

“La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos*

Publicado en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (7193), pp. 1-14.
ISSN 1138-9907

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

patricia.orejudo@der.ucm.es

Trabajo depositado en el archivo institucional *E-Prints Complutense*
<http://eprints.ucm.es>

I. Introducción. II. Aplicación espacial y territorial del Reglamento. III. Ámbito material: A. Cuestiones reguladas. B. Cuestiones expresamente excluidas. C. Otras cuestiones aparentemente no reguladas. IV. Conclusiones

I. Introducción

1. Desde el pasado 21 de junio de 2012, las demandas en materia de separación judicial y divorcio en las que concurren elementos de internacionalidad¹ deben resolverse conforme a nuevas normas de conflicto. La ley aplicable a ciertos aspectos de la separación judicial y al divorcio se determina, en lo sucesivo, por el Reglamento denominado “Roma III”².

Este instrumento pretende “*crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (...), garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses*” (vid. considerando 9). Sin embargo, su introducción en el DIPr español no aporta, o al menos no de forma evidente, esos beneficios. Antes al contrario, la regulación presenta inconvenientes de no poca importancia.

2. En tanto que mecanismo de cooperación reforzada³, el Reglamento no se aplica en todos los Estados miembros (EM). La cooperación reforzada, en efecto, permite que, si la UE en su conjunto no puede alcanzar un acuerdo en un plazo razonable, un número determinado de Estados avance, como último recurso. Otros EM pueden incorporarse en cualquier momento, antes o después de la puesta en marcha de la cooperación reforzada, de manera que cada EM puede progresar según ritmos u objetivos, sensibilidades y prioridades diferentes dentro de la UE⁴. De esta forma, el Reglamento Roma III sólo vincula a los países que han querido asumirlo, los Estados participantes (EP), que son, junto con España, Bélgica, Bulgaria, Alemania, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia⁵. El Estado español, por tanto, tenía varias opciones: una es la que ha asumido, que es participar en el Reglamento, y desde el inicio; porque, qué duda cabe, también podría haberse incorporado más adelante. Otra posibilidad era no participar. Y otra más extrema, que se asumió en relación con la creación de una patente única en el ámbito de la UE, era oponerse a que el instrumento de cooperación se aprobase⁶. Pues bien: a mi juicio, hubiera resultado preferible, tanto desde un punto de vista meramente técnico, como desde el plano político, si no oponerse, al menos abstenerse de participar. Y es

¹ Vid. *infra*, § 3.

² Reglamento (UE) núm. 1595/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *DOUE L* 343/10, 29.12.2010 (RRIII).

³ Vid. Decisión 2010/405/UE del Consejo, de 12 de julio de 2012, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal, *ibid.*, L 189, 22.7.2010.

⁴ Cf. J.C. Fernández Rozas, “Hacia la patente única por el mecanismo de la cooperación reforzada”, *La Ley*, núm. 7558, 31 de enero de 2011, pp. 1-11, esp. p. 3.

⁵ Al menos, esos son los EP en el momento en que el Reglamento entró en vigor (el 30 de diciembre de 2010), y cuando comenzó a aplicarse parcial o totalmente (el art. 17, el 21 de junio de 2011; el resto de los preceptos, como se ha indicado, el 21 de junio de 2012): vid. art. 21 RRIII. No obstante, cualquier EM que no participe aún podría convertirse en EP en cualquier momento, según el art. 381TFUE.

⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*

que, más allá del déficit democrático que conllevan unas normas que elaboran técnicos o, en el mejor de los casos, expertos, en las instituciones de la UE, y no los parlamentos que tienen depositada la representación de la ciudadanía (al menos formalmente); y más allá de la ausencia de base legal de la que adolecen muchos de los reglamentos que se están adoptando en materia de DIPr⁷ (circunstancias, en todo caso, denunciabiles), si el instrumento no contiene soluciones satisfactorias, que permitan alcanzar realmente los objetivos que persigue, resulta preferible no participar en él. Si, además, no resulta respetuoso con ciertos valores y principios propios, la oportunidad de su adopción se pone aún más en entredicho.

En este trabajo expondré algunos inconvenientes derivados de la introducción de este instrumento en el sistema español, que justificarían esta opinión negativa. Habida cuenta de la necesidad de limitar su extensión, me centraré en los que derivan de la regulación de su ámbito de aplicación.

II. Aplicación espacial y territorial del Reglamento

3. Para que el Reglamento Roma III resulte aplicable es necesario que la situación presente algún elemento de internacionalidad⁸ que no sea el mero hecho de que las partes hayan designado como ley rectora de la separación o del divorcio una ley extranjera⁹, en virtud de la posibilidad de elección que el Reglamento dispone (*vid. infra*)¹⁰.

⁷ Me remito, a este respecto, a las observaciones de S. Sánchez Lorenzo, advirtiendo los riesgos de una acción comunitaria desmedida, en “El carácter ultra vires del Reglamento Roma I y el test de compatibilidad de las normas imperativas estatales”, *AEDIPr*, t. 6, 2006, pp. 165-178.

⁸ El Reglamento Roma III advierte, en su art. 1.1, que “se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes...” (el énfasis es mío), sin diferenciar su carácter interno o internacional. Que el art. 16 RRIII disponga que los EP “en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento no estarán obligados a aplicarlo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre esos sistemas jurídicos”, implica que el RRIII no es de obligada aplicación a los conflictos interregionales, pero no que tal aplicación no pueda darse. En este sentido, el RRIII no establece una regulación diferente a la de los arts. 1.1 y 22.2 del Reglamento Roma I [Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO* num. L 177, 4.7.2008, en adelante RRI]. No creo, por tanto, que del art. 1 derive la necesidad de que la situación presente elementos de internacionalidad (no obstante, en este sentido, A. Devers y M. Farge, “Le nouveau droit international privé du divorce.- À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce”, *Droit de la famille*, núm. 6, junio 2012, p. 1). También podría aplicarse, si así se quisiera en el EP en particular, a conflictos de leyes internos. Cuestión distinta es que en el Estado español los conflictos de leyes internos se plantean en lo que respecta a los efectos de la presentación de la demanda de separación o divorcio y la regulación de las relaciones entre cónyuges o excónyuges (*cf.* R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 296); y estas son materias que no probablemente no cubra el Reglamento: *vid. infra*, § 5). De ahí que, en definitiva, quepa afirmar que en su aplicación en España la situación debe implicar un conflicto internacional de leyes, esto es, que contenga elementos objetivos (como el lugar de celebración del matrimonio) o subjetivos (como la nacionalidad o la residencia habitual de los cónyuges) de internacionalidad.

⁹ *Cf.* A. Devers y M. Farge, *loc. cit.*, p. 2. A este respecto, no existen disposiciones semejantes a los arts. 3.3 y 3.4 RRI en el RRIII, habida cuenta del nulo papel que en el ámbito del divorcio o la separación puede cumplir el ámbito de la autonomía de la voluntad material.

¹⁰ Lo que significa que, si la situación sólo está conectada con un Estado (cónyuges españoles residentes en España desde el momento de la celebración, que también tuvo lugar en España, sin bienes en el extranjero, no se aplicará el RRIII aunque elijan como ley aplicable una ley extranjera. La situación no se convertiría por ello en una situación “que implica un conflicto de leyes”.

No se exige, sin embargo, que los vínculos de la situación se den con ningún Estado en particular, pues se trata de un instrumento de aplicación universal. Cuando el art. 4 RRIII establece que “la ley designada se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante”, quiere decir que el Reglamento se aplica sin condición de reciprocidad ninguna. Regula, por tanto, la ley aplicable (también) al divorcio o la separación de personas que hayan contraído matrimonio o residan en Estados no participantes e incluso no miembros de la UE (por ejemplo, a la disolución de un matrimonio celebrado en EEUU entre un estadounidense y una española), o que no sean nacionales de tales Estados (por ejemplo, al divorcio de dos marroquíes, dos chilenos o dos chinos). Interesa insistir en este punto, a la luz de la incompreensión que muestran los órganos jurisdiccionales españoles de lo que comporta la aplicación universal de los reglamentos de la UE¹¹: en su ámbito de aplicación, el Reglamento Roma III desplaza totalmente al artículo 107.2 Cc, que, en lo sucesivo, sólo se aplicará a las cuestiones excluidas del instrumento institucional.

4. Que el Reglamento tenga carácter universal resulta fundamental para lograr la unificación de soluciones pretendida (como también lo es, dicho sea de paso, que a través del art. 11 RRIII se excluya la actuación del reenvío, o que el art. 12 RRIII limite la acción del orden público a los supuestos en los que la aplicación de la ley designada por el Reglamento sea *manifestamente* incompatible con dicho orden público—la cursiva es mía-). Pero el hecho de que no se encuentre en vigor en todos los Estados miembros no sólo podría empañar de forma definitiva los objetivos que pretende alcanzar, sino que, además, podría contribuir a fomentar lo que, precisamente, desea evitar.

Así, por ejemplo, el Reglamento Roma III permite a los cónyuges elegir la ley aplicable (art. 5 RRIII) entre una de las que se indican —elegidas en atención al principio de proximidad¹², con la finalidad de contribuir a una mayor previsibilidad en torno a la legislación aplicable al divorcio o a la separación judicial, y también para evitar la “carrera hacia los tribunales”. Pero el Reglamento Bruselas II *bis*¹³, que sigue regulando la competencia de las autoridades competentes en la materia¹⁴, no ampara la elección de tribunal, de manera que no cabe acompañar a la elección de ley de un acuerdo de sometimiento a unos determinados órganos jurisdiccionales (i.e., los de un EP), para asegurar que aquél es efectivo. Los cónyuges pueden elegir la ley aplicable de conformidad con el Reglamento, pero no pueden confiar en que esta elección sea efectiva. En algunos EM la autonomía de la voluntad no tendrá ningún predicamento en esta materia. Así, es probable que la existencia de ese acuerdo sobre la elección pueda conducir a la carrera al tribunal, para presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales de un EM que no es EP, con el fin de evitar la aplicación de la ley elegida¹⁵. Por ejemplo, si un matrimonio español que reside en Malta celebre un

¹¹ *Vid., infra*, especialmente notas 26 y 27.

¹² Ley de la residencia habitual común de los cónyuges; ley de la última residencia habitual común, siempre que uno de ellos resida aún allí; ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera (en los tres casos, en el momento en que se celebre el acuerdo); y ley del foro (en el inicio o en el curso del procedimiento): *vid.* art. 5.1 RRIII.

¹³ Reglamento (CE) 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) núm. 1347/2000, *DOCE* L 338, 23-12-2003 (en adelante, Reg. Bruselas II *bis* o RBII *bis*).

¹⁴ El propio Reglamento Roma III declara “no afectado” a este instrumento a través de un precepto, el art. 2 RRIII, de carácter eminentemente pedagógico.

¹⁵ En este sentido, P. Hammje, “Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, pp. 291-338, esp. p. 298.

convenio que cumple con los requisitos formales que establece el art. 7 RRIII, designando la ley maltesa como ley rectora del divorcio, lo haría en la confianza de que ese acuerdo es vinculante. En este caso, la pretensión de los cónyuges sería, claramente, la de obstaculizar al máximo la obtención del divorcio, dado que la ley de Malta resulta muy restrictiva. Pero si en el momento en que surge la crisis uno de ellos reside habitualmente hace más de un año en cualquier EM que no participa en el instrumento (por ejemplo, en los Países Bajos)¹⁶ y el otro en un EP (p.ej., España), y cualquiera desea obtener el divorcio, la carrera al tribunal estaría servida: acudir a los tribunales de un EP (Malta o España), si son competentes, comportaría aplicar la restrictiva ley maltesa, mientras que en cualquier otro EM lo más probable es que se aplicase cualquier ley mucho más favorable: la ley española, en tanto que ley nacional común o la ley del foro (así, por ejemplo, ocurriría, en los Países Bajos).

Ciertamente, se podría oponer que este problema se ocasiona con todos los instrumentos de carácter regional; que de hecho, en realidad estos instrumentos no sólo no garantizan, sino que incluso comprometen, la armonía internacional de soluciones¹⁷. No cabe duda de que aunque todos los EM fuesen EP, esa misma “carrera” podría produciría en situaciones conectadas con terceros Estados. Pero ni con esos terceros Estados compartimos normas de competencia que otorgan una gran libertad a la hora de elegir el tribunal en esta materia; ni las decisiones que esos terceros Estados puedan dictar sobre el divorcio están sujetas al régimen flexible de reconocimiento que las que emitan los órganos jurisdiccionales de los EM que no son EP. Desde luego, no creo que el orden público pueda oponerse al reconocimiento de la sentencia de divorcio dictada en un EM (sea o no EO) por el hecho de que haya desconocido el acuerdo de elección a favor de la ley (en el ejemplo, el divorcio dictado en Holanda en aplicación de una ley distinta a la maltesa).

Al margen de este problema, también cabe señalar que la eficacia del acuerdo de elección puede resultar problemática incluso entre EP, porque dicho acuerdo no sólo está sujeto a condiciones de validez formal previstas en el propio Reglamento, sino también a las adicionales que pueda imponer el Estado en el que uno o ambos cónyuges residan (art. 7 RRIII), y, a fecha actual, si existen esas condiciones es algo incierto¹⁸.

III. Ámbito material

A. Cuestiones reguladas

5. Ante una demanda relativa a la crisis de un matrimonio con elementos internacionales, el órgano jurisdiccional español con competencia en virtud del

¹⁶ Estado que sería competente para conocer del divorcio según el art. 3.1 RBII *bis*.

¹⁷ Cf. J.D. González Campos, “Efforts concertés d’unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique”, A. Borrás Rodríguez y otros (Ed.), *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1996, pp. 102-120, esp. pp. 112-113. De hecho, viene siendo habitual que el ámbito de la universalización de las soluciones se limite por lo general, a unas determinadas áreas geográficas, como advierte P.A. de Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 37-87, esp. pp. 44 y 45.

¹⁸ El art. 17.1 obliga a los EP a comunicar a la Comisión las disposiciones nacionales relativas a esos requisitos de forma del acuerdo que puedan establecer sus disposiciones nacionales, y que se entenderán que se suman a los establecidos en el propio art. 7.1 RRIII (que se recoja por escrito y con la firma de ambos); y el art. 17.2 RIII obliga a la Comisión a poner a disposición del público la información correspondiente, “*en particular mediante el sitio web de la Red Judicial Europea (...)*”. A fecha actual, esa web no recoge ninguna información al respecto.

Reglamento Bruselas II *bis*, deberá determinar qué ley(es) regula(n) los distintos aspectos sobre los que debe decidir. Pero el Reglamento Roma III sólo se aplicará a algunos de ellos.

Así, conforme a su art. 1.1, el Reglamento Roma III determina la ley aplicable a, estrictamente, la disolución del vínculo o su relajación. El resto de las cuestiones que en España se dirimen en el mismo procedimiento y a través de la misma sentencia, conservan sus propias normas de conflicto (al respecto, *vid. infra*, § 6).

Aún siendo tan limitado el ámbito de aplicación, o quizás por ello, es previsible que la delimitación de su alcance plantee problemas. Basta observar que el considerando 10 RRIII afirma que la ley aplicable sólo regula “los motivos para el divorcio y la separación”. Semejante afirmación podría llevar a pensar que la ley aplicable no rige la determinación de la propia posibilidad de acceder a dicha solicitud, con carácter general (¿cabe separación o divorcio?) y en el supuesto en concreto (¿qué requisitos deben cumplirse?). Pero creo que sería una interpretación errónea. La *lex divortii* debe regular esas cuestiones, como también debe considerarse aplicable a aspectos tales como la legitimación para instar la solicitud de relajación o disolución del vínculo conyugal y a ciertos elementos de la prueba (como el objeto, la carga, las presunciones legales y, limitadamente, los medios admitidos). Esta lectura sobre el alcance de la ley aplicable al divorcio está basada en propuestas de la doctrina española, en relación con normas de conflicto estatales¹⁹; pero entiendo que podría ser extensible al RRIII, manteniendo la interpretación autónoma que el carácter del instrumento exige. Más dudas genera, sin embargo, si la ley aplicable según el Reglamento también regula los efectos de la presentación de la demanda de separación o divorcio y las relaciones (personales) entre cónyuges o excónyuges, o tales extremos deberán regirse por la ley que dispone el art. 107.2 Cc.

B. Cuestiones expresamente excluidas

6. El apartado 2º del artículo 1 RRIII completa la delimitación del ámbito material de aplicación del instrumento a través de una lista de cuestiones que el RRIII no aborda²⁰, y a las que, en consecuencia, se deben aplicar otras normas de conflicto, cualquiera que sea su fuente.

En relación con estas exclusiones interesa destacar, en primer lugar, la que respecta a la nulidad del matrimonio. El Reglamento Roma III no contiene una regulación de la ley aplicable a la nulidad del matrimonio [*vid.* art. 1.2.c) RRII], a pesar de que sí es materia regulada, en lo que a la competencia judicial y al reconocimiento de decisiones respecta, por el RBII *bis* (como el propio considerando 10 RRIII reconoce). Esta omisión genera una asimetría en el tratamiento de la materia que, a mi entender, no estaría justificada. No lo está atendiendo a las principales razones que se alegan para elaborar el RRIII, esto es, evitar la “carrera al tribunal” y la inseguridad jurídica que propicia la ausencia de unificación conflictual, pues estas razones concurren de igual

¹⁹ Sobre el ámbito de aplicación de la ley aplicable al divorcio o a la separación judicial, *vid.* por todos R. Arenas García, *op. cit.*, pp. 316 y ss. En relación con la aplicación de la *lex causae* (aquí, la ley aplicable al divorcio o a la separación judicial) a la legitimación y los mencionados elementos de la prueba, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Aranzadi/Thompson, 2011, pp. 263 y 265-266.

²⁰ Se trata de la capacidad jurídica de las personas físicas, la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, la nulidad matrimonial, el nombre y apellidos de los cónyuges, las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias y los fideicomisos o sucesiones.

modo en las demandas de separación judicial, divorcio y nulidad. Y no es motivo suficiente para su excusión que en la nulidad no convenga reconocer autonomía de la voluntad²¹, pues hubiera bastado con elaborar normas diferentes para esta materia. Tampoco creo que convenga alegar que en algunos Estados se desconoce la nulidad²², dado que la separación también es desconocida en otros, como Alemania. Y no es definitivo, tampoco, el hecho de que el Reglamento no proporcione normas sobre la celebración del matrimonio²³, porque nada impediría que cada EP conservase sus normas reguladoras de la celebración, disponiendo de una común, reguladora de la nulidad. Antes al contrario, habida cuenta de las diferencias existentes en los distintos EM (y EP) sobre la propia concepción del matrimonio, la unificación de la ley aplicable a la nulidad resultaba quizás aún más necesaria que la del divorcio o la separación, pues es la vía para evitar que tribunales de un EM declaren la nulidad de un matrimonio válidamente celebrado en otro EM (por ejemplo, un matrimonio español entre personas del mismo sexo), y éste tenga que reconocer la decisión en aplicación del Reglamento RBII *bis* (a salvo de la aplicación de la cláusula de orden público)²⁴. Una norma que obligase a enjuiciar la validez o nulidad del matrimonio de conformidad con las leyes que debían aplicarse a su celebración según la *lex auctoritatis* (reenvío incluido, en su caso), podría evitar tal resultado²⁵. A mi juicio, la defensa del modelo matrimonial español, respetuoso con la libertad sexual de todos los individuos (al menos, en lo que respecta a la elección del sexo del único cónyuge que se tolera), hubiese exigido la adopción de esta norma. En este sentido, al margen de que la ausencia de regulación de la nulidad sea una decisión poco coherente del legislador institucional, la participación española en el Reglamento constituye un espaldarazo al texto que, desde este punto de vista, resultaría inmerecido.

7. En todo caso, importa advertir que el nuevo Reglamento no contribuye a atenuar la complejidad que comporta la determinación de la ley aplicable a las distintas cuestiones, tanto previas (p.ej., la validez del vínculo), como autónomas (adopción de medidas de responsabilidad sobre los hijos comunes, los alimentos, la pensión compensatoria, etc.), que se plantean habitualmente como consecuencia de la solicitud o la concesión de la separación o del divorcio. Los operadores jurídicos españoles deben manejar distintas normas de conflicto de origen interno, convencional e institucional para pronunciarse sobre esas cuestiones en el mismo procedimiento, para dictar la correspondiente sentencia. Y los órganos jurisdiccionales españoles vienen demostrando que carecen de la formación suficiente para realizar esta tarea correctamente²⁶. A este respecto, el RRIII, más bien añade la dificultad adicional que supone su mera vigencia, y su delimitación con respecto a las normas de conflicto reguladoras de esas otras cuestiones y al art. 107.2 Cc. Es más: me atrevo a pronosticar que el Reglamento lo que comportará es, en España, una mayor inseguridad jurídica para los particulares, que son

²¹ En este sentido, apoyando la motivación «oficial», *vid.* P. Hammje, *loc. cit.*, p. 299; A. Devers y M. Farge, *loc. cit.*, p. 2.

²² P. Hammje, *loc. cit.*, p. 299.

²³ En este sentido, R. Arenas García y C. Oró Martínez en la entrada “El Reglamento Roma III: la nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio” del blog <http://blogs.uab.cat/adipr/2011/01/02/el-reglamento-roma-iii-la-nueva-regulacion-de-la-ley-aplicable-a-la-separacion-judicial-y-al-divorcio/> (consultado por última vez el 3 de julio de 2012).

²⁴ Cf. A. Espiniella Menéndez, “La «europeización» de decisiones de Derecho privado”, *REDI*, 2008, pp. 39-69, en nota 33, p. 47.

²⁵ Sin perjuicio de la posibilidad de añadir que el EM donde no quepa la celebración de tal matrimonio puede oponerse al reconocimiento de su validez, como pone de manifiesto *ibidem*.

²⁶ *Vid.* C. González Beilfuss, “Nota al AAP de Madrid (Sección 24) de 1 de junio de 2011”, *REDI*, 2012, pp. 208-211.

los que, en definitiva, padecen el desconocimiento que los órganos jurisdiccionales muestran del DIPr²⁷. De nuevo, justo el resultado contrario al que el Reglamento Roma III se propone alcanzar²⁸.

C. Otras cuestiones aparentemente no reguladas

8. Si entre las cuestiones que el art. 1.2 b) RRIII excluye del ámbito de aplicación del instrumento se encuentra “la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio”, puede sorprender la reiteración que comporta (en lo que respecta al reconocimiento del matrimonio) la previsión del art. 13 RRIII. Este precepto contiene una norma en virtud de la cual ningún órgano jurisdiccional de un EP está obligado a reconocer la validez del matrimonio, a efectos de dictar un divorcio (el texto nada indica sobre la separación, aunque probablemente se entenderá que también es aplicable en materia de relajación del vínculo) cuando ante él se plantea la correspondiente demanda y entiende que el matrimonio no es válido²⁹. Pero esta norma tiene su razón de ser. Con ella, el legislador opta por eludir una norma propugnada en extensión del principio de reconocimiento mutuo³⁰, que obligaría a la prevalencia de las legislaciones más permisivas sobre las más restrictivas, esto es, la que obligaría a reconocer en cualquier EM la validez del matrimonio celebrado en otro EM³¹. De otro modo expuesto: el Reglamento ampara a los EP que no desean reconocer la validez de ciertos matrimonios (señaladamente, los matrimonios entre personas del mismo sexo), y los blindo frente al avance (eventualmente jurisprudencial) de dicho principio.

Como consecuencia de este blindaje podrán darse situaciones como la siguiente: si un hombre español contrae matrimonio con un hombre holandés en España y ambos residen habitualmente en cualquier EP que no reconozca la validez de estos matrimonios (por ejemplo, en Malta), no podrán obtener la disolución del matrimonio, porque conforme al Reglamento Bruselas II *bis* los únicos tribunales competentes serían los del Estado en el que tengan su residencia habitual (malteses)³², y tales tribunales no están obligados a disolver una unión que consideran nula o inexistente³³.

²⁷ En el asunto comentado en la anterior nota, quienes se dirigieron a los tribunales españoles fueron correctamente asesorados: los tribunales españoles eran, sin duda, competentes, en aplicación del RBII *bis*, por lo que cabía obtener el divorcio en España. Pero, tras dos instancias, y la inversión temporal y económica correspondiente, los cónyuges no logran el objetivo pretendido, debido a la ignorancia de los dos órganos jurisdiccionales y del Ministerio Fiscal sobre la aplicabilidad del instrumento.

²⁸ En este mismo sentido, P. Hammje, *loc. cit.*, p. 295.

²⁹ El precepto también indica que el órgano jurisdiccional del EP cuya legislación no contemple el divorcio no estará obligado a pronunciarlo; pero, aunque cuando se iniciaron los trabajos preparativos Malta no disponía de ley de divorcio, se aprobó posteriormente, por lo que en la actualidad ningún EM (por tanto, tampoco EP) carece de normativa al respecto.

³⁰ *Vid. v.gr.*, R. Baratta, “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPrax*, 2007, pp. 4-11. Sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ámbito de la UE, *vid.* S. Álvarez González, “Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio”, S. Álvarez González (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, De conflicto legum, 2009, pp. 9-37, esp. pp. 22-25.

³¹ Apuntan a la omisión de esta regla en el Reglamento Roma III A. Devers y M. Farge, *loc. cit.*, p. 3.

³² Si se tratase de dos personas que tienen la misma nacionalidad de un EM (p.ej., dos españoles), los tribunales de ese EM (en su caso, los españoles) tendrían competencia en virtud del art. 3.b RBII *bis*.

³³ A mi juicio, el art. 13 RRIII no implica *necesariamente*, como señalan A. Devers y M. Farge (*loc. cit.*, p. 3), la aplicación de la *lex fori* a los requisitos de validez del matrimonio (la ley sustantiva francesa, por ejemplo, si se solicita el divorcio en Francia). Creo que esa norma, cuyo objetivo es anular la regla “del liberalismo máximo” (*ibidem*), para que no haya *obligación* de partir de la validez del matrimonio

Evidentemente, para esos casos quizás sea posible defender la competencia de los tribunales españoles en virtud de un foro de necesidad, al menos cuando la situación presente alguna vinculación con nuestro país, como la nacionalidad de una de las partes. Pero cabe preguntarse hasta qué punto se debe participar en un acto que comporta una pérdida más de la oportunidad de introducir una regla de reconocimiento mutuo en este ámbito, para fomentar la igualdad de trato entre los ciudadanos que tratan de ejercitar su derecho a la libre circulación, con independencia de su orientación sexual³⁴. Huelga advertir que si no prevalecen las regulaciones más permisivas, es porque ganan las restrictivas. Como antes apuntaba, el art. 13 RRIII no es una mera reiteración de lo previsto en el art. 1.2. b) RRIII. Constituye algo más que una norma de remisión a las soluciones del DIPr del foro: es una norma de garantía de ciertos valores conservadores, que no son precisamente los del ordenamiento español (en esta materia).

9. En otro plano diferente, conviene también indicar que el Reglamento Roma III no regula expresamente ni la imperatividad de sus normas, ni el tratamiento que deba recibir la prueba de la ley extranjera en el proceso. Sin embargo, como ya he tenido ocasión de indicar en otro trabajo, la ausencia de una disposición que establezca que sus normas son de aplicación imperativa para los EP (y no facultativa, tal y como ocurre con las normas de conflicto en algunos Estados), y otra que disponga que la ley designada debe aplicarse de oficio por el órgano jurisdiccional, no debe conducir a interpretar que ambas cuestiones dependen del DIPr del foro³⁵.

A la luz de las características que revisten los reglamentos europeos, así como de los objetivos que persiguen, la aplicación de las normas de conflicto que contienen ha de considerarse imperativa, también en los Estados miembros cuyo DIPr acoge un sistema conflictual facultativo, sea *de iure* o *de facto*, como en el sistema español³⁶. En consecuencia, la aplicación del Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto del Reglamento Roma III debe realizarse de oficio por las autoridades españolas. Y esta obligación de la autoridad de actuar de oficio no puede relajarse aunque la ley aplicada haya sido elegida por las partes, porque el legislador institucional no lo ha previsto de forma expresa³⁷. Nótese que, aludiendo concretamente a la elección de ley, en el propio Reglamento se advierte de la existencia de mecanismos que facilitan a los órganos jurisdiccionales la información que requieren sobre el contenido de la ley extranjera (considerando 14 RRIII). Ahora bien: por una parte, estos mecanismos, con carácter general, sólo contribuyen al conocimiento de las leyes de EM; y, por otra, en lo tocante, en concreto, a la web a la que se refiere el considerando 17, está lejos de representar, en la actualidad, una herramienta realmente útil, pues ni está suficientemente actualizada³⁸, ni contiene todos los extremos que puede demandar (legal o fácticamente) la correcta aplicación de una ley extranjera.

celebrado en otro EM, no afecta a la necesidad de aplicar las normas de DIPr del foro (las normas francesas de DIPr, que eventualmente pueden remitir a otras leyes). El art. 13 RIII permite que se aplique el RRIII para determinar la ley aplicable al divorcio si conforme a las normas de DIPr del foro el matrimonio puede ser reconocido a determinados efectos, como, por ejemplo, para ordenar su disolución.

³⁴ En este sentido, *vid.* las reflexiones que reproduce E. Fongaro, *loc. cit.*, p. 508.

³⁵ *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, en X. Abel Lluçh, J. Picó i Junoy y M. Richard González (Dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 477-498

³⁶ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Litigación internacional. Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 523.

³⁷ *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *loc. cit.*.

³⁸ Baste señalar que, en relación con el divorcio en Malta, la web sigue indicando que no es posible: no en vano advierte que la última actualización se efectuó hace un lustro (2007):

http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_mlt_es.htm (fecha de acceso: 6 de junio de 2012).

En suma: la correcta aplicación del Reglamento Roma III exige que los órganos jurisdiccionales españoles apliquen de oficio cualquier ley extranjera (de EP, de EM y de Estados terceros) reclamada por el instrumento. Y no van a contar con medios adecuados para ello. Es más: ni siquiera cabe esperar que sean conscientes de esta obligación. El peligro de que las autoridades españolas realicen otra interpretación existe³⁹. Es muy posible que sigan considerando que la ley extranjera –aunque su aplicación venga exigida por un Reglamento de la UE- debe ser alegada y probada en juicio por las partes, de forma que, ante toda omisión de este “deber”, continuarán aplicando la *lex fori*⁴⁰.

IV. Conclusiones

Según lo apuntado, no parece evidente que el Reglamento Roma III esté en condiciones de proporcionar, como afirma su considerando 9, “un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”. No incrementa la previsibilidad jurídica, ni evita (sino que podría fomentar) la “carrera a los tribunales”. Además, en su aplicación en nuestro país, comportará una mayor fragmentación normativa y un incremento de la complejidad a la que se enfrentan los operadores jurídicos españoles en la resolución de situaciones privadas internacionales. Esta mayor dificultad, ciertamente, podría paliarse a través de la correspondiente inversión en medios de diversa índole: fundamentalmente, en formación de jueces y fiscales y en la habilitación de instrumentos que faciliten la correcta aplicación del Derecho de la UE: por ejemplo, en los medios que permitan que los jueces españoles apliquen cualquier ley extranjera de oficio, tal y como el instrumento institucional exige. Cabe preguntarse, quizás retóricamente, si se han valorado estas necesidades, y se ha comprobado que se dispone de esos medios (económicos) cuando se adoptó la decisión de participar en el Reglamento Roma III.

En todo caso, a esos inconvenientes se uniría el déficit democrático del Reglamento (que no era necesario adoptar) y su posible carácter *ultra vires*; y, finalmente, que se trata de un instrumento que atiende antes a valores conservadores de otros Estados miembros de la UE que a los que informan el ordenamiento español. De ahí que, en mi opinión, dicha decisión de convertirse en EP sea errada.

³⁹ Como revela la inquietud mostrada por la Comisión al respecto: “... *el buen funcionamiento del espacio judicial europeo exige en ocasiones que una jurisdicción nacional aplique la ley de otro Estado miembro. La Unión deberá estudiar el modo de evitar la disparidad de las prácticas actuales en esta materia*”: vid. punto 3.3 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*, Bruselas, 10.6.2009, COM(2009) 262 final, en p. 14, disponible en <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴⁰ Vid., por ejemplo, Sent. AP Valencia (Sección 10ª) núm. 85/2009, de 10 de febrero (*Westlaw Aranzadi JUR 2010/73433*).