

## LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO 2201/2003 EN MATERIA MATRIMONIAL

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ  
Profesora Contratada Doctora de DIPr.  
Universidad de Sevilla

### I. INTRODUCCIÓN

Las instituciones comunitarias comenzaron a adentrarse en el terreno del derecho de familia a raíz de la aprobación del Tratado de la Unión Europea, que abrió nuevos cauces de actuación para el Derecho internacional privado. Como se recordará, el TUE decía, en su redacción originaria, que para la realización de los fines de la Unión, y en particular, la libre circulación de personas, los Estados consideraban de interés común la cooperación judicial en materia civil –art. K.1.6–; añadiéndose, a continuación, que en relación con dichas cuestiones se podían adoptar una serie de medidas, entre las que figuraba la posibilidad de celebrar convenios para su ratificación por los Estados miembros –art. K.3.2.c)–.

Esta base jurídica se aprovechó para elaborar el Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. Sus negociadores consideraron que la libre circulación de personas se vería favorecida con la posibilidad de obtener una decisión relativa a la disolución del vínculo matrimonial y a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes, fácilmente reconocible en los demás países comunitarios<sup>1</sup>. Pero antes de que llegara a entrar en vigor, y debido a la comunitarización de la cooperación judicial en materia civil que trajo consigo el Tratado de Ámsterdam (arts. 61 a 69, Título IV TCE)<sup>2</sup>, se vio transfor-

<sup>1</sup> Como señaló A. BORRÁS en el Informe que acompañaba al Convenio, la realización de la libre circulación de personas y el establecimiento de vínculos familiares cada vez más frecuentes entre personas nacionales o residentes en terceros países, exigía esta respuesta jurídica, "Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial", DOCE, núm. C 221, de 16 de julio de 1998, pág. 29. En el documento titulado "Study to Inform a Subsequent Impact Assessment on the Commission Proposal on Jurisdiction and Applicable Law in Divorce Matters" (Draft final report to the European Comisión, DG Justice, Freedom and Security), se señala que en la Unión Europea se celebran anualmente unos 2.200.000 matrimonios, produciéndose, por otra parte, unos 875.000 divorcios. Se estima que el factor de internacionalidad está presente en unos 350.000 matrimonios (16 %) y en unos 170.000 divorcios (20%) (consultado a través de Internet: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_public\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm)).

<sup>2</sup> Sobre lo que ha supuesto la comunitarización de la cooperación judicial en materia civil, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho internacional privado y derecho privado europeo", Derecho privado europeo, S. Cámara Lapuente (coord.), Colex, Madrid, 2003, págs. 157 y ss.; J. BASEDOW, "The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam", Common Market Law Review, 2000, págs. 687 y ss.; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam", Revista española de Derecho internacional, 1999, págs. 383 y ss.; M. GARDENÉS SANTIAGO, "El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61.c) y 65 TCE como

mado en el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, 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<sup>3</sup>.

El Reglamento 1347/2000 mantuvo el mismo contenido del Convenio, introduciendo únicamente las modificaciones que resultaban necesarias para adaptarlo a su nueva forma jurídica<sup>4</sup>. Y se puede decir que ello fue la causa de que naciera con una fuerte sensación de provisionalidad y que se viera, de hecho, rápidamente modificado.

Este Reglamento fue criticado, desde el primer momento, por el tratamiento tan limitado que hacía de las cuestiones de responsabilidad parental. Como ha puesto de relieve E. RODRÍGUEZ PINEAU, dejaba fuera de su ámbito de aplicación la situación de los hijos no comunes al matrimonio y la situación de los hijos comunes de parejas no casadas; además, al fijar la competencia judicial internacional únicamente mientras existiera litigio matrimonial, no resolvía las cuestiones vinculadas a la modificación de la responsabilidad parental, ni las relativas al ejercicio del derecho de visita<sup>5</sup>. Y a esa crítica se unió, por

base jurídica", Revista de derecho comunitario europeo, 2002, núm. 11, págs. 231 y ss.; J.L. IGLESIAS BUIGUES, "La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam", Revista general del derecho, 1998, págs. 5847 y ss.; C. KOHLER, "Interrogation sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", Revue critique de droit international privé, 1999, págs. 1 y ss.; S. LEIBLE y S. STAUDINGER, "El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?", Anuario español de Derecho internacional privado, 2001, Tomo I, págs. 89 y ss.; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado", La Ley, Unión Europea, 1998, núm. 4510, págs. 1 y ss.

DOCE núm. L 160, de 30 de junio de 2000.

<sup>4</sup> Para un análisis general del contenido del Reglamento (CE) núm. 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, vid. B. ANCEL, H. MUIR WATT, "La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II", Revue critique de droit international privé, 2001, págs. 403 y ss.; R. ARENAS GARCÍA, "Nota al Reglamento (CE) núm. 1347/2000, 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", Anuario español de derecho internacional privado, 2003, págs. 427 y ss.; A. BONOMI, "Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori", Rivista di diritto internazionale, 2001, págs. 298 y ss.; A. BORRÁS, "Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo (Bruselas II)", Revista Jurídica de Catalunya, 2003, págs. 362 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000", Mundialización y familia, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (eds.), Colex, Madrid, 2001, 213 y ss.; C. ESPLUGUES MOTA, El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; H. GAUDEMET-TALLON, "Le Règlement N° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs", Journal du droit international, 2001, págs. 381 y ss.; F. MOSCONI, "Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000", Rivista di diritto processuale, 2001, págs. 376 y ss.; G. PALAO MORENO, "Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes", Libro homenaje a G. Parra Aranguren, F. Parra Aranguren (ed.), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, págs. 309 y ss.; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Procesos civiles de divorcio en la UE: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema", Mundialización y Familia, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (dirs.), Colex, Madrid, 2001, págs. 241 y ss.; J.A. SEIJAS QUINTANA, "Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes", Cooperación judicial internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas, Cuadernos de Derecho judicial, 2000-IV, págs. 91 y ss.; B. STURLESE, "Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce", La Semaine Juridique, 31 janvier 2001, N° 5, págs. 241 y ss.

<sup>5</sup> "El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental", Diario La Ley, núm. 5944, 30 de enero 2004, pág. 2 (en la versión de Internet).

otra parte, el deseo de mejorar los mecanismos de eficacia extraterritorial de resoluciones, teniendo en cuenta que desde la reunión del Consejo Europeo, celebrado en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, ya había comenzado a hablarse de la proyección del principio de reconocimiento mutuo en este sector<sup>6</sup>.

En definitiva, dos circunstancias que llevaron a que surgieran propuestas para su reforma<sup>7</sup>, y a que el Reglamento 1347/2000 se viera rápidamente sustituido por el Reglamento (CE) núm. 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<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Boletín de la Unión Europea, 1999, núm. 10, págs. 11-12. Las consideraciones realizadas en este Consejo supusieron un salto cualitativo con respecto al Plan de Acción del Consejo y la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, más conocido como Plan de Acción de Viena, donde todavía no figuraba referencia alguna al principio de reconocimiento mutuo en el marco de la cooperación judicial en materia civil (DOCE núm. C 19, de 23 de enero de 1999).

Con posterioridad al Consejo Europeo de Tampere se aprobó el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. C 12, de 15 de enero de 2001), sobre el que posteriormente señalaría el Programa de La Haya sobre la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, adoptado en el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004, que debía completarse en el 2011 (DOUE núm. C 53, de 3 de marzo de 2005, pág. 13; se acompaña de un Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, DOUE núm. C 198, de 12 de agosto de 2005).

<sup>7</sup> Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos (DOCE, núm. C 234, de 15 de agosto de 2000)— Poco después se publicó también una Propuesta más amplia para mejorar el tratamiento de las cuestiones de responsabilidad parental —Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental (DOCE C 332 E, de 27 de noviembre de 2001).

<sup>8</sup> DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003. Para un análisis general del contenido de este Reglamento, vid. R. ARENAS GARCÍA, Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español, De Conflicto Legum, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, págs. 136 y ss.; R. BARATTA, "Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia", Diritto internazionale privato e diritto comunitario, P. Picone (a cura di), Cedam, 2004, págs. 163 y ss.; G. BIAGIONI, "Il nuovo Regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori", Rivista di diritto internazionale, 2004, págs. 991 y ss.; A. BORRÁS, "De Bruselas II a Bruselas II bis... ¿O a Bruselas II plus?", Soberanía del Estado y Derecho internacional, Homenaje al Prof. J.A. Carrillo Salcedo, Tomo I, Secretariado de Publicaciones de las Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, págs. 239 y ss.; E. CANO BAZAGA, "El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) N° 2201/2003, por el que se deroga el Reglamento N° 1347/2000", AA.VV., Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2006, págs. 17 y ss.; R. ESPINOSA CALABUIG, "La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento de Bruselas II bis: entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2003, págs. 735 y ss.; A. FONT SEGURA, "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, 2004, págs. 273 y ss.; M. GONZALO QUIROGA, "La reforma de Bruselas II: aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y la ejecución", El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales, A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), Colex, Madrid, 2004, págs. 469 y ss.; S. MARINAI, "La aplicación práctica del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 en el ordenamiento italiano", AA.VV., Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2006, págs. 131 y ss.; A. QUIÑONES ESCAMEZ, P. ORTUÑO MUÑOZ y F. CALVO BABÍO (coords.), Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo, La Ley, Madrid, 2005, E. RODRÍGUEZ PINEAU, "El nuevo

Esta nueva norma amplía el tratamiento de las cuestiones de responsabilidad parental, incorporando además, en relación con las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor, los nuevos planteamientos derivados del principio de reconocimiento mutuo. Pero tal como vamos a tener oportunidad de comprobar en las líneas que siguen, el problema y las críticas se plantean ahora en relación con la regulación que se hace de la separación, divorcio y nulidad del matrimonio. Ello ha llevado a que estemos asistiendo de nuevo a un proceso de reforma<sup>9</sup>.

## II. REFERENCIA A LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Como se ha visto, el Reglamento 2201/2003 se ocupa de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, y de las cuestiones de responsabilidad parental. En relación con ambas cuestiones se regula la competencia judicial internacional, así como el reconocimiento y exequátur de resoluciones, ofreciéndose en algunos preceptos soluciones específicas para cada una de las materias tratadas, y en otros, soluciones conjuntas y uniformes.

La competencia judicial internacional se regula en el Capítulo II, ocupándose la Sección 1ª de los foros en materia de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio (arts. 3 a 7); la Sección 2ª de los foros en materia de responsabilidad parental (arts. 8 a 15); y la Sección 3ª, con carácter conjunto para ambas materias, de los problemas de aplicación que pueden surgir en relación con estos foros de competencia judicial internacional.

En la Sección 1ª, que es la que interesa a efectos de este trabajo, la norma básica es el art. 3. Este precepto dispone que *en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miem-*

Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, Diario La Ley, núm. 5944, 30 de enero 2004.

<sup>9</sup> El sistema de trabajo de las instituciones comunitarias está generando numerosas críticas. Por una parte está la política del paso a paso, que lleva a continuas y sucesivas reformas y a que los instrumentos comunitarios tengan un período muy corto de vigencia (muy crítico con este sistema se muestra, a modo de ejemplo, P. McElvay, “Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce”, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_public\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm)). Y por otra parte está la técnica consistente en abordar sectorialmente distintas cuestiones o materias, que obliga a trabajar con diversos instrumentos comunitarios al mismo tiempo para resolver un determinado caso. A modo de ejemplo, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ pone de manifiesto que cuando un juez acuerda el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial se pronuncia sobre otros efectos indirectos, como las medidas de protección de los hijos comunes, los alimentos debidos a los hijos, la pensión compensatoria debida en su caso a un cónyuge, el uso y disfrute de la vivienda familiar y la disolución del régimen económico matrimonial. “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, *El Derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), Colex, Madrid, 2004, págs. 214 y ss. Como muchas de esas cuestiones se regulan en otros instrumentos, se generan lógicamente complicaciones, que también han sido denunciadas por otros autores: A. BORRÁS, “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo, (Bruselas II)”, op. cit., págs. 368-369; H. GAUDEMET-TALLON, “Le Règlement N° 1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, op. cit., pág. 429. S. ADROHER BIOSCA pone de manifiesto las dificultades que se observan en la jurisprudencia española cuando los jueces se ven obligados a aplicar varios instrumentos, La aplicación jurisprudencial del Bruselas II en España: del desconcierto al desafío”, AA.VV. Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2006, págs. 106-107.

bro: a) en cuyo territorio se encuentre: – La residencia habitual de los cónyuges, o – El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o – La residencia habitual del demandado, o – En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o – La residencia habitual del demandante, si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o – La residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su domicilio; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio común<sup>10</sup>.

Este precepto recoge un amplio listado de foros, que responden a tres características básicas: objetividad, alternatividad y exclusividad<sup>11</sup>. Pues bien, los problemas que se plantean en torno a la regulación de la competencia judicial internacional vamos a exponerlos al hilo de cada una de estas características.

### 1. En relación con la objetividad de los foros

En el ámbito del Reglamento 2201/2003 no se concede relevancia a la autonomía de la voluntad para determinar la competencia judicial internacional. De ahí que se aluda a la objetividad de los foros<sup>12</sup>. La residencia habitual o la nacionalidad –*domicile* en el caso del Reino Unido e Irlanda–, son los criterios que se utilizan a tales efectos, tratándose de asegurar con ellos que exista un vínculo real entre las personas involucradas en el litigio y el Estado miembro donde este litigio se plantea.

La residencia habitual, en la interpretación que ha hecho el TJCE en contextos ajenos a la normativa objeto de análisis, es el lugar donde la persona fija con carácter estable el centro permanente o habitual de sus intereses, debiéndose tener en cuenta para su determinación todos los elementos de hecho constitutivos<sup>13</sup>. Se trata de un criterio gene-

<sup>10</sup> El art. 4 dispone que el órgano jurisdiccional que resulte competente en virtud del art. 3 también será competente para conocer de la demanda reconvenicional, en la medida en que ésta entre en el ámbito de aplicación del Reglamento; y el art. 5 establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé.

<sup>11</sup> A. BORRÁS, Informe explicativo del Convenio, op.cit., pág. 37.

<sup>12</sup> El único y limitado papel que se otorga a la autonomía de la voluntad, tal como se señala en el Informe de A. BORRÁS, es el relativo a la posibilidad, en caso de demanda conjunta, de acudir a los tribunales correspondientes a la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, Informe explicativo del Convenio, op.cit., pág. 37.

<sup>13</sup> Vid. Informe A. BORRÁS, op.cit., pág. 38. En la aplicación que han hecho del Reglamento los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se ha tenido en cuenta esta forma de precisar el concepto de residencia habitual. Cabe destacar en este sentido la Resolución de la Cour d’Appel d’Aix-en-Provence de 18 de noviembre de 2004, donde fiel a la idea de que deben tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos, se desciende a detalles tales como si la mujer va a la peluquería en Inglaterra, si sigue llevando a los perros a los veterinarios ingleses... Todo ello para concluir después con un interpretación, que cabría considerar demasiado restrictiva, en base a la cual no podía considerarse que la residencia habitual de la mujer estuviera en Francia, ya que, a pesar de llevar residiendo más de un año en este país, tenía intención de volver a Inglaterra y no se daba por tanto el requisito de la estabilidad, nota de A. RICHEL-PONS, *Journal du droit international*, 2005, págs. 801 y ss. Esta decisión se confirmó posteriormente por la Cour de Cassation, 14 de diciembre de 2005, *International Litigation Procedure*, 2006, págs. 628 y ss.

ralmente bien acogido por la doctrina, que alude a que su carácter fáctico y flexible permite una interpretación autónoma del mismo<sup>14</sup>.

La nacionalidad ha sido un factor tradicionalmente importante en el ámbito del derecho de familia, y parece ser que por ello también se utiliza en este Reglamento<sup>15</sup>. Su concreción corresponde a cada uno de los Estados miembros, esto es, cada uno habrá de determinar quiénes son sus nacionales, así como los criterios que habrán de seguirse para resolver los supuestos de doble-nacionalidad<sup>16</sup>.

Pues bien, esta regulación de la competencia judicial internacional basada únicamente, como se ha visto, en los criterios de la residencia habitual y de la nacionalidad, está suscitando en la actualidad una serie de críticas de muy distinto tenor:

—En primer lugar, desde el ámbito doctrinal se cuestiona la adecuación al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, previsto en el art. 12 TCE, de los foros que recurren a este criterio. Numerosos autores consideran que el foro de la residencia habitual del demandante, unido al requisito de seis meses de duración si se es nacional del Estado miembro en cuestión, otorga un tratamiento privilegiado en función de la nacionalidad, dado que el plazo de residencia requerido en el caso de que no se sea nacional del Estado de residencia es de doce meses<sup>17</sup>. También se señala que el foro de la nacionalidad común de ambos cónyuges puede resultar discriminatorio frente a los matrimonios mixtos, que no van a disponer de esta posibilidad adicional a la hora de resolver su controversia matrimonial<sup>18</sup>. Aunque en este caso al menos las opiniones son discrepantes, ya que hay

<sup>14</sup> B. ANCEL, H. MUIR WATT, "La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II", op. cit., pág. 418; R. BARATTA, "Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia", op. cit., pág. 173; A. BONOMI, "Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori", op. cit., pág. 318; F. MOSCONI, "Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000", op. cit., pág. 385; G. PALAO MORENO, "Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes", op. cit., pág. 331; J.A. SEIJAS QUINTANA, "Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes", op. cit., pág. 108.

<sup>15</sup> H. GAUDEMET-TALLON, "Le Règlement N° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs", op. cit., pág. 393.

<sup>16</sup> Informe A. BORRÁS, op. cit., pág. 39. Debemos señalar no obstante que en el marco de la Propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 se ha planteado la necesidad de abordar esta cuestión. Así se señala en un documento sobre las actividades del Consejo de la Unión Europea, Council of the European Union, Press release, 2794th Council Meeting, Justice and Home Affairs, Luxembourg, 19-20 April 2007, 8364/0, (Presse 77), pág. 11.

<sup>17</sup> M. GÓMEZ JENE, "El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterios de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad", Diario La Ley, núm. 5321, 1 de junio de 2001, págs. 4-5; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", Anuario español de Derecho internacional privado, 2004, pág. 127; R. BARATTA, "Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia", op. cit., pág. 174; A. BONOMI, "Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori", op. cit., pág. 318; G. PALAO MORENO, "Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes", op. cit., pág. 334.

<sup>18</sup> M. GÓMEZ JENE, "El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterios de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad", op. cit., pág. 5; A. BONOMI, "Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori", op. cit., pág. 318; G. PALAO MORENO, "Las normas de competencia judicial

quien lo trata de justificar en base a que no se trata de situaciones equiparables, y a que los cónyuges de igual nacionalidad presentan una especial vinculación con su país, que hace que éste sea un criterio de atribución de competencia particularmente relevante en el ámbito del derecho de familia<sup>19</sup>.

—En segundo término, el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio<sup>20</sup>, que se publicó al objeto de plantear los términos de la reforma del Reglamento 2201/2003, pone de manifiesto que la lista de foros objetivos del art. 3 puede resultar en algunas ocasiones insuficiente:

Una de estas situaciones se daría cuando dos cónyuges nacionales de distintos Estados miembros y residentes en un tercer Estado miembro, donde mantienen su residencia una vez sobrevinida la crisis matrimonial, toman la decisión de divorciarse. La lista de foros alternativos del art. 3 se reduciría en este supuesto a una sola posibilidad: acudir a los tribunales del lugar de residencia. Ello resultaría problemático si, en virtud de las normas de conflicto de este Estado, la solución de la crisis matrimonial queda sometida a una legislación con la que los cónyuges no se sienten vinculados y que puede resultarles además muy restrictiva<sup>21</sup>. Como cabe observar, en este supuesto el problema se plantea en relación con las normas de competencia judicial internacional, pero también, y fundamentalmente, en relación con las normas de conflicto.

Otra situación problemática se daría en relación también con cónyuges nacionales de distintos Estados miembros, pero residentes en esta ocasión en un Estado no miembro, que desean divorciarse en la Unión Europea. Se encontrarían con que ninguno de los foros previstos en el art. 3 resulta operativo, y salvando la posibilidad de acudir a algún foro residual, con la necesidad de tener que acudir a los tribunales de un tercer Estado para obtener su divorcio<sup>22</sup>.

Estas situaciones problemáticas han llevado, como veremos, a que en la *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matri-*

internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes", op. cit., pág. 334.

<sup>19</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Relaciones e interacciones entre derecho comunitario, derecho internacional privado y derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", op. cit., pág. 127. A. BORRÁS también se pronuncia a favor del carácter no discriminatorio de este foro, "Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo (Bruselas II)", op. cit., pág. 373.

<sup>20</sup> Bruselas, 14.3.2005, COM (2005) 82 final.

<sup>21</sup> En el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio se ofrece el siguiente ejemplo: Una pareja sueco-finlandesa se traslada de Estocolmo a Dublín para trabajar, y una vez que están instalados en su nuevo país de residencia, deciden divorciarse. La pareja espera que el proceso de divorcio sea simple y rápido, teniendo en cuenta que así lo establece el derecho sueco y finlandés. Pero se encuentran con que sólo son competentes los tribunales irlandeses, que éstos aplican la legislación irlandesa como *lex fori*, y que con arreglo a esta legislación se requiere un período de separación de cuatro años para determinar la ruptura del matrimonio, op. cit., pág. 5.

<sup>22</sup> En el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio se ofrece el siguiente ejemplo: Una pareja germano-neerlandesa vive en un tercer Estado, donde su relación se deteriora hasta el punto de que la esposa toma la decisión de divorciarse. Ninguno de los foros previstos en el art. 3 es aplicable y tampoco resultarían operativos en este caso los foros residuales, por lo que el divorcio no puede plantearse ante los órganos jurisdiccionales de ningún Estado miembro, op. cit., pág. 5.

monial<sup>23</sup>, se plantee la posibilidad de introducir la prórroga de competencia como foro adicional. Las críticas doctrinales al posible carácter discriminatorio de alguno de los foros objetivos previstos no ha encontrado sin embargo respuesta por parte de las instituciones comunitarias.

## 2. En relación con la alternatividad de los foros

Los foros previstos en el art. 3 tienen entre sí una relación de alternatividad, lo que quiere decir que el demandante puede optar por cualquiera de ellos a la hora de presentar su demanda. Tal como se señala en el Informe de A. BORRÁS, con ello se ha tratado de ofrecer una solución flexible, adaptada a los intereses de los particulares y a las necesidades derivadas de su movilidad<sup>24</sup>.

El problema surge no obstante cuando esa alternatividad de los foros, destinada como se ha dicho a favorecer la posibilidad de acudir a los tribunales de un Estado miembro u otro<sup>25</sup>, se relaciona con la diversidad de normas de conflicto y con la diversidad de soluciones en materia de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, que presentan los Estados miembros. Las parejas se encuentran con que la solución final de su problema matrimonial puede variar considerablemente en función de si se plantea en un país u otro, lo cual es fuente de inseguridad jurídica y da lugar a que aparezca el *forum shopping*<sup>26</sup>.

Debe tenerse en cuenta, además, que el *forum shopping* se ve alentado en el marco del Reglamento 2201/2003 por dos factores. Una vez que conocen de la demanda los tribunales de un Estado miembro entra en juego la regla de litispendencia, que impide que conozcan los tribunales de otro Estado miembro –art. 19–. En el *Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio* se alude a esta circunstancia para señalar que puede desencadenar una carrera a los tribunales que resulte perjudicial para alguna de las partes<sup>27</sup>. A ello se añade que en el marco de este Reglamento no puede rechazarse el

<sup>23</sup> Bruselas, 17.7.2006, COM (2006) 399 final

<sup>24</sup> Informe A. BORRÁS, op.cit., pág. 43.

<sup>25</sup> Cabe señalar que los tribunales españoles pueden declararse ahora competentes en circunstancias en que no lo serían con arreglo a la LOPJ. A modo de ejemplo, S. ADROHER BIOSCA se refiere a dos Resoluciones de la Audiencia Provincial de Lérida, de 20 de mayo y 8 de septiembre de 2004, en las que se afirmó la competencia para divorciar a dos parejas de españoles residentes en Andorra, en supuestos que no eran de mutuo acuerdo, lo cual hubiera sido imposible con arreglo a la LOPJ. “La aplicación jurisprudencial del Bruselas II en España: del desconcierto al desafío”, op. cit., pág. 111.

<sup>26</sup> En el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio se ofrece el siguiente ejemplo: Un portugués y una italiana se casan en Italia. Tras la boda, el marido vuelve inmediatamente a Portugal y la esposa permanece en Italia. Al cabo de dos años deciden divorciarse, pudiendo hacerlo, con arreglo a la alternatividad de los foros del art. 3, en Italia o Portugal. Los órganos jurisdiccionales de estos dos Estados aplican, en primer lugar, la ley de la nacionalidad común de los cónyuges. Pero en su defecto, como es el caso, los tribunales italianos aplican la ley del Estado donde el matrimonio esté instalado con carácter principal, y los tribunales portugueses aplican la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges y, a falta de ésta, la ley con la que los cónyuges tienen una vinculación más estrecha. Esta divergencia de soluciones lleva a que los cónyuges tengan dificultades para anticipar cuál va a ser la legislación finalmente aplicable, op. cit., pág. 4.

<sup>27</sup> En el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio se ofrece el siguiente ejemplo: Una pareja polaca, casada desde hace veinte años, vive en Polonia con sus hijos. Pero el marido recibe una oferta interesante para trabajar en Finlandia durante dos años, donde marcha a vivir sin su esposa, que permanece en Polonia. Al cabo de un año el marido desea divorciarse y así se lo comunica a su esposa. Ante la fuerte oposición de la esposa, y considerando la posibilidad de que ésta pudiera dirigirse a los tribunales polacos, determinando la apertura de un proceso que según el derecho

reconocimiento en base a que el derecho del Estado requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial, basándose en los mismos hechos –art. 25–.

–En definitiva, que si la alternatividad de los foros en sí misma considerada puede resultar positiva, cuando se relaciona con la diversidad de normas de conflicto y de soluciones materiales conduce a la imprevisibilidad jurídica. La doctrina venía insistiendo desde hace tiempo en la conveniencia de unificar las normas de conflicto, para que así el derecho aplicable a la crisis matrimonial fuera el mismo con independencia de dónde se planteara el litigio<sup>28</sup>. Y las instituciones comunitarias también eran plenamente conscientes de esa necesidad, como tendremos oportunidad de comprobar en un epígrafe posterior<sup>29</sup>.

La *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial* da finalmente respuesta a esa demanda, al proponer, como se desprende de su propio título, la introducción de una serie de normas de conflicto uniformes.

## 3. En relación con la exclusividad de los foros

El art. 6 del Reglamento 2201/2003 se refiere al carácter exclusivo de los foros, estableciendo lo siguiente: “Un cónyuge que: a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su domicilio en el territorio de unos de estos dos Estados miembros, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5”.

En el Informe de A. BORRÁS se señala que con esa referencia al carácter exclusivo de los foros en materia matrimonial se quiere decir que conforman una lista exhaustiva y cerrada, esto es, que sólo pueden utilizarse dichos foros. El término exclusivo no debe entenderse por tanto tal como se usa en el Convenio de Bruselas –actualmente RBI–, ya que en el marco del Reglamento objeto de análisis no se ha establecido una estructura jerárquica que imponga un foro frente a los demás, sino que todos están situados en un plano de igualdad<sup>30</sup>.

El significado que quiere dársele al carácter exclusivo de los foros queda con ello claro, aunque entendemos que hubiera sido más conveniente recurrir a otro término para expresar esa misma idea<sup>31</sup>, teniendo en cuenta que todos estos Reglamentos forman parte

de este país sería largo y complicado, interpone demanda de divorcio ante los tribunales finlandeses, op. cit., pág. 6.

<sup>28</sup> A. BONOMI, “Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori”, op. cit., pág. 310; A. BORRÁS, “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo (Bruselas II)”, op. cit., pág. 373; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, op. cit., págs. 230-231; M. di FILIPPO, “Concepciones nacionales en materia de familia y Derecho internacional privado comunitario: breves notas sobre el Reglamento N. 2201/2003 y el ordenamiento italiano”, La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de Seminarios, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, págs. 202-203.

<sup>29</sup> Vid. infra epígrafe III.1.

<sup>30</sup> Informe A. BORRÁS, op.cit., pág. 37.

<sup>31</sup> En este sentido: H. GAUDEMET-TALLON, “Le Règlement N° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, op. cit., pág. 395; F. GARAU SOBRINO, “El ámbito de

del sistema comunitario de Derecho internacional privado, donde debe mantenerse una cierta coherencia interna. La confusión surge no obstante cuando el art. 6 se combina con el art. 7, referente a la competencia residual.

Dice el art. 7, en su aptdo. 1º, que *si de los arts. 3, 4 y 5 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*; y añade a continuación, en su aptdo. 2º, que *todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su domicilio en el territorio de uno de estos dos Estados*.

Pues bien, esa referencia que se hace en el aptdo. 1º a la posibilidad de invocar las normas nacionales de competencia, sin precisar de modo expreso el ámbito personal al que se refiere, ha originado bastante confusión. De hecho, en nuestra doctrina se ha interpretado de manera muy diversa<sup>32</sup>:

Con arreglo a una primera postura, el art. 7 permitiría concluir que el Reglamento se aplica en todo caso y con independencia de la nacionalidad o residencia habitual de los sujetos implicados. Primero habría que verificar si las normas del Reglamento atribuyen competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y, en su defecto, cabría acudir a las normas internas en la materia para verificar si con arreglo a ellas puede fundamentarse la competencia. El Reglamento se aplicaría en relación con los supuestos intracomunitarios y extracomunitarios, adquiriendo desde este punto de vista un carácter *erga omnes*<sup>33</sup>.

Conforme a una segunda propuesta interpretativa, el Reglamento se aplicaría únicamente cuando la persona requerida es nacional de un Estado miembro o tiene su residencia habitual en un Estado miembro, pudiendo acudir a las normas internas cuando no se verificase la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro con arreglo a las disposiciones del Reglamento. El art. 7, aptdo. 2º, se referiría a los supuestos que quedan fuera del ámbito personal del Reglamento, que son aquellos en los que el cónyuge requerido no es nacional de un Estado miembro ni tiene su residencia habitual en un Estado miembro, para señalar que se aplican los foros previstos a nivel interno y que puede valerse de ellos cualquier nacional de un Estado miembro que resida en el Estado miembro en cuestión<sup>34</sup>.

La tercera postura, que ha sido la más generalmente apoyada en nuestra doctrina, mantiene que en virtud del art. 6 el cónyuge nacional de un Estado miembro o residente habitual en un Estado miembro sólo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales

aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes", *El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), Colex, Madrid, 2004, pág. 401.

<sup>32</sup> Al respecto vid. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Reglamento 1347/2000: ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8)", *Diario La Ley*, nº 6112, de 22 de octubre de 2004, pág. 2.

<sup>33</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000", op. cit., págs. 232-233; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 6ª ed., Comares, Granada, 2005, pág. 88. Con posterioridad, como veremos, estos mismos autores han matizado su postura.

<sup>34</sup> F. GARAU SOBRINO, "El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes", op. cit., págs. 407-408.

de un Estado miembro en virtud de las normas de competencia judicial internacional previstas en el Reglamento. El art. 7 permitiría que el Reglamento también se aplicase en relación con los cónyuges que no sean nacionales ni residentes en un Estado miembro, con la peculiaridad, en este caso, de que si con arreglo a sus normas no resultasen competentes los tribunales de un Estado miembro, podría acudir subsidiariamente a las normas internas en la materia<sup>35</sup>.

Posteriormente ha surgido una matización a esta última postura, con arreglo a la cual un cónyuge nacional de un Estado miembro o residente en un Estado miembro sólo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los foros previstos en el Reglamento, pues así lo establece el art. 6<sup>36</sup>. Ello no impediría, en el caso de que con arreglo a dichas normas no se verificase la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro – lo cual ocurriría únicamente cuando se tratara de un nacional comunitario residente en un tercer Estado, pues en caso de tener la residencia habitual en un Estado miembro si habría un órgano competente con arreglo al Reglamento–, que pudiera ser requerido ante los órganos jurisdiccionales del país de su propia nacionalidad en virtud de los foros residuales previstos en la legislación interna, tal como permitiría el art. 7.1<sup>37</sup>.

En definitiva, si algo queda claro de toda esta disparidad de criterios es que el ámbito de aplicación personal del Reglamento debería clarificarse en cualquier futura reforma que se haga del mismo<sup>38</sup>. Hablamos de una cuestión básica, como es cuándo y con qué extensión se aplica el Reglamento, que no debería suscitar duda alguna<sup>39</sup>. Sin embargo, no parece que este problema preocupe en gran medida a las instituciones comunitarias.

<sup>35</sup> M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. La oscura redacción de sus artículos 7 y 8", *El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), Colex, Madrid, 2004, págs. 742 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 168-169; M. GÓMEZ JENE, "El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterios de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad", op. cit., pág. 3; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Reglamento 1347/2000: ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8)", op. cit., págs. 3-4; R. CARO GANDARA, "La naturaleza mutable de los foros de competencia del Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial y su incidencia en el control de oficio de la competencia", *La Unión Europea ante el Siglo XXI: los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2001, pág. 191. En este mismo sentido también se ha pronunciado en la doctrina extranjera B. ANCEL, H. MUIR WATT, "La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II", op. cit., págs. 419 y ss.

<sup>36</sup> Este matización debe relacionarse con el cambio de redacción que observamos que ha experimentado la versión española del art. 7, ahora 6. El art. 7 en el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, 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 decía en su parte final: "...sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en virtud de los arts. 2 a 6". El art. 6 del Reglamento (CE) núm. 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, dice sin embargo lo siguiente: "...sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los arts. 3, 4 y 5".

<sup>37</sup> A. BONOMI, "Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori", op. cit., págs. 330-331; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Comares, Granada, 2006, págs. 98-99.

<sup>38</sup> En este sentido, vid. M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. La oscura redacción de sus artículos 7 y 8", op. cit., págs. 770 y ss.

<sup>39</sup> Las dudas no sólo se suscitan a nivel doctrinal, pues ya se ha planteado al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: "El demandado en un asunto de divorcio no tiene su residencia habitual en el territorio de

El *Libro Verde sobre la legislación y la competencia en asuntos de divorcio* se plantea, únicamente, cuál es la situación en la que quedan los cónyuges nacionales de diferentes Estados miembros y residentes en un tercer Estado. Se pone de manifiesto que en estos supuestos no se cumpliría ninguno de los foros previstos en el Reglamento, y que resultaría imposible acudir a los tribunales de un Estado miembro si el derecho nacional del cónyuge demandado no prevé foro residual alguno<sup>40</sup>. Ello les obligaría a litigar en un tercer Estado, con el problema de que se obtendría una sentencia que después podría encontrar dificultades para su reconocimiento en los Estados miembros<sup>41</sup>.

Esta situación se quiere solucionar en la *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial*, por dos vías: una, tal como ya tuvimos ocasión de reflejar anteriormente, mediante la introducción de la prórroga de competencia para que los cónyuges puedan dirigirse voluntariamente a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro; otra, mediante la incorporación de una serie de foros residuales uniformes para los casos en que no se diera tal acuerdo de sumisión. Esperemos también que al hilo de esta reforma quede plenamente clarificado cuál ha de ser el ámbito de aplicación personal del Reglamento, y que se evite así tanta disparidad de criterios.

### III. REFERENCIA A LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA LEY APLICABLE

#### 1. La diversidad de normas de conflicto

La unificación de las normas de conflicto es importante, porque sirve para aportar seguridad jurídica a las relaciones internacionales. Cuando en los distintos países se dispone de un mismo sistema de normas de conflicto, resulta indiferente que conozcan los

un Estado miembro ni es nacional de un Estado miembro. ¿Puede conocer del asunto un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente con arreglo al artículo 3, aunque los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro puedan ser competentes si se aplica alguna de las reglas de competencia establecidas en dicho art. 3?», Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen (Suecia) el 12 de febrero de 2007 (Asunto C-68/07, Kerstin Sundelind Lopez c. Miquel Enrique Lopez Lizaso). Esta cuestión se ha resuelto recientemente –Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2007, DOUE C 22, de 26 de enero de 2008– señalando que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundamentar su competencia en el Derecho nacional si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al art. 3.

<sup>40</sup> En el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio se ofrece un ejemplo, al que ya tuvimos ocasión de referirnos anteriormente a propósito de los problemas que se plantean en relación con la objetividad de los foros: una pareja germano-neerlandesa vive en un tercer Estado desde hace muchos años, pero la relación se deteriora hasta el punto de que la esposa toma la decisión de divorciarse; en este momento se encuentra con que el Reglamento 2201/2003 no hace competente a ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, lo que le lleva a consultar las normas nacionales de competencia atendiendo a su carácter residual; sin embargo, no puede invocar las normas alemanas que harían competentes a los tribunales de este país, dado que el marido holandés sólo puede ser llevado antes estos tribunales en virtud de las disposiciones del Reglamento, y tampoco puede acudir a los tribunales holandeses porque este país no dispone de normas residuales de competencia, op. cit., pág. 5. Hemos citado este ejemplo nuevamente de forma más amplia, recogiendo su contenido completo, pues queda bastante clara cuál es la posición de las instituciones comunitarias sobre el ámbito de aplicación personal de las normas del Reglamento.

<sup>41</sup> Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, op. cit., pág. 5.

tribunales de un país u otro, dado que el derecho aplicable al fondo del asunto no variará. Con ello, como ha señalado la doctrina, se combate el *forum shopping*, se lucha por la armonía internacional de soluciones y se beneficia la previsibilidad del derecho material aplicable<sup>42</sup>.

Hasta ahora, sin embargo, a nivel comunitario sólo se había actuado en relación con esta materia de forma muy sectorial<sup>43</sup>. El protagonismo le correspondía de forma prácticamente exclusiva a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>44</sup>, que desde principios del siglo pasado ha venido elaborando numerosos convenios de unificación conflictual<sup>45</sup>.

En la actualidad, la situación está cambiando. El art. 65 TCE, tras la reforma que introdujo el Tratado de Ámsterdam, incorpora un listado de las materias que quedan comprendidas en el ámbito de la cooperación judicial civil, haciendo una expresa referencia a la necesidad de fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflicto de leyes. Y desde entonces, en todos los documentos destinados a planificar futuros trabajos se alude a esta cuestión.

El *Plan de Acción de Viena*, adoptado en 1998, se refirió a la necesidad de unificar las normas de conflicto en determinadas materias, haciendo una particular referencia al divorcio<sup>46</sup>. Después, el *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo* insistió en la conveniencia de unificar las normas de conflicto, como medida complementaria para la consecución del mencionado principio<sup>47</sup>. Y posteriormente, el *Programa de La Haya destinado a reforzar la libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea* volvió a hacer referencia a la necesidad de unificar las normas de conflicto, fijando un calendario concreto

<sup>42</sup> A. REMIRO BROTONS, "Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado", *Symbolae García Arias, Estudios de Derecho* editados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1973-74, pág. 633.

<sup>43</sup> El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales constituye sin duda la principal aportación. Se sintió la necesidad de proceder a su elaboración a raíz de que se aprobara el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, que establecía un sistema uniforme de normas de competencia judicial internacional, acompañado de un régimen muy favorable de reconocimiento y exequátur de resoluciones. Como cabe deducir, este mismo proceso es el que se está repitiendo ahora en relación con la regulación de la separación judicial y el divorcio.

<sup>44</sup> Al respecto vid. K. LIPSTEIN, "One Hundred Years of Hague Conferences on Private International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1993, págs. 553 y ss.; A.E. VON OVERBECK, "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1992-II, págs. 9 y ss.

<sup>45</sup> La materia matrimonial ha sido precisamente una de las más abordadas por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, habiéndose elaborado convenios sobre conflicto de leyes, conflictos de jurisdicción y eficacia extraterritorial de resoluciones, que a decir verdad no han tenido mucho éxito: Convenio de 12 de junio de 1902 sobre conflicto de leyes en materia de matrimonio; Convenio de 12 de junio de 1902 sobre conflicto de leyes y de jurisdicción en materia de divorcio y separación; Convenio de 17 de julio de 1905 sobre conflicto de leyes en materia de efectos del matrimonio sobre derechos y deberes de los cónyuges en sus relaciones personales y patrimoniales; Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones; Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales; Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios (Todos ellos pueden consultarse en <http://www.hcch.net>).

<sup>46</sup> Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, sécurité et de justice, Texte adopté par le Conseil de Justice et des Affaires Intérieures du 3 décembre 1998, DOCE núm. C 19, de 23 de enero de 1999.

<sup>47</sup> DOCE núm. C 12, de 15 de enero de 2001.

de objetivos en el que figuraba la presentación de un libro verde sobre normas de conflicto en materia de divorcio para 2005<sup>48</sup>.

Este Libro Verde, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos en repetidas ocasiones, se presentó efectivamente en el 2005. Su contenido pone de manifiesto las disfunciones que genera la actual regulación de la competencia judicial internacional, como ya se ha visto, y también las que se generan en torno a la ley aplicable donde cada Estado mantiene sus soluciones particulares<sup>49</sup>.

En un Anexo que acompaña al Libro Verde<sup>50</sup> se pone de manifiesto que los diferentes Estados miembros suelen adscribirse a dos grupos muy diferenciados a la hora de determinar la ley aplicable a la separación judicial y el divorcio<sup>51</sup>:

Un primer grupo de países, muy numeroso, comparte la característica de recurrir a un sistema jerarquizado de puntos de conexión para determinar la ley aplicable, aunque con variaciones en cuanto a los puntos de conexión que se utilizan. Suele darse prioridad a la nacionalidad común de los cónyuges o a la última nacionalidad común de los cónyuges si uno de ellos aún la conserva, acudiéndose, en su defecto, a la ley correspondiente a la residencia habitual común, o a la ley correspondiente a la última residencia habitual común si uno de los cónyuges aún reside allí o la *lex fori*<sup>52</sup>. Dentro de este primer grupo de países los hay también que conceden un cierto margen a la autonomía de la voluntad, como es el caso de España –art. 107 CC–<sup>53</sup>.

Un segundo grupo de países, también numeroso, opta sin embargo por aplicar directamente a la separación judicial y el divorcio la *lex fori*<sup>54</sup>. En el marco de este segundo grupo debe singularizarse el caso de Francia, que determina únicamente, en base a una norma de conflicto unilateral, cuando se aplica el derecho francés<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> DOUE, núm. C 53, de 3 de marzo de 2005. Esto mismo se refleja en el Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, seguridad y justicia en la UE, DOUE núm. C 198, de 12 de agosto de 2005.

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión se realizó además un estudio en profundidad por el T.M.C. Asser Instituut: "Study on the possible practical problems resulting from the non-harmonization of choice-of-law rules in divorce matters" ([http://www.asser.nl/ipt/categorieen/intro.asp?sub\\_categorie=29](http://www.asser.nl/ipt/categorieen/intro.asp?sub_categorie=29)).

<sup>50</sup> Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters (COM, 2005, 82 final), Bruselas, 14.3.2005, SEC (2005) 331.

<sup>51</sup> En relación con la ley aplicable a la nulidad del matrimonio, el Anexo al Libro Verde refleja que los diferentes Estados miembros suelen optar por la ley del lugar de celebración con respecto a posibles defectos de forma, y por la ley de la nacionalidad de ambos esposos con respecto a posibles defectos de capacidad, op. cit., pág. 9.

<sup>52</sup> El Anexo al Libro Verde sitúa en este primer grupo de países a Austria, Bélgica, Estonia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, España, República Checa, Polonia, Portugal, Eslovaquia y Eslovenia. En este mismo Anexo se recoge un cuadro con la jerarquía de conexiones que acoge cada uno de estos Estados miembros, op. cit., págs. 7-8 y 17-18.

<sup>53</sup> Para un análisis de este precepto, vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El divorcio internacional y el nuevo art. 107.2 del Código Civil", La Ley, 24 de mayo de 2004, págs. 1 y ss.; B. CAMPUZANO DÍAZ, "Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código Civil", El Derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales, A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dir.), Colex, Madrid, 2004, págs. 177 y ss.; P. DIAGO DIAGO, "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", El Derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales, A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dir.), Colex, Madrid, 2004, págs. 271 y ss.; M. GONZALO QUIROGA, "Las crisis matrimoniales en el DIPr español: novedades en la legislación", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2004, págs. 943 y ss.

<sup>54</sup> El Anexo al Libro Verde sitúa en este segundo grupo de países a Irlanda, Reino Unido, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Chipre y Letonia, op. cit., pág. 8.

<sup>55</sup> Según esta norma de conflicto, el derecho francés se aplica cuando ambos cónyuges son de nacionalidad francesa, o están domiciliados en Francia, o los tribunales franceses son competentes y ningún tribunal de otro Estado tiene competencia, Anexo al Libro Verde, op. cit., pág. 8.

Esta diversidad de normas de conflicto provoca que la solución final pueda variar considerablemente en función de donde se presenta la demanda, teniendo en cuenta que las soluciones materiales o de fondo de los Estados miembros en ocasiones son muy diferentes<sup>56</sup>. Anteriormente ya tuvimos ocasión de referirnos a este problema en relación con la alternatividad de los foros de competencia judicial internacional, poniendo de manifiesto que en la *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial*, se quiere introducir una serie de normas de conflicto uniformes para solucionarlo.

Esta reforma del derecho conflictual de los Estados miembros se quiere aprovechar además para introducir un sistema más flexible en la determinación del derecho aplicable, con el que se evite que los cónyuges puedan quedar sometidos a un ordenamiento que les resulta ajeno y que no responde a sus expectativas<sup>57</sup>.

## 2. La diversidad de soluciones materiales.

El proceso de integración europea no ha traído consigo una unificación o armonización general de los ordenamientos de los distintos Estados miembros. Se han desarrollado numerosas iniciativas armonizadoras de carácter sectorial, fundamentalmente en el ámbito del derecho patrimonial<sup>58</sup>. Pero con ellas no se ha eliminado la diversidad normativa de los Estados miembros, que permanece con carácter general.

En la actualidad asistimos no obstante a un desarrollo sin precedentes de los estudios de derecho comparado y a la búsqueda de principios comunes a los ordenamientos de los distintos Estados miembros. Se trata de iniciativas surgidas fundamentalmente en ámbitos académicos, y al margen por tanto de lo que son las instituciones comunitarias, pero que en algunos casos, como es el derecho de los contratos, sí están encontrado ya un cierto respaldo por parte de éstas<sup>59</sup>.

Precisamente, en el ámbito del derecho de familia deben destacarse los trabajos de la *Commission on European Family Law*<sup>60</sup>, que tienen como objetivo fundamental la elaboración de una serie de principios comunes sobre derecho de familia europeo, que pueden ser

<sup>56</sup> En el *Study on the possible practical problems resulting from the non-harmonization of choice of law rules in divorce matters* se pone de manifiesto que la inseguridad jurídica resultante de la diversidad de soluciones conflictuales se agrava teniendo en cuenta que algunas cuestiones, como es el caso de los alimentos, pueden estar asociadas a la ley aplicable al divorcio o la separación judicial, op. cit., págs. 9-10, 11.

<sup>57</sup> En el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio se ofrece el siguiente ejemplo: Una pareja italiana vive en Munich desde hace veinte años y se siente perfectamente integrada en la sociedad alemana. Cuando sus hijos se van de casa, la pareja decide divorciarse de mutuo acuerdo, deseando someterse a la legislación alemana, que es con la que se sienten más vinculados y que solamente requiere un año de separación en casos de divorcio de mutuo acuerdo, en lugar de los tres exigidos por la legislación italiana. Con arreglo al Reglamento 2201/2003 podrían dirigirse a los órganos jurisdiccionales de Alemania o Italia, pero con el problema de que estos dos países coinciden en aplicar el derecho correspondiente a la nacionalidad común de los cónyuges, quedando sometidos por tanto al derecho italiano, op. cit. pág. 4.

<sup>58</sup> Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, págs. 43 y ss.

<sup>59</sup> Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, "¿Hacia un derecho contractual europeo?", *Anuario de Derecho europeo*, Universidad de Sevilla, 2002, págs. 43 y ss.; ídem, "El plan de acción para un derecho contractual europeo más coherente", *Anuario mexicano de Derecho internacional*, IV-2004, págs. 289 y ss.

<sup>60</sup> La Página Web de esta Comisión es: <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl>.

útiles desde diversos puntos de vista: desde un punto de vista científico, al estar basados en un estudio comparado de los ordenamientos de los distintos Estados miembros; desde un punto de vista práctico, al constituir un modelo que pueden seguir los legisladores nacionales cuando legislen sobre la materia a la que los mismos se refieren; y desde el punto de vista de una hipotética armonización futura del derecho europeo, al constituir una base acordada y común de la que podrían arrancar los trabajos<sup>61</sup>.

Esta Comisión ya ha elaborado una serie de principios comunes en relación con la materia que ahora nos ocupa: los "Principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados"<sup>62</sup>. Aunque la posibilidad de que tales principios pudieran llegar a constituir la base de una futura armonización a nivel comunitario, resulta por el momento bastante remota.

Hay que tener en cuenta, por una parte, que no existe una base legal clara que justifique tal actuación. La comunitarización de la cooperación judicial en materia civil ha permitido un desarrollo sin precedentes de las normas de derecho internacional privado, y que éstas se extiendan al derecho de familia por medio, inicialmente, del ahora Reglamento 2201/2003, y en el futuro, por otros que están en vías de elaboración<sup>63</sup>. Pero se trata de normas referidas a situaciones jurídicas con repercusión transfronteriza, tal como se requiere en el art. 65 TCE, lo que no sería el caso de unas hipotéticas normas armonizadas del derecho de familia, que también podrían estar llamadas a proyectarse sobre situaciones meramente internas. Se añade que las normas de Derecho internacional privado se adecuan mejor a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, ya que tienen como objetivo fundamental la coordinación de los sistemas jurídicos en el respeto a sus diferencias<sup>64</sup>.

Hay que ser conscientes, por otra parte, de que los procesos de armonización o unificación jurídica siempre han tendido a centrarse en ámbitos relativos al derecho patrimonial, por considerarse que el derecho de familia, al estar relacionado con los valores sociales, morales y culturales de cada país, es más difícil, o incluso imposible, de unificar<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Sobre el origen de la Comisión, sus trabajos y sus fines, vid. K. BOELE-WOELKI, "The Principles of European Family Law: its Aims and Prospects", *Utrecht Law Review*, 2005, págs. 160 y ss.; ídem, "The Working Method of the Commission on European Family Law", *Common Core and Better Law in European Family Law*, K. BOELE-WOELKI (ed.), Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, págs. 15 y ss.

<sup>62</sup> Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, K. BOELE-WOELKI y otros, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004. Para un análisis de estos principios, vid. M. ROTH, "Future Divorce Law – two Types of Divorce", *Common Core and Better Law in European Family Law*, op. cit., págs. 41 y ss.; A. AGELL, "The Underlying Principles of Consensual Divorce", *Common Core and Better Law in European Family Law*, op. cit., págs. 59 y ss.; F. FERRAND, "Divorce and Spousal Agreements", *Common Core and Better Law in European Family Law*, op. cit., págs. 71 y ss.; B. VERSCHRAEGEN, "Comments on the Principles of European Family Law: Divorce and Maintenance between former Spouses", *Common Core and Better Law in European Family Law*, op. cit., págs. 135 y ss.

<sup>63</sup> Al respecto vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, "Los avances de la normativa comunitaria en el reconocimiento de las resoluciones judiciales en otros sectores del derecho de familia: régimen económico matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones", *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de Seminarios, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2005, págs. 159 y ss.

<sup>64</sup> Sobre la trascendencia de estos principios vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, op. cit., págs. 194 y ss.

<sup>65</sup> M. MATTEUCCI, "L'évolution en matière d'unification du droit", *Revue de droit comparé*, 1961, pág. 286.

Cierto es que los trabajos de la *Commission on European Family Law* han venido a cuestionar esta última consideración, al demostrar que es posible llegar a elaborar una serie de principios comunes. Pero debe reconocerse que se trata de meras propuestas doctrinales, fruto de la reflexión científica de un grupo de expertos, cuya elaboración se ha visto probablemente facilitada por la libertad que se siente cuando no se ejerce una representación estatal, ni se trabaja con el ánimo de crear normas que habrán de ser jurídicamente vinculantes.

En definitiva, cabe concluir señalando que la diversidad normativa que presentan los Estados miembros en materia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, no tiene perspectivas de cambiar a corto o medio plazo<sup>66</sup>. Los inconvenientes que ello suscita, en términos de inseguridad jurídica o de falta de previsibilidad de soluciones, habrán de paliarse por tanto corrigiendo las disfunciones que actualmente generan las normas de Derecho internacional privado.

Se da además la circunstancia de que tales inconvenientes pueden resultar en ocasiones graves, teniendo en cuenta las diferencias tan acusadas que se observan entre algunos Estados miembros. El Anexo que acompaña al *Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio*, recoge una pequeña síntesis que resulta muy ilustrativa a este respecto<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> En el Programa de La Haya destinado a reforzar la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea se alude a que los instrumentos que están en curso de elaboración en el ámbito del derecho de familia deben centrarse en los aspectos de Derecho internacional privado, sin entrar en cuestiones de armonización material a menos que ello resultare necesario como medida de acompañamiento para favorecer el principio de reconocimiento mutuo, op. cit. pág. 13. En el marco de la Propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 el Consejo de la Unión Europea también se ha referido a esta cuestión, señalando que deben respetarse las tradiciones en materia de derecho de familia de los Estados miembros, Council of the European Union, Press release, 2794th Council Meeting, Justice and Home Affairs, Luxembourg, 19-20 April 2007, op. cit. págs. 10-11.

<sup>67</sup> Divorcio: En lo que al divorcio se refiere, se observa que todos los Estados miembros lo admiten, con la excepción de Malta, aunque presentando divergencias en cuanto a las causas por las que se puede solicitar y en cuanto al procedimiento que se debe seguir:

El divorcio por mutuo consentimiento de los esposos es causa autónoma de divorcio en algunos Estados miembros, mientras que en otros sólo es un medio para determinar la ruptura irreparable del matrimonio. Pero se da la circunstancia de que para poder solicitar este divorcio por mutuo consentimiento suele requerirse un período previo de separación, que puede variar de seis meses en Dinamarca a tres años en Luxemburgo.

La mayoría de los Estados permite el divorcio ante el fracaso o ruptura irreparable del matrimonio –"irreparable breakdown of the marriage"–. De hecho, en muchos de ellos es la única causa de divorcio. Pero las divergencias aparecen en cuanto al modo de determinar que se ha producido dicho fracaso o ruptura, pudiendo requerirse en los diferentes Estados miembros un período previo de separación, una duración mínima del matrimonio, un acuerdo por escrito sobre el ejercicio de la responsabilidad parental... Señalaremos, a modo de ejemplo, que siendo éste el único motivo de divorcio previsto en Alemania y el Reino Unido, se requiere un período previo de separación de tres y cinco años respectivamente, reduciéndose, en el caso de acuerdo entre los cónyuges, a uno y dos años respectivamente.

Algunos Estados coinciden en contemplar la falta como causa autónoma de divorcio, pero divergen sin embargo en cuanto al modo de tratarla. A modo de ejemplo, mientras que en el derecho belga se hace una enumeración de cuáles son las faltas que justifican el divorcio (adulterio, violencia, abusos o graves ofensas hacia el cónyuge –arts. 229 y 231 Código Civil belga–), en el derecho francés se presenta de modo más abierto, aludiendo a hechos que supongan un grave incumplimiento de las obligaciones conyugales que hagan que la vida marital resulte intolerable (art. 242 Código Civil francés) (*European Family Law in Action*, Volume I: Grounds for Divorce, op. cit., págs. 337 y ss.).

La separación fáctica de los cónyuges también está presente como causa de divorcio en los ordenamientos de diversos Estados miembros, pero dándose la circunstancia de que el período de tiempo requerido puede variar considerablemente de un país a otro. A modo de ejemplo, mientras en Lituania se requiere

#### IV. LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO 2201/2003.

##### 1. Introducción

Tras la presentación del *Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio* se abrió un proceso de consulta a todos los sectores interesados, sobre la necesidad de introducir ciertos cambios en el Reglamento 2201/2003<sup>68</sup>. En dicho proceso de consulta se recibieron numerosas aportaciones de muy diferentes sectores: gobiernos, asociaciones de juristas, despachos de abogados, profesores universitarios...<sup>69</sup>. También participaron las instituciones comunitarias, concretamente, el Comité Económico y Social, que emitió un Dictamen sobre el Libro Verde<sup>70</sup>, y la Comisión, que presentó un estudio de impacto donde se determinan los problemas que origina la normativa actual y cuáles deben ser los objetivos de política legislativa que guíen su reforma<sup>71</sup>.

un año de separación, en Chipre se requieren cinco. En Irlanda es el único motivo de divorcio, exigiéndose cuatro años de separación, y además, que quede acreditado que no hay posibilidad alguna de reconciliación entre los cónyuges y que se han tomado las disposiciones necesarias con respecto a los hijos y al mantenimiento del cónyuge.

Junto a los Estados que contemplan una u otra de estas causas de divorcio, con las divergencias que hemos tenido ocasión de ejemplificar, se encuentran otros más liberales que no requieren motivo o causa alguna. Dentro de este grupo se encuentran Suecia y Finlandia, donde sólo se requiere un período de reflexión de seis meses, que ni siquiera es necesario en el caso de Suecia cuando los cónyuges están de acuerdo y no tienen la custodia de niños menores de 16 años. En este grupo tan liberal debe situarse también a España, tras la reforma que se ha introducido mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

Separación judicial: La diferencia fundamental que se observa entre los distintos Estados miembros es que hay un grupo de Estados donde sí se contempla esta posibilidad, mientras que otros por el contrario no está prevista.

Nulidad: La nulidad sí es común a todos los Estados miembros, con la excepción de Suecia y Finlandia, aunque observándose divergencias en cuanto al momento a partir del cual produce efectos –*ex tunc* o *ex nunc*–, y en cuanto a la autoridad ante la que puede solicitarse, por estar previsto en algunos Estados, entre ellos el nuestro, que pueda acudir a tribunales canónicos (Anexo al Libro Verde, op. cit., págs. 4 y ss).

Para un análisis más amplio de las diferencias existentes a nivel interno en lo que se refiere particularmente al divorcio, vid. "Questionnaire concerning the law applicable to divorce (Rome III) – Compilation of the replies of the delegations", Bruselas, 5 de junio de 2000, JUSTCIV 67; European Family Law in Action, Volume 1: Grounds for Divorce, K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT, I. SUMNER (eds.), Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2003.

<sup>68</sup> En el Libro Verde se plantearon diversas opciones: mantener el *Statu quo*; armonizar las normas de conflicto de leyes; ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir la legislación aplicable; revisar los criterios de competencia enumerados en el art. 3 del Reglamento 2201/2003; revisar la norma de competencia residual del art. 7 del Reglamento 2201/2003; ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente; introducir la posibilidad de remitir un asunto; o combinar diversas soluciones (op. cit., págs. 6 y ss.).

<sup>69</sup> Todas estas respuestas se pueden consultar en la siguiente dirección de Internet: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_public\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm).

<sup>70</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio", DOUE núm. C 24, de 31 de enero de 2006.

<sup>71</sup> Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen: Evaluación de impacto para la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Bruselas, 17.7.2006, SEC (2006) 950. El estudio completo, "Study to Inform a Subsequent Impact Assessment on the Commission Proposal on Jurisdiction and Applicable Law in Divorce Matters", se puede consultar a través de Internet: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_public\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm).

En general, todas esas aportaciones coincidieron en que era conveniente, o cuanto menos admisible, que se introdujeran ciertos cambios en el Reglamento 2201/2003. La *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial*<sup>72</sup> viene a responder a esa demanda.

##### 2. Referencia a las modificaciones propuestas en relación con las normas de competencia judicial internacional.

###### 2.1. La prórroga de competencia

En la Propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 se mantiene el art. 3 tal cual, esto es, con su misma lista de foros alternativos. Pero ahora, a estos foros se le añade además, en el art. 3.bis, la posibilidad de que sean las propias partes las que determinen de mutuo acuerdo el tribunal competente. Dice este precepto lo siguiente: "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 que: a) se aplique cualquiera de los criterios de competencia enumerados en el art. 3; b) ese Estado haya sido el lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges durante un período mínimo de tres años, o c) uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga su domicilio en el territorio de uno de estos dos Estados miembros. 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"<sup>73</sup>.

Varios son los comentarios que nos sugiere este precepto:

En primer lugar, debe reseñarse que esta norma introduce una asimetría de soluciones en el marco del Reglamento, dado que la regulación de la competencia judicial internacional en materia de nulidad matrimonial se asociaba con la de la separación y el divorcio, quedando ahora sin embargo excluida de este art. 3bis. Tal asimetría se va a prolongar en materia de ley aplicable, pues las normas de conflicto que se proponen también se refieren únicamente a la separación y el divorcio (arts. 20bis y 20ter). La diferenciación se trata de justificar en la propia Propuesta de Reglamento, señalando, en relación con la competencia judicial internacional, que se considera inapropiado extender la prórroga de competencia a los supuestos de nulidad; y en relación con la ley aplicable, que la mayor parte de los interesados no está a favor de que se apliquen estas normas por tratarse de una cuestión estrechamente vinculada a la validez del matrimonio, que se somete generalmente a la *lex loci celebrationis* o a la ley de la nacionalidad de los cónyuges<sup>74</sup>. Esta última consideración resulta particularmente difícil de entender, ya que si uno de los motivos esgrimidos para la

<sup>72</sup> Bruselas, 17 de julio de 2006, COM(2006) 399 final. Sobre esta Propuesta de Reglamento, el Comité Económico y Social Europeo ha emitido un nuevo Dictamen (SOC/253, Ley aplicable en materia matrimonial, 13 de diciembre de 2006).

<sup>73</sup> La propuesta de incorporación de este artículo se acompaña de una propuesta para la modificación de los arts. 4, 5 y 12, de modo que la referencia que ahora hacen al art. 3 se sustituya por una referencia a los arts. 3 y 3 bis.

<sup>74</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, op. cit., págs. 9-10.

reforma ha sido que la alternatividad de los foros del art. 3 exige normas de conflicto uniformes, no se entiende por qué no se extienden también a la nulidad matrimonial.

En segundo término, la posible prórroga de competencia en este sector material ha sido una cuestión tradicionalmente discutida, como se desprende de las consideraciones que ahora se realizan únicamente con respecto a la nulidad matrimonial. En nuestra doctrina algunos autores han mantenido, a propósito de la LOPJ, que el papel de la autonomía de la voluntad debía limitarse a los términos restrictivos con que se contempla en el aptdo. 3º del art. 22 LOPJ, sin que pudiera extenderse a esta materia el foro de la sumisión previsto con carácter general en el aptdo. 2º del mismo precepto. Sin embargo, con el tiempo parece haberse consolidado la opinión de que tal limitación no tiene razón de ser, teniendo en cuenta que no estamos ante una materia necesitada de foros de protección, ni que pueda considerarse indisponible vista la liberalización que experimenta en los diferentes derechos nacionales<sup>75</sup>.

En relación con el Reglamento 2201/2003 parece haberse producido una evolución similar. El Informe de A. BORRÁS señalaba en su día, a propósito del foro que permite acudir en caso de demanda conjunta a los tribunales del lugar de residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, que éste es el único y limitado papel que se concede a la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta que esta normativa se aplica a litigios referidos a la materia matrimonial<sup>76</sup>. Sin embargo, ahora se quiere introducir el foro de la prórroga de competencia, aunque exigiendo, eso sí, que exista una vinculación sustancial entre los cónyuges y el Estado miembro a cuyos órganos jurisdiccionales se someten, en el sentido que se establece en el propio art. 3 bis<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 4ª ed., Comares, Granada, 2003, pág. 146; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000", op. cit., pág. 230.

<sup>76</sup> Informe A. BORRÁS, op.cit., pág. 38.

<sup>77</sup> El aptdo. a) fija como requisito que se aplique cualquiera de los criterios de competencia enumerados en el art. 3. A primera vista no se entiende bien el sentido de este apartado, ya que si la prórroga de competencia viene a sumarse a los foros alternativos del art. 3, ¿qué sentido tiene llegar a un acuerdo para atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro, que ya lo son? Cabe imaginar no obstante que quisiera concluirse este acuerdo antes de que surgiera el litigio, para que así quedara fijado de antemano el tribunal que conocería de cualquier posible crisis matrimonial; o cabe pensar también que se concluyera el acuerdo para atribuir competencia a un concreto tribunal dentro de un Estado miembro, tal como parece permitir el art. 3 bis.

El art. b) se refiere a que ese Estado haya sido el lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges durante un período mínimo de tres años. Pues bien, la valoración de este apartado entendemos que puede variar en función de cuál sea la situación que se contemple, teniendo en cuenta que esta norma parece estar llamada a proyectarse en relación con supuestos vinculados y no vinculados al ámbito comunitario. Así, a modo de ejemplo, si se trata de cónyuges nacionales de terceros Estados que ya no residen en el ámbito intracomunitario, parece justificado que si quieren llevar la solución de su litigio al ámbito intracomunitario se les exija tres años al menos de residencia habitual en el Estado de su elección; pero si se trata de cónyuges nacionales o residentes en el ámbito intracomunitario resulta difícil de entender que se les exija un acuerdo y residencia de tres años de duración, cuando al foro de la residencia habitual del demandante sólo se le exige un año o seis meses si se es nacional del Estado en cuestión.

El aptdo. c) alude a que uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga su domicilio en el territorio de uno de estos dos Estados miembros. Este apartado permite a los cónyuges de diferente nacionalidad someterse a los tribunales de cualquiera de ellos y es el que entendemos que mejor responde a los objetivos de flexibilidad y accesibilidad a los tribunales que se esgrimieron para justificar la reforma.

En tercer lugar, los motivos que se esgrimieron durante el proceso preparatorio de la propuesta de reforma en favor de la prórroga de competencia aludían a la necesidad de flexibilidad y de accesibilidad a los tribunales, en relación particularmente con los matrimonios de diferente nacionalidad que no disponen del foro de la nacionalidad común. La inclusión de la prórroga de competencia colma efectivamente tales necesidades, si bien debe reconocerse que se hubieran visto igualmente satisfechas en su defecto, gracias a otras modificaciones que se recogen en la propuesta de reforma: la flexibilidad, en virtud de la posibilidad que se contempla de elección de ley aplicable; y la accesibilidad a los tribunales de un Estado miembro, en virtud de los foros residuales uniformes que se proponen para los casos en que residan en un tercer Estado<sup>78</sup>.

Por último, el art. 3.bis establece los requisitos formales del acuerdo atributivo de competencia, señalando que deberá formularse por escrito y que ambos cónyuges deberán firmarlo a más tardar en el momento en el que se acuda al órgano jurisdiccional. Con estas cautelas formales, que excluyen cualquier posibilidad de un acuerdo tácito<sup>79</sup>, pretende evitarse que una de las partes pueda verse impuesto un acuerdo contra su voluntad<sup>80</sup>.

## 2.2. La incorporación de foros residuales

En materia de competencia judicial internacional también se propuso la supresión del art. 6, referente al carácter exclusivo de los foros, y la modificación del art. 7, relativo a la competencia residual.

La supresión del art. 6 se justifica en la Propuesta de reforma, aludiendo a que de los arts. 3, 4 y 5 ya se deducen las circunstancias en que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen competencia exclusiva con respecto a cónyuges que sean nacionales de un Estado miembro o tengan su residencia habitual en un Estado miembro<sup>81</sup>.

Por otra parte, la nueva redacción que se propone para el art. 7 dice lo siguiente: "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 o de Irlanda, no tengan su domicilio en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en virtud del hecho de que: a) Los cónyuges hayan tenido su residencia habitual previa común en el territorio de ese Estado miembro durante un período mínimo de tres años, o b) uno de los cónyuges sea nacional de ese Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su domicilio en el territorio de uno de estos dos Estados miembros". Como se señala en la información que acompaña a la propuesta de reforma, con este precepto se introduce una norma uniforme y exhaustiva sobre competencia residual, que viene a sustituir a las normas nacionales sobre competen-

<sup>78</sup> Vid. *infra*, epígrafe IV.2.2.

<sup>79</sup> F. SALERNO, "I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pág. 77.

<sup>80</sup> El Consejo, en su Sesión de 19-20 abril de 2007, se refirió de hecho a la necesidad de fijar cuidadosamente los requisitos formales para que no resultara perjudicado el esposo más débil, tanto a propósito de la designación del tribunal competente como de la ley aplicable (Council of the European Union, Press Release, 2794th Council Meeting, Justice and Home Affairs, Luxembourg, 19-20 April 2007, op. cit., pág. 9).

<sup>81</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, op. cit., pág. 9.

cia residual, garantizando el acceso a los tribunales de los cónyuges que residen en terceros Estados pero que mantienen sólidos vínculos con un determinado Estado miembro<sup>82</sup>.

Varias consideraciones pueden hacerse:

En primer lugar, en la Propuesta se indica que el alcance de esta norma residual se corresponde con la norma de competencia prevista en el art. 3, por lo que se aplica al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial<sup>83</sup>. Nos vamos a encontrar por tanto, en el caso de que prospere esta reforma, con que el ámbito de aplicación de las diferentes disposiciones del Reglamento va cambiando sucesivamente, lo cual complicará lógicamente su manejo.

En segundo término, llama la atención la referencia que se hace a que la propuesta introduce una norma uniforme y exhaustiva sobre competencia residual, que viene a sustituir a las normas nacionales sobre competencia residual. Hasta ahora estábamos acostumbrados a que se produjera un desplazamiento de las normas de nuestro sistema autónomo en favor de las normas de origen comunitario en el plano del derecho aplicable, debido a su carácter *erga omnes*. Pero esta Propuesta de reforma parece que puede provocar un efecto similar en el plano de la competencia judicial internacional, quedando sin posibilidades de aplicación nuestras disposiciones de la LOPJ<sup>84</sup>.

En tercer lugar, si la reforma de los arts. 6 y 7 era muy esperada para que por fin quedara claro cuál es el ámbito de aplicación personal de las normas de competencia previstas en el Reglamento, hemos de señalar que la Propuesta nos sigue suscitando cuestiones. Sirvan como muestra las siguientes:

Señalábamos anteriormente, a propósito del art. 6, que el carácter exclusivo de los foros debe entenderse en el sentido de que un cónyuge nacional o residente en un Estado miembro sólo puede ser requerido ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de los foros previstos en el Reglamento<sup>85</sup>. Ahora este precepto se suprime aludiendo, como se ha visto, a que tal circunstancia ya se deduce de los arts. 3, 4 y 5. Sin embargo, el art. 7 se refiere a una serie de foros residuales que se aplican cuando ninguno de los cónyuges sea residente en un Estado miembro, y también, cuando no sean ambos nacionales de un mismo Estado miembro. Cabe entender entonces que el nacional comunitario si puede ser requerido ante los tribunales de un Estado miembro en virtud de estos foros residuales. Como se da además la circunstancia de que se alude a los tribunales de los que sea nacional alguno de los cónyuges, el resultado puede ser que se aplique el foro de la nacionalidad del demandante frente a nacionales comunitarios residentes en terceros Estados. No creemos que éste pueda ser el resultado pretendido, por lo que la norma debería ser más clara.

Por otra parte, en los foros de competencia residual se exigen los mismos factores de vinculación con un determinado Estado miembro, que los que están previstos para el ejercicio de la prórroga de competencia. Los cónyuges que no residan en un Estado miembro

<sup>82</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, op. cit., pág. 9.

<sup>83</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, op. cit., pág. 10.

<sup>84</sup> En este mismo sentido se pronuncia F. SALERNO, "I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale", op. cit., pág. 71.

<sup>85</sup> Vid. supra epígrafe II.3.

y que no sean nacionales de un mismo Estado miembro se encuentran con que pueden ser llevados ante los tribunales del Estado miembro donde hayan tenido su residencia habitual previa común durante un período de tres años, o ante los tribunales del Estado miembro de donde unos de ellos es nacional, tanto si se ponen de acuerdo con el otro cónyuges, en virtud del art. 3.bis, como si no se ponen de acuerdo, en virtud del art. 7. Ello, entendemos, permite concluir que la prórroga de competencia donde adquiere verdaderamente su sentido es en relación con los supuestos vinculados al ámbito intracomunitario.

### 3. Análisis de las modificaciones propuestas en materia de ley aplicable

La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 tiene su origen en la inseguridad jurídica resultante de la combinación de una serie amplia de foros alternativos con la diversidad de normas de conflicto y de soluciones materiales de los Estados miembros. Ciertamente es que la reflexión suscitada en torno a esta normativa puso de manifiesto una serie de disfunciones en el ámbito de la competencia judicial internacional, que ahora también se quieren solventar dando a la reforma un calado más profundo. Pero el objetivo inicial, como se ha dicho, era la incorporación de normas de conflicto uniformes a todos los Estados miembros.

En respuesta a ello se propone ahora la incorporación de un Capítulo IIbis, que se sitúa a continuación de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional, donde se recogen normas de conflicto para determinar la ley aplicable a la separación judicial y el divorcio. Este Capítulo se compone de una regla principal, que consagra la autonomía de la voluntad conflictual (art. 20 bis); de una regla de aplicación subsidiaria, que determina la ley aplicable en defecto de elección (art. 20 ter); de un precepto sobre la aplicación de la ley extranjera (art. 20 quater)<sup>86</sup>; y de los habituales preceptos en cualquier instrumento de unificación conflictual sobre exclusión del reenvío (art. 20 quinquies) y tratamiento restrictivo de la cláusula de orden público (art. 20 sexies). No se hace una referencia expresa al carácter universal o *erga omnes* de estas disposiciones, lo cual debería

<sup>86</sup> Uno de los aspectos que se ha puesto de manifiesto durante el proceso de elaboración de la propuesta de reforma ha sido el referente a las dificultades que suscita la posible aplicación de un derecho extranjero en juicio, así como la resistencia que esta idea puede generar en aquellos países acostumbrados a aplicar la *lex fori* (vid. Study on the possible practical problems resulting from the non-harmonization of choice-of-law rules in divorce matters, op. cit., págs. 13, 17, 28). La propuesta de reforma presenta, como interesante novedad, una referencia a la utilidad que puede tener la Red Judicial Europea a efectos de conocer el contenido del derecho extranjero: "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" (art. 20 quater). Esta Red se creó en virtud de una Decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001 (DOCE núm. L 174, de 27 de junio de 2001), fijándose, como uno de sus objetivos, el que se encargara de facilitar información sobre diversos aspectos de los ordenamientos de los distintos Estados miembros a fin de mejorar la cooperación judicial en materia civil (Se puede acceder a esta información a través de la siguiente página web: [http://ec.europa.eu/civiljustice/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm)). Pues bien, esta referencia a un instrumento de tan fácil manejo puede ayudar a vencer en cierta medida la resistencia que existe a tener que aplicar un derecho extranjero. Además, resulta especialmente interesante y novedosa en un país como el nuestro, donde la actuación judicial de cara a la aplicación del derecho extranjero se configura con carácter auxiliar a la actuación de los particulares, ya que puede permitir que los jueces jueguen un papel más activo. En este mismo sentido se pronuncia J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, "Hacia un Derecho internacional privado uniforme de la Unión Europea sobre separación y divorcio", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, en prensa.

corregirse para evitar cualquier género de dudas teniendo en cuenta ésta es la intención del legislador comunitario<sup>87</sup>.

### 3.1. La autonomía de la voluntad conflictual

El art. 20bis de la Propuesta de reforma dispone lo siguiente: "Los cónyuges podrán designar de común acuerdo la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Los cónyuges podrán designar una de las siguientes leyes: a) La ley del Estado de su última residencia habitual común, en la medida en que uno de ellos aún residu allí; b) La ley del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio de uno de los cónyuges; c) La ley del Estado en el que los cónyuges hayan residido durante al menos cinco años; d) 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 que se acuda al órgano jurisdiccional".

Esta norma viene a consagrar una autonomía de la voluntad conflictual limitada, en el sentido de que permite a los cónyuges elegir la ley aplicable a su separación judicial o divorcio, pero siempre que se trate de una ley con la que mantengan alguna vinculación en el sentido que se establece en este mismo precepto. Vamos a reflejar a continuación los comentarios que nos sugiere, al igual que hemos hecho en relación con los preceptos anteriores:

En primer lugar, esta disposición da respuesta a varios de los de los objetivos de política legislativa que persigue la reforma: por una parte, seguridad y predictibilidad, en cuanto que los cónyuges van a quedar sujetos al ordenamiento que ellos mismos determinan; y por otra, flexibilidad, en cuanto que se elimina la posibilidad de que los cónyuges queden forzosamente sujetos a un ordenamiento con el que no se sienten vinculados<sup>88</sup>.

En segundo término, debe reconocerse que esta propuesta normativa sintoniza con las tendencias más actuales en la materia. Cabe reseñar que el Grupo Europeo de Derecho internacional privado venía defendiendo, desde hace tiempo, el reconocimiento de una autonomía de la voluntad conflictual limitada a una serie de leyes<sup>89</sup>. A lo que se añade que en las modificaciones normativas que más recientemente se han producido en algunos Estados miembros también se ha reconocido un cierto papel a la autonomía de la voluntad<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Así se señala en el comentario que se hace a propósito del art. 20 quater relativo a la aplicación de la ley extranjera, Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, op. cit., pág. 10.

<sup>88</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, op. cit., pág. 4.

<sup>89</sup> En su 13 Sesión, celebrada en Viena, 19-21 de septiembre de 2003, se formuló una propuesta de normas sobre ley aplicable al divorcio y la separación judicial, donde se contempla la elección de ley de forma similar a como ahora figura en la Propuesta de reforma del Reglamento (Se puede consultar a través de la siguiente dirección de Internet: <http://www.gedip-egpi.eu/>)

<sup>90</sup> Sobre la penetración de la autonomía de la voluntad en el sector del derecho matrimonial, con carácter general, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado, Comares, Granada, 2000, págs. 40 y ss. Sobre su reciente introducción en la nueva Ley belga de Derecho internacional privado, vid. C. BARBÉ, Le nouveau droit international privé belge, Journal des Tribunaux, 12 mars 2005, págs. 188 y ss.; J.Y. CARLIER, "Le Code belge de droit international

Las razones para ello parecen estar en las ventajas que tal posibilidad comporta. El Gobierno español, en sus respuestas a las preguntas que se formulaban en el *Libro Verde sobre la legislación y la competencia en asuntos de divorcio*, señaló que la autonomía de la voluntad conflictual funciona de modo inmejorable en los casos de divorcio de mutuo acuerdo, y que es un criterio moderno que otorga seguridad jurídica y que permite elegir la ley cuyo contenido resulta más adecuado para los cónyuges, que son los auténticos y verdaderos protagonistas en los procesos de separación judicial y divorcio<sup>91</sup>. En nuestra doctrina se añade que la autonomía de la voluntad conflictual permite a los cónyuges optar por aplicar la ley del país de acogida, en los casos que hayan optado por los patrones de vida del Estado receptor, o la ley del país de origen, en los casos que deseen conservar las tradiciones jurídicas de su país, siendo por tanto un punto de conexión que conecta bien con la multiculturalidad<sup>92</sup>.

En tercer lugar, no se permite, como se ha visto, una autonomía de la voluntad conflictual ilimitada, sino que ha de escogerse una ley que presente cierta vinculación con los cónyuges, a fin de evitar que éstos puedan someterse a "leyes exóticas"<sup>93</sup>. Todas las leyes previstas pivotan sobre la residencia habitual o la nacionalidad de las partes, salvo la referencia que se hace en el aptdo. d) a la ley del Estado miembro donde se presenta la solicitud. Con ello cabría entender que se pretende facilitar a las partes la coincidencia *forum-ius* y que éstas puedan evitar así posibles problemas derivados de la aplicación de un derecho extranjero.

Por último, el acuerdo de elección de ley se rodea de las mismas garantías que el pacto de sumisión expresa, para que no pueda verse vulnerado el cónyuge más débil. Aunque convendría que la redacción de este precepto se adaptara a lo que es propiamente una cláusula de elección de ley aplicable, y que se evitara el realizar una mera copia del precepto relativo al convenio atributivo de competencia<sup>94</sup>.

privé", *Revue critique de droit international privé*, 2005, pág. 24. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad conflictual está también en el origen de la última reforma del art. 107 de nuestro Código Civil. El Defensor del Pueblo presentó una "Recomendación para que se modifique el artículo 107 del Código Civil, con objeto de que los ciudadanos extranjeros residentes legales en nuestro país puedan elegir entre el derecho español o su derecho nacional a la hora de separarse o divorciarse" (Informe Anual del Defensor del Pueblo, 2002, págs. 1122-1124, que puede consultarse en la siguiente Página Web: <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp>). Aunque la reforma finalmente aprobada se limitó a establecer que se aplicará el derecho español 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. Para un análisis de este precepto véanse los trabajos citados, supra, nota 53.

<sup>91</sup> Contestaciones del Ministerio de Justicia español al Libro Verde sobre la ley aplicable y la competencia en asuntos de divorcio: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_public\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm), pág. 2.

<sup>92</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Crisis matrimoniales, Derecho internacional privado, Vol. II, op. cit., pág. 157. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado, op. cit., pág. 66; E. ZABALO ESCUDERO, "Armonización del derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo", La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de Seminarios, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, págs. 194-195.

<sup>93</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, op. cit., pág. 4.

<sup>94</sup> Vid. supra nota 80.

### 3.2. Ley aplicable en defecto de elección

El art. 20ter de la Propuesta de reforma, que determina la ley aplicable en defecto de elección, dispone lo siguiente: "A falta de elección según lo establecido en el art. 20bis, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en el que los cónyuges tengan su residencia habitual común, o, en su defecto; b) 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; c) del que ambos cónyuges sean nacionales, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, en el que ambos cónyuges tengan su domicilio o, en su defecto; d) en el que se presente la solicitud".

Esta norma, en caso de prosperar la Propuesta de reforma, vendría a poner fin a la diversidad de soluciones conflictuales que actualmente presentan los Estados miembros y que es fuente de inseguridad jurídica. Como cabe observar, para determinar la ley aplicable se recurre a un punto de conexión principal y varios puntos de conexión subsidiarios, donde se da preferencia al criterio de la residencia habitual sobre el criterio de la nacionalidad o el recurso inmediato a la *lex fori*. Ello resulta a primera vista sorprendente, dado que, como tuvimos ocasión de reflejar anteriormente, los Estados miembros se dividen entre los que emplean una serie de puntos de conexión jerarquizados que suelen comenzar por la nacionalidad y los que aplican directamente la *lex fori*<sup>95</sup>.

Varias son las razones que podrían estar tras esta opción de política legislativa:

En primer lugar, el punto de conexión representado por la nacionalidad suscita cierta polémica en base a su posible carácter discriminatorio en un espacio de integración como es la Unión Europea. La aplicación de la ley nacional, se ha dicho, conllevaría soluciones desiguales ya que, a modo de ejemplo, un juez alemán aplicaría distintas condiciones y exigiría un período de separación previa de diferente duración para conceder el divorcio a una pareja alemana que a una pareja francesa, igualmente residente en Alemania<sup>96</sup>.

La realidad es que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad ha estado muy presente en la jurisprudencia del TJCE y ha jugado un papel muy importante en relación con diversos sectores del derecho privado y del derecho internacional privado<sup>97</sup>. En relación con la determinación del derecho aplicable ha habido pronunciamientos en los que se ha concluido de hecho que el recurso a la nacionalidad resultaba discriminatorio, si bien debe reconocerse que se trataba de circunstancias muy particulares y concretas: cuando se ha recurrido a la nacionalidad para extender la aplicación del derecho del foro en beneficio únicamente de los propios nacionales –Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1996, asunto Boukhalfa–<sup>98</sup>; o cuando en los supuestos de doble-nacionalidad se ha dis-

<sup>95</sup> Vid. supra epígrafe III.1.

<sup>96</sup> Ejemplo de P. Lagarde, citado por E. ZABALO, "Armonización del derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo", op. cit., pág. 196. También se realizan estas consideraciones en el "Study to inform a subsequent Impact Assessment on the Commission proposal on jurisdiction and applicable law in divorce matters", op. cit., pág. 152.

<sup>97</sup> Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, Derecho privado europeo, op. cit., págs. 7 y ss.

<sup>98</sup> Al respecto, vid. M. GARDEÑÉS SANTIAGO, "La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (Reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE Boukhalfa, de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado)", Revista de Instituciones Europeas, 1996, págs. 863 y ss.

criminado la nacionalidad de un Estado miembro en favor de la de otro Estado miembro –Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2003, asunto García Abelló–<sup>99</sup>.

Pero al margen de estos supuestos no se ha producido una impugnación general de la nacionalidad como punto de conexión. Es más, son numerosos los autores que consideran que el recurso a la nacionalidad está objetivamente justificado en aquellos sectores en los que tradicionalmente ha operado, como son los vinculados al estatuto personal, y que no afecta por tanto al mencionado principio de no discriminación por razón de nacionalidad<sup>100</sup>. En la regulación de la competencia judicial internacional vemos además que se mantienen los foros que recurren a la nacionalidad.

En segundo término, la opción por la residencia habitual ha podido deberse a que es un punto de conexión flexible, que atiende al lugar donde se encuentran integrados los sujetos implicados en el litigio<sup>101</sup>. La nacionalidad, que es un punto de conexión fácilmente determinable y que proporciona seguridad jurídica, se encuentra no obstante con el inconveniente de su falta de flexibilidad. Se da además la circunstancia de que la residencia habitual presenta como ventaja frente a la nacionalidad el representar una fórmula de compromiso para los distintos Estados miembros pertenecientes a tradiciones jurídicas muy dispares.

En tercer lugar, no debe olvidarse la gran influencia que ha tenido en este punto la Propuesta de normas sobre ley aplicable al divorcio y la separación judicial del Grupo Europeo de Derecho internacional privado, donde para determinar la ley aplicable en defecto de elección se opta por la residencia habitual. De hecho, la Propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 es en este punto una copia<sup>102</sup>.

En cualquier caso, y con independencia de cuál haya sido el motivo para optar por el criterio de la residencia habitual, lo cierto es que la elaboración de normas de conflicto al amparo de un espacio de integración, donde se impone llegar a fórmulas de compromiso, puede alterar las soluciones tradicionales de nuestro derecho internacional privado basadas en el criterio de la nacionalidad.

<sup>99</sup> Al respecto, vid. A. QUIÑÓNEZ ESCAMEZ, "Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros", Revista Jurídica de Catalunya, 2004, págs. 851 y ss.

<sup>100</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Integración europea y Derecho internacional privado", Revista de derecho comunitario europeo, 1997, pág. 440; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", op. cit., pág. 128; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el derecho comunitario", Revista de Derecho comunitario europeo, 2001, n° 10, págs. 656-657. A.V.M. STRUYCKEN se refiere al necesario respeto a la identidad nacional para permitir a los Estados el recurso a la nacionalidad como punto de conexión, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", Recueil des Cours de l'Académie de droit international, 1992, t. 232, pág. 356.

<sup>101</sup> En este sentido, E. ZABALO ESCUDERO, "Armonización del derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo", op. cit., pág. 197. En la nueva Ley belga de Derecho internacional privado se ha optado por el criterio de la residencia habitual. El Gobierno de este país, en sus respuestas al Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, señala que ésta es la solución que mejor responde al principio de proximidad dado que atiende al lugar donde los sujetos implicados se encuentran integrados, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/news\\_consulting\\_public\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm), pág. 5.

<sup>102</sup> Op. cit., vid. supra nota 89.