión de que esté ultimado a fines de este año 2007, en sustitución de la Constitución Europea, en lugar de la cual el nuevo tratado enmendará los tratados constitutivos (Tratado de la Comunidad Económica Europea, Roma, 1957 y Tratado de la Unión Europea, Maastricht, 1992) que fueron modificados por el Tratado de Ámsterdam (1996) y Niza (2000), por lo que seguirán vigentes los citados tratados pero con las modificaciones que ahora se introduzcan.

determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados por el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo». Se reitera, pues, una política tendente a la uniformidad que cristalizó en materia procesal (reglas sobre competencia judicial internacional, de aplicación *erga omnes*, y otras sobre reconocimiento de decisiones judiciales, de aplicación sólo entre los Estados miembros) con el *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y su protocolo anexo*, hechos en Bruselas el 27 de septiembre de 1968⁸, así como en el sector del Derecho de contratos con el *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, y protocolos de interpretación (que contiene las reglas de conflictos de leyes), uniformidad de normas que, a comienzos del siglo XXI, se expande ya hacia otros sectores del Derecho civil.

En efecto, si por un lado se convierte el *Convenio de Bruselas* en el *Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, por otro el citado *Reglamento 1347/2000*⁹ estableció reglas de competencia judicial civil internacional en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio, que estaban ausentes de los dos textos al quedar expresamente excluidas de la aplicación de los mismos, entre otras materias, la referente al «estado», es decir, al estado civil. Tales reglas como ya sabemos son actualmente las del *Reglamento 2201/2003*.

A finales de 2002 la Comisión Europea presentó un «Libro Verde» que plantea la conveniencia de convertir el *Convenio de Roma de 1980* en un Reglamento y modernizarlo en cuanto al fondo. Realizadas las oportunas consultas la Comisión Europea adoptó el 15 de diciembre de 2005 una propuesta de *Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* («Roma I»), pero ya antes, el 22 de julio de 2003, la Comisión había advertido la necesidad, y por ello planteó la pertinente propuesta, de adoptar un *Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* («Roma II»).

La Comisión publicó también, el 1 de marzo de 2005, el «Libro Verde sobre cesiones y testamentos» que incorpora reglas de conflicto de leyes en este ámbito.

Y volviendo de nuevo al Derecho de familia la Comisión ha presentado una propuesta, el 15 de diciembre de 2005, de un *Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*, así como un «Libro Verde», adoptado el 17 de julio de 2006, sobre conflictos de leyes en materia de régimen matrimonial, sin olvidar, naturalmente, lo relativo a la competencia judicial y al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

En esta política de unificación de reglas relativas a competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento de decisiones judiciales (cuya estructura, por lo demás, lógica, responde a la concepción «tripartita» del Derecho internacional

⁸ Los Estados miembros de las Comunidades Europeas celebraron con los Estados miembros de la Unión Europea de Libre Cambio (AELC) el *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988, cuyos principios fundamentales son idénticos a los del *Convenio de Bruselas de 1968* que le sirve de modelo y cuyas disposiciones reproduce sustancialmente.

⁹ Llamado «Bruselas I».

privado, base de la llamada «concepción amplia» que a fines del siglo XIX formulara el profesor Pillet en Francia), se inscribe la propuesta de *Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) número 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial*, que expresamente prevé sea de aplicación a partir del 1 de marzo de 2008, con lo que, evidentemente, como se ha dicho, sus reglas de conflicto de leyes sustituirán a las particulares de los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea, quedando así superado el *Derecho internacional privado particular* (de fuente puramente interna) y configurado un *Derecho internacional privado común* (como dirían, si se nos permite este recuerdo doctrinal, los profesores Ernst Zitelmann, Josephus Daniel Jitta o Werner Niederer)¹⁰, uniforme, de la Unión Europea, que, por el momento, en el Derecho de familia, al menos de manera inminente, se limitará a la separación judicial y al divorcio. Y cuando aquí decimos Derecho internacional privado nos referimos al sector exclusivamente del *conflicto de leyes*, núcleo básico de esta rama jurídica. Mas como la uniformidad ya existe en materia de competencia judicial (y en la de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales provenientes de otros Estados miembros) se puede afirmar que, al añadirse el conflicto de leyes, se completa la concepción amplia del Derecho internacional privado a la que antes nos hemos referido.

III. EL «LIBRO VERDE» SOBRE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROPUESTAS DE ACTUACIÓN

La Comisión, como ha quedado dicho, presentó primeramente un «Libro Verde» cuyo propósito es llevar a cabo una extensa consulta, sobre las cuestiones atinentes a la competencia judicial internacional y ley aplicable en materia de separación judicial y divorcio, a todas las partes interesadas en el proyecto. En el mismo se exponen los diversos problemas que pueden plantearse en la actual situación y se proponen las posibles soluciones a los mismos.

Al presente no existen disposiciones comunitarias en cuanto al conflicto de leyes, es decir, no hay normas de conflicto que determinen la ley aplicable a una nulidad matrimonial ni a la separación ni al divorcio, por lo que los jueces de cada Estado, en este ámbito, aplican sus propias reglas de conflicto de fuente interna. Así, por ejemplo, España desde 1981 cuenta con una nueva regla conflictual específica en el artículo 107 del Código Civil, que inicialmente se refirió exclusivamente a la ley aplicable a la separación y al divorcio silenciando la cuestión de la ley aplicable a la nulidad matrimonial. Como también ha sido dicho ya, hoy ese precepto está redactado conforme a la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre¹¹, la cual, al tiempo que cubre la

¹⁰ Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. I, Introducción, historia doctrinal y codificación, Madrid, 1992, p. 21.

¹¹ Sobre esto vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, *Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil*, en «Actualidad Civil», número 3, semana del 13 al 19 de enero de 2003, pp. 75-97. El nuevo texto, en concreto de los párrafos 1 y 2, que aquí interesan, del artículo 107 del Código Civil dice así: «1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. 2. La separación y el divorcio se registrarán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún

laguna antes descrita encara la cuestión de la ley aplicable desde la perspectiva de la eliminación de toda discriminación especialmente de la mujer nacional de países árabes, muchos de cuyos ordenamientos jurídicos impiden la acción de divorcio promovida por la esposa, o someten la posibilidad de obtener el divorcio a condiciones insoportables. Norma que cuando el proyectado Reglamento entre en vigor se verá afectada, y naturalmente las correlativas de los ordenamientos internos de los Estados miembros, salvo en lo relativo a la nulidad matrimonial que no es contemplada en dicho proyecto. Por tanto en este punto el artículo 107.1 del Código Civil continuará vigente.

El *Reglamento 1347/2000*¹², no contenía normas de conflicto de leyes; únicamente contemplaba la cuestión competencial¹³. Pero con el vigente *Reglamento 2201/2003*,¹⁴ que lleva idéntico rótulo que el derogado, la situación no ha cambiado puesto que este tampoco incluye reglas de conflictos de leyes. En 1998 ya el Consejo Europeo de Viena había puesto de relieve que simplificar la vida a los ciudadanos, en particular, en aquello que les afecta a su vida diaria, como es el divorcio, es objetivo de un espacio judicial común¹⁵. Es en este sentido que el Consejo Europeo invitó a la Comisión, en noviembre de 2004, a presentar un «Libro Verde» en 2005 sobre las reglas de conflictos de leyes en materia de divorcio¹⁶, por cuanto, por una parte, existe una gran movilidad de ciudadanos de la Unión Europea que ha producido un aumento de los llamados «matrimonios internacionales» que lo son por diversas causas (los cónyuges son nacionales de diferentes Estados, o tienen su residencia habitual en Estados miembros distintos, o la tienen en un Estado miembro del cual no poseen la nacionalidad); y, por otra, se percibe el creciente aumento del número de divorcios en la Unión Europea, pudiendo citarse a título de ejemplo, que en España se pronuncia un divorcio cada 3,7 minutos, siendo nuestro país el de más alta tasa de divorcios de la Unión Europea¹⁷; o que en Alemania el 15 por 100, de los aproxima-

reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público».

¹² Llamado «Bruselas II». DO L 160, de 30 de junio de 2000, p. 19.

¹³ Aparte, naturalmente, las reglas referidas a cuestiones de responsabilidad parental y de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales.

¹⁴ «Nuevo Reglamento Bruselas II». DO L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.

¹⁵ DO C 19, de 23 de enero de 1999, p. 1.

¹⁶ «Roma III».

¹⁷ En efecto, según el informe de 23 de mayo de 2007 del Instituto de Política Familiar, en 2006 se produjeron en España 141.817 divorcios, un 51 por 100 más que en 2005, habiendo aumentado las rupturas en cinco años un 277 por 100, datos todos provenientes del Consejo General del Poder Judicial y del Eurostat. Concretamente los datos de este organismo europeo venían anunciando el incremento de divorcios en España por cada 1.000 habitantes (0,9 en 2000; 1,2 en 2004) y su acercamiento a la media europea que fue de 1,9 en 2000 y 2,0 en 2004. Hoy puede decirse que cada hora se producen en España 16 divorcios, habiéndose registrado en un día 386 rupturas formalizadas, a lo que, sin ninguna duda, ha contribuido la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio en 2005, introduciendo el llamado «divorcio exprés», en virtud de la cual ya no es preciso respetar un período de separación judicial o de hecho para obtener el divorcio, bastando, además, con que uno de los cónyuges lo solicite para que el juez tenga necesariamente que concedérselo sin que pueda oponerse el otro, lo que evidentemente deja sin utilidad y función alguna la figura de la separación. Se trata de una regulación que presenta una gran diferencia con el resto de los Estados de la Unión Europea en los que no existe norma que permita a los cónyuges promover un divorcio unilateralmente, sin alegación de causa alguna y sin que se someta el matrimonio a un período de reflexión. En España de cada cuatro matrimonios se divorcian tres pudiendo señalarse las Comunidades Autónomas de Canarias, Baleares y Cataluña (por este orden) como aquellas en las que el número de divorcios es mayor, en tanto que tienen la tasa más baja las de Extremadura,

damente 30.000 pronunciados al año, son de matrimonios en los que los cónyuges poseen distinta nacionalidad¹⁸.

En la actualidad un «matrimonio internacional» que desee el divorcio se encuentra con las reglas de competencia judicial internacional del «Nuevo Reglamento Bruselas II» (es decir, el *Reglamento 2201/2003*) que los jueces de los Estados miembros de la Unión aplicarán como normas uniformes, pero una vez deducida la demanda correspondiente en el Estado miembro cuyos jueces resulten competentes, éstos aplicarán al divorcio (o a la separación) la ley designada por su correspondiente regla de conflicto de leyes, ante lo que debe advertirse que entre éstas existen no pocas diferencias que repercuten evidentemente en la ley que va a resultar aplicada en la sentencia. En otras palabras, dependiendo del Estado del litigio la ley aplicable será una u otra, lo cual puede, o no, responder a las expectativas o esperanzas de los cónyuges litigantes, y afectar al reconocimiento de dicha sentencia en otros Estados. Por poner un ejemplo concreto: en la actualidad ante una demanda de divorcio, separación o nulidad, deducida ante juez español, éste fijará si los Tribunales españoles son o no competentes conforme al artículo 3 del *Reglamento 2201/2003*, que contiene los criterios de conexión que determinan la competencia, y una vez resuelta esta cuestión afirmativamente aplicará en su sentencia la ley señalada por el artículo 107 del Código Civil, que siempre que resulte extranjera ha de ser previamente probada por la parte a quien le interese su aplicación según disponía antes el artículo 12. 6 del citado Código, y hoy dispone el artículo 281.2 de la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁹. Exigencia que entendemos permanece aun cuando el Derecho aplicable sea el de un Estado comunitario. Sin embargo, como más adelante veremos cuando el nuevo *Reglamento* entre en vigor las cosas serán muy diferentes.

Evidentemente, la pluralidad de reglas de conflicto sobre divorcio en los 27 Estados miembros de la Unión Europea plantea la necesidad de un previo estudio que comprende tres cuestiones fundamentales: 1) conocimiento de qué juez (de qué Estado miembro) es competente conforme al citado *Reglamento 2201/2003*; 2) el contenido de la regla de conflicto nacional de ese Estado; y 3) el contenido del Derecho material del Estado cuyo ordenamiento jurídico es reclamado por la norma de conflicto del foro. El «Libro Verde» plantea estas y otras cuestiones, incluyendo los pertinentes ejemplos a través de distintos supuestos de hecho que ponen de relieve la falta de seguridad jurídica y de predictibilidad para los cónyuges, o la insuficiente autonomía de las partes en el sentido de la rigidez de la regla de conflicto que puede señalar aplicable un ordenamiento jurídico que no responde a una «vinculación real» de las partes con el mismo. Supuesto, por ejemplo, que la regla de conflicto señale aplicable la ley nacional común de los cónyuges, puede suceder que el matrimonio se sienta más íntimamente vinculado al Estado miembro de su residencia habitual que

Castilla-La Mancha y Castilla-León. El informe del citado Instituto, sobre quince Estados de la Unión Europea, arroja el siguiente resultado de tasa por cada 1.000 habitantes: España (3,16); Bélgica (2,95); Dinamarca (2,83); Alemania (2,68); Reino Unido (2,58); Finlandia (2,56); Austria (2,37); Luxemburgo (2,30); Francia (2,24); Suecia (2,22); Portugal (2,17); Holanda (1,96); Grecia (1,22); Irlanda (0,83) e Italia (0,79). El panorama de España contrasta, por ejemplo, con el de Francia y Reino Unido donde decrece el número de divorcios, *vid.* «*El Mundo*», jueves 24 de mayo de 2007, p. 30; y RODRÍGUEZ, Juan Carlos, *Cambios sociales ante el gran aumento de divorcios*, en el mismo diario del sábado 2 de junio de 2007, pp. 4-5.

¹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas. «Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio» presentado por la Comisión. Sec (2005) 331. Bruselas, 14.3.2005. p. 3.

¹⁹ Dice el citado precepto: «2. También serán objeto de prueba... 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».

al de la nacionalidad común. A nuestro parecer se perciben aquí, de algún modo, los ecos de las viejas doctrinas realistas americanas²⁰ que, sin prescindir del método conflictual pretenden superar la «ceguera» de la regla de conflicto savignyana que domina en los ordenamientos jurídicos europeos, buscando para cada caso el Derecho más idóneo, es decir, mirando «más allá», o sea, las consecuencias que va a producir, en las partes litigantes, el Derecho aplicado, de modo que para dos matrimonios de la misma nacionalidad A con vinculaciones con los Estados B, C y D, es posible que para uno de ellos el Derecho más apropiado, según sus circunstancias, sea el de A, pero para el otro pueda ser el de C. Ahora bien, la flexibilidad debe entenderse siempre partiendo de que ambas partes estén de acuerdo en el uso de esa *autonomía de la voluntad* con la que se pretende la flexibilización, pues en caso contrario, evidentemente, la regla de conflicto debe establecer una conexión que se estime «imparcial». Y, como no podría ser de otro modo, esto es lo que hace el proyecto de nuevo *Reglamento*.

Otro problema que el «Libro Verde» contempla se refiere al riesgo de que los cónyuges obtengan un resultado que no se corresponde con sus legítimas expectativas, puesto que cada vez es mayor el número de ciudadanos que se trasladan de un Estado miembro a otro por razones de trabajo, sin ser conscientes de que dicho traslado puede afectar notoriamente a las condiciones de su divorcio. Así, por ejemplo, si un matrimonio de distinta nacionalidad se traslada a un Estado miembro del que ninguno tiene la nacionalidad (pues el «Nuevo Reglamento Bruselas II» no permite solicitar el divorcio en el Estado miembro del cual uno de ellos es nacional sin que se dé además otro criterio de conexión), los cónyuges podrían encontrarse con que no pueden acudir a más tribunales que a los del Estado miembro de su residencia habitual, lo que, como acertadamente señala el «Libro Verde», puede llevar a resultados no previstos ni esperados.

También se tienen presentes, con los correspondientes ejemplos, los riesgos de dificultades para los ciudadanos comunitarios que residen habitualmente en un Estado no comunitario, y lo que el «Libro Verde» denomina el riesgo de «carrera al tribunal». Significa esto que uno de los esposos puede intentar solicitar el divorcio antes de que lo haga el otro con objeto de impedir que los tribunales de otro Estado miembro adquieran competencia para conocer de tal divorcio. Ello puede abocar a situaciones en que uno de los esposos demande el divorcio en un Estado miembro concreto con la finalidad de obtener ventajas, como puede ser la de que sea aplicada en la sentencia una determinada legislación de divorcio que le favorezca. Esta denominada, en el «Libro Verde», «carrera al tribunal» puede llevar a consecuencias negativas para el esposo demandado si ocurre que esa legislación aplicada no resulta para éste una normativa con la que se sienta vinculado estrechamente, y si, además, no tiene en cuenta sus intereses. El caso con que el «Libro Verde» ilustra este aspecto es muy claro. Una pareja polaca con veinte años de matrimonio y padres de familia, acuerda que el esposo se traslade a trabajar dos años a Finlandia mientras que la esposa va a seguir residiendo en Polonia. Trascurrido un año, el marido comunica a su esposa la decisión de divorciarse. Según la ley polaca el proceso de divorcio es largo y el juez polaco ha de comprobar que el matrimonio ha fracasado irremediabilmente. Pero los tribunales de Finlandia tendrían competencia, según el *Reglamento* «Bruselas II», al haber residido allí el demandante desde hace más de un año. De otra parte las reglas

²⁰ Vid. HANOTIAU, Bernard, *Le droit international privé américain (Du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws)*, París-Bruxelles, 1979.

conflictuales finlandesas determinan la aplicación al divorcio de la *lex fori*, es decir del Derecho finlandés, según el cual el esposo finlandés puede obtener el divorcio tras un período de consideración de seis meses, aun cuando la esposa plantee objeciones. Ante este panorama el esposo polaco acudiría a los jueces finlandeses que dictarían sentencia de divorcio a los seis meses, y frente a esto la esposa nada podrá hacer. Este supuesto da idea de la finura con que han de estructurarse las normas competenciales y las conflictuales a fin de equilibrar los derechos e intereses de ambos cónyuges en las diferentes situaciones en que, en un matrimonio, puede plantearse un divorcio.

Las posibles soluciones que se tienen en presencia son varias. Una sería la de introducir reglas uniformes (armonizadas) de conflicto de leyes cuyos puntos de conexión estuviesen basados en situaciones de vinculación uniformes. Según el «Libro Verde» esto tendría la ventaja de garantizar la seguridad jurídica, pudiéndose aumentar la autonomía de las partes interesadas para lograr encontrar soluciones satisfactorias en los procesos de divorcio. Ello evitaría la «carrera al tribunal», ya que cualquiera que fuere el tribunal comunitario ante el que se presente la demanda de divorcio aplicaría en su sentencia el mismo ordenamiento jurídico. Naturalmente esta posible solución conlleva el que se adopte un punto de conexión con el que divorcio esté más estrechamente vinculado, siendo varias la posibilidades (nacionalidad común de los cónyuges, última residencia habitual común, última nacionalidad común si uno de ellos la mantiene todavía, la *lex fori*...). Aun así, habría que valorar, entendemos, otros aspectos: si el matrimonio de diferente nacionalidad lleva residiendo habitualmente en un Estado cuarenta años, y por estrictas necesidades de trabajo, o por tratamiento específico de una enfermedad (sin que exista verdadera voluntad de abandonar el lugar de su larga residencia) traslada ésta a otro Estado en el que, en principio, va a residir el tiempo de duración del trabajo, o de tratamiento, por ejemplo, tres años, planteándose dentro de este período el divorcio ¿el tiempo transcurrido en la penúltima residencia habitual no tiene ninguna importancia, a efectos de valorar la «muy estrecha vinculación» con la legislación de divorcio allí vigente?

También se plantea el «Libro Verde» una solución que consistiría en que los esposos pudiesen limitadamente elegir la ley aplicable a su divorcio, lo que, evidentemente, sólo tendría efectividad en los casos de divorcio por mutuo acuerdo o solicitado por uno con el consentimiento del otro. Se trata de una solución que si ha venido siendo utilizada cada vez más en el sector del Derecho contractual, en cambio en el Derecho de familia lo ha sido en grado mucho menor. Así, el artículo 55, apartado 2 de la *Loi portant le Code de droit international privé*, de 16 de julio de 2004²¹, faculta a los esposos a elegir entre la ley nacional de cualquiera de ellos o la *lex fori*, es decir, la ley belga. El texto dice así: «Derecho aplicable al divorcio y a la separación de cuerpos. SS 1.º El divorcio y la separación de cuerpos se rigen: 1.º por el Derecho del Estado en cuyo territorio ambos esposos tienen su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; 2.º en defecto de residencia habitual en el territorio de un mismo Estado, por el Derecho del Estado en cuyo territorio se encuentre la última residencia habitual común de los esposos, cuando uno de ellos tenga su residencia habitual en el territorio de ese Estado en el momento de la interposición de la demanda; 3.º en defecto de residencia habitual de uno de los esposos en el territorio del Estado en el que se sitúe la última residencia habitual común, por el Derecho del Estado del que ambos tengan la nacionalidad en el momento de la interposición de la demanda; 4.º en los demás casos, por el Derecho belga. SS 2. No

²¹ *Moniteur belge*, 27 juillet 2004.

obstante los esposos podrán elegir el Derecho aplicable al divorcio o a la separación de cuerpos. No pueden designar más que uno de los siguientes Derechos: 1.º el Derecho del Estado del que ambos tienen la nacionalidad en el momento de la interposición de la demanda; 2.º el Derecho belga. Esta elección debe manifestarse en el momento de la primera comparecencia. SS 3. La aplicación del Derecho designado en el SS 1.º será rechazada en la medida en que ese Derecho ignore la institución del divorcio. En ese caso, se hará aplicación del Derecho designado en función del criterio establecido de manera subsidiaria por el SS1.º»²². Si se opta por la solución de la autonomía sin duda ésta ha de tener unos límites, esto es, deberían tenerse en cuenta conexiones con las que el matrimonio está más estrechamente vinculado, pero nunca permitir la elección de una legislación con la que no tenga ninguna vinculación. A nuestro parecer, esta limitación es, por lo demás, lógica. Los divorcios de mutuo acuerdo o demandado por un esposo con el consentimiento del otro, podrían elegir el ordenamiento jurídico que quisiesen, en tanto que los divorcios planteados con oposición no tendrían esta posibilidad, lo que no parece muy equilibrado en cuanto al derecho a la autonomía. Desde luego, la aplicación de una ley extranjera, al menos en estas condiciones, lleva a desconocer las reglas conflictuales de ese ordenamiento extranjero; en otras palabras: ha de quedar excluida la técnica del reenvío, pues admitirla (en primer grado o en segundo) llevaría a una sorpresa para las partes que, evidentemente, no eligieron la ley que va a resultar aplicada en la sentencia.

Se plantea también la posibilidad de revisión en el sentido de ampliar los criterios de competencia contenidos en el artículo 3 del *Reglamento 2201/2003*, insistimos que actualmente vigente, y se tiene en cuenta la posibilidad de la sentencia de divorcio obtenida en un Estado no comunitario, cuyo reconocimiento en un Estado comunitario no está amparado por las normas del *Reglamento «Bruselas II»*, sino que tendrá que plantearse por las reglas de *exequatur*, que establezca el posible tratado internacional entre ambos Estados, o, a falta de éste, por las del Derecho procesal interno del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se presenta el pedimento de reconocimiento.

Otra posibilidad consiste en la «prórroga de la competencia», es decir, permitir que ambos cónyuges puedan decidir, de común acuerdo, el tribunal competente para conocer de su proceso de divorcio, lo cual puede contribuir a un aumento de la seguridad jurídica y la flexibilidad, además de ser de gran utilidad en los casos en los que el divorcio se plantea de mutuo acuerdo. De otra parte, la posibilidad contemplada puede igualmente ser eficaz cuando los esposos no puedan acudir al tribunal de un Estado miembro porque las vigentes reglas de competencia contenidas en el citado *Reglamento 2201/2003*, se lo impidan al no tener los esposos una nacionalidad o domicilio común. El «Libro Verde» señala al respecto el ejemplo en el que un matrimonio en el que uno de los esposos es sueco y el otro finlandés, domiciliado en Irlanda, podrían acordar conjuntamente que fuese competente un tribunal sueco o uno finlandés para tramitar su divorcio; o que un matrimonio en el que uno de los esposos es alemán y el otro holandés, con domicilio en un tercer Estado, pueda de mutuo acuerdo decidir qué tribunal sea el competente para dictar su divorcio. Dicha posibi-

²² La traducción es nuestra. Fuera de Europa las tendencias modernas no recogen ese avance, pues algún texto, como, por ejemplo, el artículo 111 del Proyecto argentino de Código de Derecho Internacional Privado, sigue anclado en una conexión única que puede ser no conveniente para todos los supuestos; en efecto, dicho precepto dice: «Separación personal y divorcio. La separación personal y el divorcio se rigen por el derecho del último domicilio conyugal».

alidad de elección se basa en que ya existe en varios instrumentos comunitarios; así la «prórroga de competencia» está admitida por el artículo 23 del citado *Reglamento 44/2001*, así como por el artículo 12 del «Nuevo Reglamento Bruselas II» que admite una posibilidad limitada de elección del tribunal competente en cuestiones atinentes a la responsabilidad parental. La posibilidad que se contempla supondría que, en estos supuestos, el tribunal elegido por los esposos «aplicaría la legislación designada con arreglo a sus normas nacionales sobre conflicto de leyes»²³.

En fin, se contempla, por último, la posibilidad de introducir la posibilidad de que un tribunal que ha admitido la demanda de divorcio pueda, en circunstancias excepcionales y con sujeción a requisitos tasados, a petición del esposo demandado, remitir el proceso a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, basándose en que el matrimonio estaba establecido principalmente en ese Estado miembro. Con esta posible regulación se salvaría el escollo en el caso, que antes hemos citado, de un matrimonio con una larga residencia habitual en un Estado que se ve obligado a cambiar de residencia, y poco después plantea el divorcio con lo que no resulta adecuado acudir sin más a la *última residencia habitual* con desconocimiento de los largos años que residió en la *penúltima residencia habitual*. Para ello el «Libro Verde» propone que, a efectos de garantizar la seguridad jurídica, se determine el «centro de gravedad» del matrimonio teniendo en consideración factores de vinculación que figurarían en una lista exhaustiva, que incluya, por ejemplo, la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside en ese Estado en el momento de la interposición de la demanda de divorcio, y el Estado de nacionalidad común de los cónyuges. La remisión podría ser útil cuando un esposo demande unilateralmente el divorcio con oposición del otro. Así, una esposa polaca podría pedir al tribunal finlandés la remisión del proceso a un tribunal polaco alegando que la nacionalidad común polaca del matrimonio y su última residencia habitual común en Polonia, determina que el «centro de gravedad» de dicho matrimonio está en Polonia, y no en otro Estado con el que los esposos pudieran tener algún vínculo que, resultaría, de menor intensidad del expresado²⁴.

IV. PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL CONSEJO MODIFICANDO EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 2201/2003, EN MATERIA DE COMPETENCIA E INTRODUCCIÓN DE NORMAS RELATIVAS A LA LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO

La Comisión de las Comunidades Europeas presentó una propuesta de Reglamento del Consejo que se inicia con una extensa Exposición de Motivos, que recoge el *iter* seguido en la elaboración del proyecto de nuevas normas, y pone de relieve las varias deficiencias que señala el «Libro Verde sobre la legislación aplicable y la com-

²³ p. 9.

²⁴ De gran interés y utilidad son los documentos: Commission of the European Communities. Brussels, 17 de julio de 2006, SEC(2006) 949. Commission Staff Working Document. Annex to de proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters. Impact Assessment. COM (2006) 399 final, SEC (2006) 950; el amplísimo: Study to inform a subsequent Impact Assessment on the Commission proposal on jurisdiction and applicable law in divorce matters (abril, 2006), así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (Bruselas, 13 de diciembre de 2006).

petencia en asuntos de divorcio», de 14 de marzo de 2005. Teniendo en cuenta el *Tratado por el que se establece la Comunidad Europea*, en particular sus artículos 61.c) y 67.1, la propuesta de la Comisión, y los dictámenes del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social Europeo, se presenta el texto modificativo del *Reglamento 2201/2003*, que quedaría configurado como a continuación se especifica comparativamente.

El artículo 3 del *Reglamento 2201/2003* establece una serie de criterios²⁵ para que quede establecida la competencia de los tribunales de los Estados miembros, a efectos del proceso de separación de cuerpos, divorcio y *nulidad matrimonial*²⁶. Desde la lectura «española», por tanto *mutatis mutandis*, resulta que según dicho precepto los tribunales españoles son internacionalmente competentes en los siguientes supuestos. Cuando exista con España *cualquiera* de los siguientes vínculos: 1) la residencia habitual de los cónyuges; 2) el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; 3) la residencia habitual del demandado; 4) en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; 5) la residencia habitual del demandante si ha residido aquí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; 6) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido aquí al menos seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional español; en fin, que ambos cónyuges sean de nacionalidad española. Por su parte el artículo 7.1 mantiene una competencia residual a favor de las reglas *internas de competencia internacional* al determinar que si de tales criterios «...no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado», lo que significa que si aplicado por el juez español el artículo 3 resultase que los tribunales de España no tienen competencia, debe aplicar inmediatamente el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, obviamente, no queda derogada el citado *Reglamento*. Ahora bien, tal aplicación en la práctica resultará estéril toda vez que todos los criterios de competencia contemplados en dicho precepto lo están igualmente en el artículo 3 del *Reglamento*. La posibilidad de que la *ley interna* española otorgase competencia cuando ésta no resulta del *Reglamento* solamente podría darse en caso de que la *ley interna* española contuviese un criterio (que se diese en el caso en cuestión) no contemplado en el artículo 3 del *Reglamento*; pero eso, como queda dicho, no sucede por lo que respecta a España.

¿Qué novedades presenta la reforma del *Reglamento 2201/2003*? Aparte de ciertos cambios en cuanto a sustitución de algunas expresiones, en primer lugar presenta la de la modificación del propio título que queda así: «*Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones*

²⁵ Es decir, la conexión o vinculación («link», «lien substantiel») con el tribunal, que es la primera regla a tener en cuenta en una demanda (lo que no suelen tener presente los redactores de las mismas) pues aun cuando ambos esposos, por ejemplo, sean españoles y residan habitualmente en España, la competencia de nuestros tribunales no escapa a la fijación previa de la competencia *internacional*, que en caso al que nos referimos viene determinada hoy, como repetidamente se ha advertido, por el *Reglamento 2201/2003* (antes de la vigencia de éste por el *Reglamento 1347/2000*, y con anterioridad a éste por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Solamente resuelta esta cuestión en sentido favorable a los tribunales españoles, se planteará entonces, *a posteriori*, la relativa a la competencia general *indirecta*: es decir, qué o cuál tribunal español es el competente (son los tribunales de Madrid, ¿son los de Granada?, etc.) lo que se resuelve por aplicación de las normas procesales internas, es decir, las de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 769 y ss.).

²⁶ Que el proyecto de nuevo *Reglamento* no contempla.

judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como a a la ley aplicable en materia matrimonial». En segundo lugar, en cuanto a las reglas para determinar la competencia se mantiene el actual texto del artículo 3 al que se añade un artículo 3 bis, bajo el rótulo «Elección del órgano jurisdiccional por las partes en los procesos relativos al divorcio y a la separación judicial», en el que se dice:

«1. Los cónyuges podrán acordar que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en un proceso relativo a su divorcio o separación judicial siempre que exista una vinculación sustancial entre ellos y ese Estado miembro en virtud del hecho de que

2. se aplique cualquiera de los criterios de competencia enumerados en el artículo 3

3. ese Estado haya sido el lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges durante un período mínimo de tres años, o

4. uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su «domicile» en el territorio de uno de estos dos Estados miembros.

2²⁷. Deberá formularse por escrito un convenio atributivo de competencia que ambos cónyuges deberán firmar a más tardar en el momento en el que se acuda al órgano jurisdiccional».

Por otra parte se suprime el artículo 6 que establece el carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5, y se da una nueva redacción al artículo 7 que queda así: «Competencia residual. Cuando ninguno de los cónyuges tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y no sean ambos nacionales de un mismo Estado miembro, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, no tengan su «domicile» en el territorio de estos dos Estados miembros, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en virtud del hecho de que:

5. los cónyuges hayan tenido su residencia habitual previa común en el territorio de ese Estado miembro durante un período mínimo de tres años, o

6. uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su «domicile» en el territorio de uno de estos dos Estados miembros».

De gran importancia es la inserción de un capítulo II bis, bajo el título de: «Ley aplicable en materia de divorcio y separación judicial» en el que se incorporan las reglas de conflicto de leyes para los citados procesos, que, hasta ahora, como ya sabemos, son las de los ordenamientos jurídicos internos de los respectivos Estados miembros, y que, a partir del nuevo *Reglamento*, insistimos, serán comunes²⁸ a todos ellos.

²⁷ *Sic*, y a partir de aquí se respetan la numeración de los párrafos que, por cierto, no parece muy lógica.

²⁸ En cualquier caso la uniformidad que se persigue conseguir probablemente no será total, aunque sí se habrá avanzado mucho con este nuevo y novedoso paso. En efecto, las reglas de conflicto retienen, p. ej. un punto conexión *personal*, cual es la noción de «residencia habitual», que es un concepto jurídico y, como tal, sujeto a calificación (en realidad y recordando a Werner Goldschmid punto de conexión *mixto*, porque si es cierto que la residencia habitual solamente es atribuible a personas no lo es menos que tal residencia habitual ha de hallarse en algún lugar, con lo que la conexión *territorial* se hace aquí también presente. Ahora bien, no existe un concepto uniforme en cuanto a qué ha de entenderse por «residencia habitual» en todos los Estados miembros de la Unión Europea, por lo que la calificación de ese punto de conexión queda sujeto a cada *lex fori*. Habrá, pues, casos que de haberse

Dicho capítulo incorpora un artículo 20 dividido a su vez en cinco preceptos: «Artículo 20 bis.

Elección de la ley por las partes.

1. Los cónyuges podrán designar de común acuerdo la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Los cónyuges podrán decidir designar una de las siguientes leyes:

7. la ley del Estado de su última residencia habitual común en la medida en que uno de ellos aún resida allí;

8. la ley del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» de uno de los cónyuges;

9. la ley del Estado en el que los cónyuges hayan residido durante al menos cinco años;

10. la ley del Estado miembro en el que se presenta la solicitud.

2. Deberá formularse por escrito un convenio atributivo de competencia que ambos cónyuges deberán firmar a más tardar en el momento en el que se acuda al órgano jurisdiccional.

Artículo 20 ter.

Ley aplicable a falta de elección por las partes.

A falta de elección según lo establecido en el artículo 20 bis, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

11. en el que los cónyuges tengan su residencia habitual común, o, en su defecto,

12. en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual común, en la medida en que uno de ellos aún resida allí o, en su defecto,

13. del que ambos cónyuges sean nacionales, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, en el que ambos cónyuges tengan su «domicile» o, en su defecto,

14. en el que se presente la solicitud.

Artículo 20 quáter.

Aplicación de la ley extranjera.

En los casos en que sea aplicable una ley de otro Estado miembro, el órgano jurisdiccional podrá recurrir a la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil para obtener información sobre el contenido de dicha ley.

planteado en el Estado B en vez de en el Estado A, los tribunales de estos dos Estados citados habrían llegado a diferentes ordenamientos jurídicos aplicables en la sentencia, ¿cuándo?: siempre que la calificación *fori* del Estado B entienda que la «residencia habitual» está en el Estado H y la calificación *fori* del Estado A entienda que está en el Estado Z. Sólo cabría la uniformidad de esas decisiones si las leyes de H y Z fuesen idénticas, lo que es posible pero, desde luego, no muy probable. Mientras no haya un concepto comunitario «uniforme» de «residencia habitual», seguirá planeando sobre la cuestión el pensamiento del francés Etienne Bartin formulado a finales del siglo XIX (que si referido especialmente al supuesto de las reglas de conflicto, es igualmente planteable respecto del punto de conexión) en una serie de estudios publicados en el «Journal Clunet» bajo el título *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois*, cuya lectura le produjo a su compatriota Frantz Despagnet «un sentimiento de penosa sorpresa y casi de desaliento», y que pretendió refutarlo con una doctrina que se topó inmediatamente con el insuperable muro del *circulum inextricabilis*; vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio, *Derecho internacional privado, Parte general*, vol. II. Técnica aplicativa de la regla de conflicto, 2.ª ed., Madrid, 1990, pp. 43 y ss. y 47 y s.

Artículo 20 quinquies.

Exclusión de la remisión.

La aplicación de una ley designada en virtud del presente Reglamento significará la aplicación de las normas de dicha ley, con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado.

Artículo 20 sexies.

Orden público.

Sólo podrá rechazarse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro».

He aquí la nueva normativa que, según el artículo 2, está previsto entre en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, siendo aplicable a partir del 1 de marzo de 2008, normativa, por lo demás, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros (salvo Dinamarca, como ya se ha dicho) de conformidad con el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*.

V. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS E INTERNAS

Cuando entró en vigor el hoy derogado *Reglamento 1347/2002*, los profesionales españoles del Derecho tenían ante sí, en cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, para caso de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, por un lado el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, por otro las reglas del citado *Reglamento*. Antes se ha dicho que ante una demanda de divorcio, separación o nulidad es cuestión previa absolutamente ineludible la determinación de si los tribunales de España son, o no, competentes, sea cual fuere la nacionalidad de los cónyuges (sean ambos españoles, o de diferentes nacionalidades), y, por lo tanto, sean o no «ciudadanos comunitarios». Pues bien, ¿cuál de ambas normas es la aplicable para dicha determinación? En este punto ha de partirse de la base de la prioridad del Derecho comunitario, y, por tanto, las reglas del *Reglamento* han de aplicarse en las condiciones que este fija. Y cuando éste atribuye a las normas internas nacionales competencias residuales, es evidente que está señalando su preeminencia sobre éstas. En otras palabras, la normativa primeramente aplicable, con exclusión de toda otra, es la del *Reglamento*; y si no resultase competencia a favor de los tribunales españoles, entonces es cuando, por mandato del propio *Reglamento*, hay que aplicar el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque ya se vio que si el resultado de la aplicación del *Reglamento* es la no competencia de los tribunales españoles, la aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no variará tal resultado.

No hay, pues, una posibilidad de aplicación *simultánea* del *Reglamento* y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en función de que el matrimonio sea «comunitario» o «extracomunitario». Entre otras razones porque si el matrimonio estuviese formado

por un ciudadano comunitario (español, italiano, francés...) y otro no comunitario (mexicano, japonés, sudafricano), resultaría imposible determinar cuál sería la regla aplicable.

Que el *Reglamento 1347/2000* era aplicable a *cualquier* matrimonio se deducía clarísimamente del párrafo (8) de su preámbulo o exposición de motivos, al decir que: «El presente Reglamento debe establecer medidas coherentes y uniformes que permitan que la circulación de personas sea tan amplia como resulte posible. Por ello, es necesario que el presente Reglamento se aplique también a *los nacionales de terceros países*²⁹ con vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en el presente Reglamento». Lamentablemente, en el preámbulo del vigente *Reglamento 2201/2003*, preocupado en poner el acento en las cuestiones de responsabilidad parental, tan expresiva aclaración no figura. ¿Debe entenderse entonces que este es aplicable solamente a matrimonios formados por ciudadanos «comunitarios»? Entendemos que no, y que la finalidad y el espíritu de este *Reglamento* es la misma que la del anterior. Además volvería a alzarse el insoluble problema ya apuntado: si un cónyuge es ciudadano comunitario (griego) y el otro no comunitario (chino) ¿cómo resolver la cuestión de la regla aplicable a efectos de determinar la competencia de los tribunales españoles? Este aspecto nos parece que es necesario ponerlo de relieve ya que los preámbulos o exposiciones de motivos de los Reglamentos no son absolutamente nítidos cuando debieran serlo; en efecto, se refieren a los «ciudadanos» ¿pero qué se quiere decir con esta expresión? ¿es a los nacionales de los Estados miembros o a cualquier persona que se halle en territorio de la Unión Europea? A nuestro parecer la referencia es a *cualquier* persona que acuda a los tribunales de cualquier Estado miembro.

Esta duda se puede plantear igualmente con respecto a Dinamarca, pues aunque es Estado miembro de la Unión Europea resulta que ciertos Reglamentos no rigen para tal Estado³⁰. En efecto, el párrafo (31) del preámbulo del *Reglamento 2201/2003*, dice así: «De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, este país no participa en la adopción del presente Reglamento, que por consiguiente *no le vincula ni le es aplicable*». En el preámbulo del proyecto de reforma de este *Reglamento* su párrafo (15) reproduce lo que se acaba de leer con una ligera variación en el texto: «... Dinamarca no participará en la adopción del presente Reglamento, que por tanto, *ni la vincula ni le es aplicable*».

Respecto de los demás Estados miembros de la Unión Europea, en un proceso de divorcio ¿qué significa que a Dinamarca el *Reglamento* «ni la vincula ni le es aplicable»? ¿Significa, tal vez, que tratándose de un matrimonio danés que promueve su divorcio en España la competencia judicial internacional de nuestros tribunales debería determinarse por la aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que el *Reglamento* a Dinamarca no le es aplicable? Si a sí fuese ¿qué hacer ante un matrimonio formado por un cónyuge danés (al que, parece, no le sería aplicable el *Reglamento*) y un cónyuge de cualquier otro Estado miembro (español, fran-

²⁹ Las cursivas son nuestras.

³⁰ Así sucedió, por ejemplo con el *Reglamento 44/2001*, exclusión que ha dejado de tener efecto en virtud del *Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca*, hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005 (*DOUE* núm. L 299, de 16 de noviembre de 2005).

cés, italiano, etc., ciudadano también comunitario y al que sí le es de aplicación, pues a España, Francia, Italia, etc., sí les vincula y les es aplicable?

A nuestro parecer resulta evidente, pues, que el *Reglamento* es aplicable a *todo* matrimonio, cualquiera que sea la nacionalidad de los cónyuges. Lo único que sucede es que los procesos de divorcio que se promuevan ante los tribunales daneses, éstos, para determinar su competencia judicial internacional, en lugar de hacer aplicación del *Reglamento 2201/2003*, aplican exclusiva y excluyentemente sus reglas *internas*, las del Derecho danés. Expresado de otro modo se puede decir, trayendo a colación el ejemplo de los tratados internacionales, de los que como es sabido unos son de aplicación universal o *erga omnes* y otros con reciprocidad, que el *Reglamento 2201/2000* en lo relativo a competencia es de aplicación universal y no con reciprocidad³¹. Es decir, que se aplica incluso a los ciudadanos daneses por los tribunales de todos los Estados miembros, en tanto que Dinamarca no lo aplica a ningún matrimonio que pretenda el divorcio ante ellos.

Se ha dicho también que el *Reglamento* ha de aplicarse en sus propios términos y dentro de los parámetros fijados en el mismo, así por ejemplo, el artículo 12.2 del Código Civil admite el reenvío en primer grado, o de retorno, es decir, cuando la regla de conflicto extranjera señala aplicable el ordenamiento jurídico español. Pues bien, como se ha visto, el artículo 20 quinquies del proyecto de reforma del *Reglamento* prohíbe tener en consideración tal reenvío, y, por tanto, si resulta aplicable una ley que no es la *lex fori*, la referencia a ese Derecho extranjero lo es únicamente al Derecho sustantivo de ese ordenamiento jurídico no pudiendo, por consiguiente, atenderse el mandato que pudieran establecer sus reglas de conflicto si determinasen como aplicable el Derecho español.

La no regulación de la nulidad matrimonial en el proyecto de Reglamento hace que, a estos procesos, a partir de la entrada en vigor del nuevo texto, la competencia judicial internacional vuelva a quedar regulada en España exclusivamente por los criterios del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en cuanto a la incorporación de reglas conflictuales en el citado proyecto supone que esas normas serán las únicas aplicables a partir de la entrada en vigor del nuevo *Reglamento* por lo tanto en España, insistimos, quedará sin efecto el párrafo 2 del artículo 107 del Código Civil, pero sí continuará siendo aplicable el párrafo 1 de dicho precepto en cuanto a la determinación de la ley reguladora de la *nulidad de matrimonio*, ya que el proyecto de nuevo *Reglamento* deja fuera de su ámbito a esta institución.

Por último, supuesto un proceso de divorcio ante tribunal español el Derecho extranjero aplicable no queda limitado al de un Estado miembro, pues evidentemente la conexión puede señalar un Estado no comunitario. Por ejemplo, divorcio del matrimonio formado por un cónyuge español y otro griego, que han tenido residencia habitual durante cinco años en Rusia, habiendo trasladado ahora el cónyuge español su residencia a Marruecos y el griego a España donde reside desde hace seis meses, el cual inmediatamente después de transcurrido ese plazo presenta aquí la demanda de divorcio. Es evidente que los tribunales españoles según el artículo 3.1.a) del *Reglamento 2201/2003*, son competentes, y lo seguirán siendo conforme al texto en proyecto de reforma; ahora bien, una vez éste vigente la ley aplicable se

³¹ No así, naturalmente, en cuanto al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, cuya parte sí es aplicable «con reciprocidad», de modo que sólo se refiere a decisiones judiciales dictadas en los Estados miembros, pero no a las provenientes de tribunales de Estados no comunitarios.

determinará por los nuevos artículos 20 bis y ter, pudiendo ocurrir que hagan elección de común acuerdo de ley aplicable y esta elección recaiga en la ley rusa (pues en Rusia residieron al menos cinco años, art. 20 bis, 9), pero podrían elegir también como ley aplicable la española por ser España el Estado en el que se presenta la solicitud (art. 20 bis, 10), o, en el ejemplo que contemplamos, si no hubiese elección la ley aplicable en defecto de aquella no podría ser otra que la española por aplicación del artículo 20 ter.14. Como se ve, pues, la ley aplicable puede resultar tanto la de un Estado miembro de la Unión Europea como la de un Estado extracomunitario.

Hasta este momento en el caso de que resulte aplicable la ley de un Estado miembro o extracomunitario ya sabemos que para que el juez español la aplique es preciso que la parte a quien interese tal aplicación pruebe su contenido y vigencia, conforme preceptúa el antes citado artículo 281.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. ¿Ocurrirá lo mismo a partir de la vigencia del nuevo *Reglamento*? En nuestra opinión el panorama cambiará radicalmente puesto que el *Reglamento* determina otra cosa³²: en efecto, el artículo 20 sexies es clarísimo: «Sólo podrá rechazarse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro». A partir de su vigencia no podrá rechazarse la aplicación de *ningún* Derecho extranjero, en cuanto a ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, salvo por un único y solo caso: que sea contrario al orden público español. Y decimos ningún Derecho extranjero porque la regla de conflicto del *Reglamento* puede designar como aplicable el Derecho de un Estado miembro o de uno no miembro, con lo que la aplicación *de oficio* de ese Derecho extranjero constituirá una carga para los jueces, sólo aliviada cuando se trate de Derecho de un Estado miembro, pues conforme al artículo 20 quáter, en ese caso el juez «podrá recurrir a la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil para obtener información sobre el contenido de dicha ley». Pero en los casos en que se trate de un Derecho perteneciente a un Estado extracomunitario tendrá ante sí la ardua tarea de procurarse, por otros medios, el conocimiento del contenido y vigencia de tal ordenamiento jurídico. Tal es el panorama que está a la vista. Esperemos, no obstante, el texto definitivo que se publique en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Este es, pues, nuestro parecer sobre la materia tratada cuyas consideraciones, usando la tradicional fórmula de cierre de los dictámenes por los profesionales del Derecho, sometemos gustosamente de antemano a cualquier otro mejor fundado.

³² Como también ocurre con ciertos convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, y, por lo que atañe a la Unión Europea, con el *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* (Roma, 19 de junio de 1980) que mantiene la misma fórmula que aquéllos a referirse al orden público, pero fórmula que encierra mucho más. Así el artículo 16 del referido *Convenio de Roma* es del siguiente tenor: «*Orden público.*—No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro». Por lo tanto la prueba del Derecho extranjero sólo puede ser exigible cuando su aplicación resulte del reclamo que haga la regla de conflicto *interna*, española, pero no cuando, dicho reclamo lo efectúe un convenio, o un Reglamento comunitario, que mantengan la fórmula de orden público que se acaba de transcribir, pues tratándose de un convenio la aplicación *de oficio* resulta de que así lo ha pactado España, y tratándose de que así lo ha dispuesto el órgano comunitario legisferente, al que España ha cedido parte de la soberanía legislativa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARENAS GARCÍA, R., Crisis matrimoniales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional español, Santiago de Compostela. Universidad de Santiago de Compostela, *De conflicto legum*, núm. 6, 2004, pp. 585.

BONOMI, A., en *Pratique Juridique Actuelle*, 2002, pp. 248-262.

CARO GÁNDARA, R., Algunos problemas derivados del ámbito de aplicación personal del Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia jurídica, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 14, 2002, pp. 259-270.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y Derecho extranjero, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. LVI, 2004, pp. 225-249.

Ídem, Crisis matrimoniales y la dispersión del pleito, *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 213-228.

Ídem, Divorcio internacional, separación judicial y nulidad matrimonial en casos internacionales, Ed. VLEX, 2006.

DILGER, J., Die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen in der Verordnung (EG) nr 2201/2003, Vermeinschaftung an die Anwendungsbereich und insbesondere die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, 2004, pp. 405.

MCELEAVY, P., en *International Comparative Law Quarterly*, 2002, pp. 883-908.

FONT I SEGURA, A., El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia. Un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. LVI, 2004, pp. 273-299.

LIENARD-LIGNY, M., Le divorce international, *Répertoire notarial*, Larcier, 2004.

OBERTO, G., en *Contratto e impresa/Europa*, 2002, I, pp. 361-394.

PALAO MORENO, G., *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Addendum 2001*, Caracas, 2002, p. 855 y ss.

PUERTO MENDOZA, M.^a L., en *Revista Jurídica Española La Ley*, 2002-5, D-205, p. 1892.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Nuevas normas europeas sobre responsabilidad parental y sustracción de menores (primeras reflexiones sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *Revista Jurídica SEPIN-Persona y Familia (julio-agosto de 2003)*, www.sepin.es Madrid, pp. 19-38.

RAUSCHER, T., Leiden der Schutz der Ehescheidungs freiheit unter der VO Bruüssel II?, en *FS-Geimer*, 2002, pp. 883-902.

RODRÍGUEZ PINEAU, E., El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental, *Diario La ley-UE*, viernes, 30 de enero de 2004 www.laley.net, Madrid, pp.1-15.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J., Reglamento 1347/2000: ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8), *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 5, pp. 1256-1260.

SPELLENBERG, U., en *FS-Geimer*, 2002, pp. 1257-1280.