

# LA NUEVA NORMATIVA CONFLICTUAL EUROPEA SOBRE DIVORCIO Y SEPARACIÓN JUDICIAL

Ante la aplicación a España del Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo,  
de 20 de diciembre de 2010

MARÍA TERESA ALCOLADO CHICO<sup>1</sup>

*A la memoria del profesor doctor don Alberto Montón Redondo,  
catedrático de Derecho procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad  
Complutense de Madrid, con profundo agradecimiento por sus enseñanzas y sabios consejos.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO UNIFORME DE LA UNIÓN EUROPEA. 2. LA DECISIÓN DEL CONSEJO, DE 12 DE JULIO DE 2010, POR LA QUE SE AUTORIZA UNA COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN LEGAL. 3. EL REGLAMENTO (UE) NÚMERO 1259/2010 DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2010, POR EL QUE SE ESTABLECE UNA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN JUDICIAL: 3.1. *Aspectos generales y ámbito de aplicación;* 3.2. *Condiciones de aplicación de la ley extranjera;* 3.3. *Ley aplicable;* 3.4. *Supuesto en que la ley aplicable corresponda a un estado plurilegislativo;* 3.5. *El convenio de elección de la ley aplicable;* 3.6. *Aplicación del reglamento en el tiempo y relación con convenios internacionales.*- 4. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA SOBRE UN NUEVO ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL.

## RESUMEN

En el presente artículo la autora, tras recordar sintéticamente la evolución en la legislación española de la separación legal, el divorcio y la nulidad matrimonial, se refiere al contenido de la Decisión del Consejo Europeo, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza a varios Estados miembros, entre los que se encuentra España, a establecer una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, con exclusión de la nulidad matrimonial, que ha llevado a la adopción del Reglamento (UE) número 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, aplicable por los órganos jurisdic-

---

<sup>1</sup> Profesora de Derecho internacional privado y Derecho comunitario en el Colegio Universitario «Cardenal Cisneros» y Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF), adscritos a la Universidad Complutense de Madrid, y Abogado de su Ilustre Colegio.

cionales de los Estados miembros participantes, y por tanto por los españoles, desde el 21 de junio del corriente año 2012, lo que significa que, con su incidencia sobre el ordenamiento jurídico español, del artículo 107 del Código Civil queda vigente únicamente el párrafo primero; un artículo que, en opinión de la autora, por un lado, precisa inexcusablemente de una modificación a los efectos de dotar al sistema conflictual de una nueva regla de colisión que contemple los supuestos de divorcio y separación legal, en los que no exista conflicto de leyes no cubiertos por el Reglamento 1259/2010 y, por otro, presenta la necesidad de reelaborar la regla de conflicto sobre nulidad matrimonial ya que, a su parecer, la vigente no responde a la precisión que debiera tener, apuntando de lege ferenda las posibles soluciones que el legislador tendría en presencia.

## 1. INTRODUCCIÓN: DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO UNIFORME DE LA UNIÓN EUROPEA

Si en la historia jurídica española<sup>2</sup> la separación legal<sup>3</sup> y la nulidad matrimonial han venido siendo admitidas y reguladas por el Código Civil y el régimen concordatario, contenido hoy este último en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979,<sup>4</sup> no cabe decir lo mismo del divorcio, pues no solamente no fue introducido por la Constitución de 1869, que proclamaba la libertad de cultos, sino que la posterior Ley de matrimonio civil, de 18 de junio de 1870, además de declarar que este era obligatorio para todos los españoles dejaba muy claro, en sus artículos 1 y 90, que el matrimonio, por su naturaleza, era perpetuo e indisoluble. Se mantiene esta situación, pues, continuando la larga historia de la indisolubilidad en España, hasta la apertura del paréntesis que tiene lugar con el artículo 43 de la Constitución republicana de 1931 al determinar que «el matrimonio podrá disolverse

---

2 Para la historia y régimen vigente posterior a la Constitución de 1978 vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Separación, divorcio y nulidad del matrimonio*, en Mariano Aguilar Benítez de Lugo et al.: *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, 1996, pp. 117-145, y con el título *El matrimonio: celebración, separación, divorcio y nulidad*, en la 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2006, pp. 86-134.

3 Vigente ya la Constitución de 1978 las reglas de procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial estuvieron contenidas en el Real Decreto-Ley 22/1979, de 29 de diciembre. Posteriormente el procedimiento se reguló por la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, que fue derogada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que determinó la competencia judicial internacional en su Disposición Adicional primera que, a su vez, quedó derogada por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

4 Ratificado el 4 de diciembre de 1979; BOE del 15 de diciembre de 1979.

por mutuo disenso, o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa», y que desarrollará la Ley de divorcio, de 2 de marzo de 1932. Sin embargo, su vigencia durará poco al ser suspendida su aplicación por el Decreto de 2 de marzo de 1938, y derogada después por la Ley de 23 de septiembre de 1939. De nuevo el divorcio será de orden público internacional en España durante los siguientes cuarenta y dos años hasta que vuelve a ser reintroducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que reforma en este punto el Código Civil y que dedicó el artículo 107 a una norma de conflicto, en cuanto a determinar la ley aplicable en los supuestos de tráfico jurídico externo.<sup>5</sup> Comprobado con el paso del tiempo que, tal como estaba el texto del artículo 107, su aplicación planteaba supuestos en los que la posibilidad de divorcio, admitido por la ley nacional común de los esposos, en la práctica hacía imposible el divorcio de la mujer al exigir determinados ordenamientos (p. ej. el de Marruecos) unos requisitos exorbitantes para ella, y no para el marido, con la consiguiente e intolerable discriminación, el legislador decidió modificar el precepto lo que se produjo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros,<sup>6</sup> y aprovechó la oportunidad para introducir, por vez primera, una regla de conflicto en materia de nulidad matrimonial.<sup>7</sup> Como se ve, en España tras los treinta y un años de vigencia nuevamente del divorcio, transcurridos desde 1981, muy lejos queda ya aquel viejo artículo

5 El precepto que no contemplaba la nulidad matrimonial decía así en su redacción originaria: «La separación y el divorcio se regirán por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la Ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes. Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Redacción no exenta de crítica porque, en primer lugar, para que el Tribunal español dicte sentencia aplicando la ley extranjera o la española, según el caso, previamente *siempre* tiene que ser internacionalmente competente ya que si no lo es sencillamente no puede dictarla, y en segundo lugar, porque las sentencias extranjeras que reciben el exequátur más que producir efectos *en el ordenamiento español* parece que producirán efectos *en España conforme al ordenamiento español*.

6 BOE de 30 de septiembre de 2003.

7 El texto reformado del artículo 107 del Código Civil fue este: «1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. 2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de esta, por la ley de la última

104 del Código Civil en el que el legislador llamaba «divorcio» a lo que no lo era al decir que «el divorcio solo produce la suspensión de la vida común de los casados». La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, determinó la regla para la competencia judicial internacional en su artículo 22, que también quedó sin efecto al quedar España obligada por la legislación comunitaria que produjo el Reglamento 1347/2000,<sup>8</sup> con las reglas uniformes de competencia judicial internacional en materia de nulidad, separación y divorcio, derogado tres años más tarde.

En la actualidad<sup>9</sup> el vigente Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000,<sup>10</sup> no contiene, como tampoco contenía el derogado, normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la nulidad del matrimonio, separación legal y divorcio, quedando estas, pues, al criterio de cada legislador nacional en los Estados miembros de la Unión Europea, lo que evidentemente no cumple en su

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

- 8 Sobre este vid. R. Caro Gándara: «Algunos problemas derivados del ámbito de aplicación personal del Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia jurídica, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 14, 2002, pp. 259-270, y J. Rodríguez Rodrigo: «Reglamento 1347/2000: ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8)», en *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, 5, pp. 1256-1260.
- 9 Con carácter general, vid. R. Arenas García: «Crisis matrimoniales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional español», en Universidad de Santiago de Compostela, *De conflicto legum*, núm. 6, 2004, pp. 585. También, J. Carrascosa González: «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y Derecho extranjero», en *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, vol. LVI, 2004, pp. 225-249; id.: «Crisis matrimoniales y la dispersión del pleito», en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 213-228, y *Divorcio internacional, separación judicial y nulidad matrimonial en casos internacionales*, Ed. VLEX, 2006.
- 10 Sobre este vid. J. Dilger: *Die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen in der Verordnung* (EG) N.º 2201/2003, Ed. Mohr Siebeck GmbH & Co. K., Eisenbeck, 2004, 405 p. y E. Rodríguez Pineau: «El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», en *Diario La Ley-UE*, viernes, 30 de enero de 2004, pp. 1-15.

totalidad la aspiración a lograr una política de unificación de reglas que debe comprender no solo las de competencia internacional y reconocimiento de decisiones sino igualmente las *reglas de conflicto*, respondiendo así a la concepción tripartita del Derecho internacional privado (competencia, ley aplicable, exequátur) que formulara en la Francia decimonónica el profesor Antoine Pillet, y que tuvo acogida por un sector de la doctrina española desde fines del siglo XIX y a lo largo del XX. Ahora bien, en los órganos de la Unión Europea no ha pesado solamente la cuestión de técnica jurídica sino la realidad de la vida diaria. En efecto, ya en 1998 el Consejo Europeo de Viena había puesto de relieve la necesidad de simplificar la vida a los ciudadanos europeos, en cuestiones que, como el divorcio, les afecta en su vida diaria,<sup>11</sup> por ello el Consejo Europeo invitó a la Comisión, en noviembre de 2004, a presentar en 2005 un «Libro Verde» sobre reglas de conflictos de leyes en materia de divorcio («Roma III»), ya que, por un lado se constataba la gran movilidad de ciudadanos de la Unión Europea y con ello el aumento de los denominados «matrimonios internacionales», y por otro se percibía el creciente número de divorcios en la Unión Europea que, por lo que respecta a España aquí, como ha señalado el profesor Tomás Ortiz de la Torre, se pronuncia un divorcio cada 3,7 minutos, siendo nuestro país el de más alta tasa de divorcios dentro de la Unión Europea, pudiendo decirse que de cada cuatro matrimonios se divorcian tres. En los años del «Libro Verde» el número de divorcios en España es muy alto, así en 2006 se divorciaron 141 817 matrimonios, y en cinco años el número aumentó en un 277 por 100, según el Consejo General del Poder Judicial y el Eurostat, lo que sin duda contribuyó a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio que introdujo el llamado «divorcio exprés», en virtud del cual ya no es preciso respetar un periodo de separación judicial, o de hecho, para obtener el divorcio, bastando con que uno de los cónyuges lo solicite, sistema desde luego pionero dentro de la Unión Europea.<sup>12</sup> Todo ello hace que la Comisión Europea iniciase la tarea de intentar la reforma del Reglamento 2201/2003 para incorporar unas reglas de conflicto uniformes, superando así ese «método par-

11 Vid. DO C 19, de 23 de enero de 1999, p. 1.

12 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: «Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la Unión Europea sobre separación y divorcio», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXI, núms. 2043-44, de 1 de septiembre de 2007, pp. 3313-3332 (7-26), especialmente p. 3319 (13).

ticular» imperante en los Estados miembros de la Unión Europea.<sup>13</sup> Sin embargo, el intento resultó fallido y, tras largo camino, el Consejo decidió elaborar un Reglamento autorizando una cooperación en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (con exclusión de la nulidad matrimonial) que, por supuesto, es extensivo a cualquier Estado miembro que desee participar en dicha cooperación.

## **2. LA DECISIÓN DEL CONSEJO, DE 12 DE JULIO DE 2010, POR LA QUE SE AUTORIZA UNA COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN LEGAL**<sup>14</sup>

Esta Decisión tiene como función autorizar a catorce Estados miembros (España, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Rumanía, Eslovenia, Bulgaria, Francia, Alemania, Bélgica, Letonia, Malta y Portugal) «a establecer una cooperación reforzada entre ellos en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal, en aplicación de las disposiciones pertinentes de los Tratados», según su art. 1, y trae causa de la imposibilidad constatada de adoptar la propuesta de la Comisión, de 17 de julio de 2006, de un Reglamento del Consejo que habría modificado el Reglamento (CE) n° 2201/2003<sup>15</sup> por lo que se refiere a la competencia, «introduciendo en el mismo normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial».<sup>16</sup> Esta tentativa de modificación estaba basada en que «la Unión debe adoptar medidas relativas a la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza...»,<sup>17</sup> entre las cuales, en virtud del artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «se deben incluir las que promuevan la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes, incluidas las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza».<sup>18</sup> Y efectiva-

---

14 (2010/405/UE) *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27.7.2010, L189/12-13. Hecha en Bruselas el 12 de julio de 2010, la Decisión entró en vigor el día en que fue adoptada, según el art. 2 de la misma.

15 Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000, vid. DO núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003, y también Alegría Borrás Rodríguez et al.: *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 21ª ed., Madrid, 2011, pp. 644-682, y 22.ª ed., Madrid, 2012, pp. 803-842.

16 Considerando (3)

17 Considerando (1)

mente, el Consejo, en su reunión de los días 5 y 6 de junio de 2008, «adoptó orientaciones políticas en cuyas conclusiones se constataba que no había unanimidad para proseguir con la propuesta de Reglamento citada y, además, que existían dificultades insuperables que imposibilitaban la unanimidad en aquel momento y en un futuro inmediato», por lo que el Consejo «estableció que los objetivos del Reglamento propuesto no podían alcanzarse en un plazo razonable aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados».<sup>19</sup>

Así las cosas, el 28 de julio de 2008 ocho Estados miembros (Austria, Eslovenia, España, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Rumanía) por carta remitida a la Comisión informaban de su intención de «establecer una cooperación reforzada entre sí en el ámbito de la ley aplicable en asuntos matrimoniales y solicitaban que la Comisión presentase una propuesta al Consejo a tal efecto». Entre agosto de 2008 y junio de 2010, mediante carta dirigida a la Comisión, se unieron a dicha petición Bulgaria (12.8.2008), Francia (12.1.2009), Alemania (15.4.2010), Bélgica (22.4.2010), Letonia (17.5.2010), Malta (31.5.2010), y Portugal durante la sesión del Consejo de 4 de junio de 2010. Grecia retiró su petición el 3 de marzo de 2010, por tanto son catorce Estados miembros los que solicitaron dicha cooperación reforzada, la cual persigue «un marco jurídico claro y completo en el ámbito del divorcio y la separación legal en los Estados miembros participantes, aportar soluciones adecuadas a los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, predictibilidad y flexibilidad, e impedir la “carrera a los tribunales”».<sup>20</sup>

El Consejo constató que se cumplen las condiciones establecidas en los artículos 20 del Tratado de la Unión Europea, y 326 y 329 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,<sup>21</sup> que «el ámbito de la cooperación reforzada, es decir, el de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal se define en el artículo 81, apartado 2, letra c), y en el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como uno de los cubiertos por los Tratados»,<sup>22</sup> así como que «se cumple el requisito del último recurso establecido por el artículo 20, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, ya que el Consejo estableció en junio de 2008 que los objetivos del Reglamento propuesto no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto».<sup>23</sup>

18 Considerando (2)

19 Considerando (4)

20 Considerando (6)

21 Considerando (7)

22 Considerando (8)

23 Considerando (9)

La Decisión, que «respeta los derechos, principios y libertades reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, su artículo 21»<sup>24</sup> explica que «la cooperación reforzada en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación legal pretende desarrollar una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basándose en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, y garantizar la compatibilidad de las normas sobre conflictos de leyes aplicable en los Estados miembros», por lo que «fomenta los objetivos de la Unión, protege sus intereses y refuerza su proceso de integración de acuerdo con el artículo 20, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea».<sup>25</sup>

La cooperación reforzada en materia de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal según declara la Decisión «se atiene a lo dispuesto en los Tratados y en el Derecho de la Unión, y no perjudica al mercado interior y a la cohesión económica, social y territorial», ni «constituye un obstáculo ni una discriminación para los intercambios entre Estados miembros, ni provoca distorsiones de competencia entre ellos»,<sup>26</sup> además de atenerse al citado Derecho de la Unión «sobre cooperación judicial en materia civil, ya que la cooperación reforzada no afecta al acervo preexistente»<sup>27</sup> y, por lo demás, «está abierta en cualquier momento a todos los Estados miembros, de conformidad con el artículo 328 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».<sup>28</sup>

Como quiera que esa cooperación reforzada, entre los Estados miembros que participan en ella, plasma en un nuevo Reglamento, concretamente en el Reglamento (UE) número 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, es preciso subrayar que, conforme a lo expresado en la Decisión, tal cooperación reforzada «respeta las competencias, derechos y obligaciones de los Estados miembros que no participan en ella», por lo que «las normas comunes sobre conflictos de leyes en los Estados miembros participantes no afectan a las normas de los Estados miembros no participantes», y «los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no participantes continúan aplicando sus normas nacionales existentes sobre conflictos de leyes para determinar la ley aplicable al divorcio o separación legal».<sup>29</sup>

---

24 Considerando (14)

25 Considerando (10)

26 Considerando (11)

27 Considerando (13)

28 Considerando (15)

29 Considerando (12)



Esto significa, pues, que para los Estados miembros participantes en dicha cooperación reforzada las únicas regla de conflicto aplicables por sus jueces en los procesos de divorcio y de separación legal, que presenten un conflicto de leyes, serán las del citado Reglamento 1259/2010, que derogan y sustituyen a sus reglas conflictuales de fuente interna. En concreto, por lo que a España se refiere, supone que el artículo 107 del Código Civil se ve modificado, salvo en el caso de proceso de nulidad matrimonial no cubierto por el Reglamento y los supuestos que no impliquen un conflicto de leyes, cuestiones sobre las que se insistirá más adelante.

### **3. EL REGLAMENTO (UE) NÚMERO 1259/2010 DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2010, POR EL QUE SE ESTABLECE UNA COOPERACIÓN REFORZADA EN EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN JUDICIAL**

#### **3.1. Aspectos generales y ámbito de aplicación**

El Reglamento 1259/2010,<sup>30</sup> con treinta «considerandos» que explican los motivos de su adopción, entró en vigor, según su art. 21, al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, esto es, el 30 de diciembre de 2010, y es aplicable, conforme al citado artículo, «a partir del 21 de junio de 2012, con la excepción del artículo 17, que se aplicará a partir del 21 de junio de 2011». Dicho artículo 17 no afecta directamente a los particulares al tratarse de un precepto que fija la «Información facilitada por los Estados miembros participantes» sobre requisitos formales de aplicación a los convenios sobre elec-

30 DO núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010, y en Alegría Borrás Rodríguez *et al.*: *op. cit.*, pp. 1033-1044, y 22ª ed., pp. 843-854. Sobre el mismo, entre la bibliografía ya generada, aparte de las exposiciones en manuales de la disciplina: Alfonso Luis Calvo Caravaca-Javier Carrascosa González (Directores): *Derecho internacional privado*, vol. II, 13ª ed., Granada, 2012, pp. 190-259, y José Carlos Fernández Rozas-Sixto Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Pamplona, 2011, pp. 406-411, vid. también, Beatriz Campuzano Díaz: *El Reglamento (UE) n° 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial* en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 15, n° 39, 2011, pp. 561-587; P. Hammje: *Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, en *Revue Critique de Droit international privé*, 2011, pp. 291-338; P. Franzina: *The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) N° 1259/2010 of 20 december 2010*, en *CTD*, 2011, II, pp. 85-129.

ción de ley aplicable y posibilidad de designar esta en virtud de lo dispuesto en el art. 7, apartados 2, 3 y 4, y art. 5, apartado 3, respectivamente. Por consiguiente, el resto de la normativa contenida en el mismo es aplicable por los jueces españoles (y los de los demás Estados miembros participantes) desde la citada fecha de 21 de junio de 2012, sin que, naturalmente, tengan efecto normas del mismo que contemplan situaciones que no se den en el Estado del foro, así, p. ej., España es un Estado miembro participante en el que no existe pluralidad de normas sobre divorcio y separación legal, al ser aplicable una única normativa, la del Código Civil, en todo el territorio del Estado por lo que no es de aplicación en nuestro país el artículo 16 del Reglamento 1259/2010, que se refiere a los conflictos internos de leyes, con independencia de que a estos ningún Estado miembro está obligado a aplicar el Reglamento.

De acuerdo a su artículo 1 el Reglamento se aplica «en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación legal», y no es aplicable a una relación de cuestiones, «aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación legal».<sup>31</sup> Conforme al artículo 2 el Reglamento no afecta a la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Esto significa que para la determinación de la competencia internacional los jueces de los Estados miembros participantes han de acudir a la aplicación de dicho Reglamento (CE) núm. 2201/2003, y otorgada por este la competencia internacional (*competencia general directa*) pasarán a resolver la jurisdicción y competencia interna (*competencia general indirecta*) conforme a sus respectivas reglas procesales internas, nacionales. Una vez establecida la competencia internacional y la jurisdicción y competencia internas el juez aplicará el Reglamento 1259/2010, es decir, las reglas de conflicto de este a los fines de determinar *la ley aplicable* al divorcio o a la separación legal, según fuere el pedimento de la demanda. Las reglas de conflicto pueden señalar como aplicable cualquier ordenamiento jurídico del mundo que, salvo motivo de orden público del foro, ha de ser forzosamente aplicado. Con total claridad lo expresa el Reglamento en su Considerando (12): «El presente Reglamento debe tener carácter universal, de modo que, con arreglo a sus normas uniformes de conflicto de leyes, se pueda designar como

---

31 Son estas: a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias y h) los fideicomisos (en las demás versiones lingüísticas se utiliza la expresión inglesa trusts) o sucesiones.

ley aplicable la ley de un Estado miembro participante, la de un Estado miembro no participantes o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea». Y efectivamente esa aplicación universal la consagra el artículo 4 al decir que: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante».

Puesto que en los textos comunitarios se alude a que los Estados miembros autorizados instauran *entre ellos* una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial, podría esa redacción dar la falsa impresión de que se refiere a matrimonios de nacionalidad de los Estados miembros participantes, o en los que uno de los cónyuges es nacional de uno de esos Estados. Nada más lejos de la realidad. El Reglamento es aplicable *cualquiera que sea la nacionalidad de los cónyuges*, salvo cuando el caso no presente un conflicto de leyes, supuesto que, como se sabe, está expresamente excluido.

### 3.2. Condiciones de aplicación de la ley extranjera

La remisión o envío que las normas de conflicto de leyes del Reglamento 1259/2010 puedan hacer a favor de una ley extranjera se hará siempre a las *normas sustantivas, directas y vigentes* de ese ordenamiento extranjero (si se trata p. ej. de un divorcio a las normas que determinan las causas y condiciones del mismo, posibles periodos previos de suspensión de la vida en común de los casados, etc.), y en ningún caso a su regla de conflicto sobre divorcio, pues si así fuese ello podría generar un reenvío que es precisamente lo que el Reglamento no admite. En efecto, el artículo 11 reza así: «*Exclusión del reenvío.*» Cuando el presente Reglamento prescriba la aplicación de la ley de un Estado, se entenderá por ello las normas jurídicas en vigor en dicho Estado con exclusión de las normas de Derecho internacional privado». Si se entendiese por ley extranjera la regla de conflicto se producirían soluciones dispares a un mismo caso en los distintos Estados miembros participantes ya que uno puede no admitir el reenvío y otro admitirlo de retorno o en primer grado, admitirlo a tercera ley o de segundo grado, lo que sería contrario, claro está, a la finalidad del «derecho conflictual uniforme» que se establece justamente para conseguir «soluciones uniformes». El Reglamento está, pues, en este punto, y como no podría ser de otra manera, en la línea de otros Reglamentos dentro del espíritu que inspira, por ejemplo, a la codificación internacional del Derecho internacional privado que plasma en los convenios de la Conferencia de La Haya.

También hay que destacar la fórmula de *orden público internacional* que el Reglamento utiliza, la cual contiene la obligación del juez del foro de aplicar de oficio la ley extranjera reclamada por las reglas conflictuales del Reglamen-

to, pues solo (y subrayamos el adjetivo) puede dejar de ser aplicada si resulta contraria al orden público, por lo tanto no cabe invocar en España por el juzgador (ni en los Estados participantes en los que la ley extranjera se aplique a *instancia de parte*), la necesidad de la prueba que del Derecho extranjero exige «en lo que respecta a su contenido y vigencia» el artículo 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El artículo 12 del Reglamento dice: «*Orden público*.- Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro», cláusula idéntica (salvo matices de redacción) a la utilizada en otros Reglamentos,<sup>32</sup> y en los citados convenios de La Haya.<sup>33</sup> Con este tipo de cláusula se pretende igualmente mantener la «uniformidad» en las decisiones dictadas en los Estados vinculados por el Reglamento, pues resulta evidente que si uno de ellos exige la prueba a las partes litigantes de la ley extranjera designada, y esta no se lleva a cabo, dando como resultado que el juez termine aplicando la ley del foro, la «uniformidad de soluciones» quiebra sin lugar a dudas.

El Reglamento 1259/2010 ha previsto que un Estado miembro participante no contemple el divorcio, lo cual no afecta a España, pero sí podría afectar en el supuesto de que no se considere válido el matrimonio en cuestión,<sup>34</sup> a efectos de un proceso que llevase a pronunciar una sentencia de divorcio. En cualquiera de estos dos casos el órgano jurisdiccional que conozca del proceso no está obligado, en virtud de la aplicación del Reglamento, a pronunciar una sentencia de divorcio, según determina el artículo 13.

---

32 Así, p. ej. el Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I») (art.21), y el Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (art. 26).

33 Así, p. ej. el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (art. 7); Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971 (art. 10), etc.

34 A nuestro parecer en España no será válido un «matrimonio» que no reúna los requisitos mínimos exigidos por la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962, texto vigente para nuestro país ya que España se adhirió el 15 de abril de 1969, por lo que dicho «matrimonio» no podría obtener de nuestros órganos jurisdiccionales una sentencia de divorcio puesto que este solo cabe cuando previamente existe un matrimonio válido conforme a la ley española.

### 3.3. Ley aplicable

El capítulo segundo del Reglamento objeto de estas páginas contiene las «normas uniformes sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», dando entrada a la conexión *sui generis* que es la *autonomía de la voluntad* limitada, por tanto la ley que en primer lugar ha de aplicar el juez es la que se derive de esa autonomía, si ha sido utilizada por los cónyuges y siempre, claro está, que hayan optado por una de las leyes cuya elección resulte permitida. El artículo 5.1 determina que: «Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro». El convenio de elección de ley aplicable «podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional» (art. 5.2), y los cónyuges también podrán designar la ley aplicable «si la ley del foro así lo establece... ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento», en cuyo caso «el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro» (art. 5.3).

Supuesto que los cónyuges no hagan uso de la *autonomía de la voluntad*, o se excedieren en la limitación impuesta, el juez habrá de hacer aplicación de la regla de conflicto subsidiaria que consta de una conexión principal y tres conexiones subsidiarias, así el artículo 8<sup>35</sup> determina: «*Ley aplicable a falta de elección por las partes.*- A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la

35 Vid. J. Carrascosa González: «La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2012), vol. 4, nº 1, pp. 52-85 (www. uc 3 m. es/cdt).

interposición de la demanda o, en su defecto, *d*) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda». Como puede observarse lejos queda la primacía de la *ley nacional común* que proclamó el artículo 107 de nuestro Código Civil, conexión que ahora pasa a un tercer lugar. El terreno que gana la ley de la residencia habitual a la ley nacional hace patente, una vez más, esa «crisis del estatuto personal» de la que ya la doctrina hablara particularmente en las décadas de los años 60 y 70 del pasado siglo, cuando comenzó a relegarse la aplicación de la *ley nacional* cimentada por el Code Napoleón y la brillante escuela italiana «de la nacionalidad» capitaneada por el napolitano Pasquale Stanislao Mancini.

Las dos conexiones que retiene el Reglamento «residencia habitual» y «nacionalidad» merecen una breve consideración. En efecto, el Reglamento (al igual que tantos textos de fuente internacional) no califica qué se entiende por «residencia habitual» a los efectos de su aplicación, por lo tanto esa conexión habrá de ser calificada conforme a la *lex fori* y habida cuenta de las diferencias de criterio existentes en las legislaciones estatales en cuanto a qué se entiende por «domicilio» y por «residencia habitual» es posible que la solución del caso conduzca desde el foro A a la aplicación de la ley de un Estado, y desde el foro B a la de otro, con lo que la uniformidad perseguida evidentemente no se conseguirá. Por lo que respecta a la «nacionalidad» el Reglamento alude primeramente a «la ley del Estado *cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges...*», y después a «*la nacionalidad de ambos cónyuges...*». ¿Qué ocurrirá si ese cónyuge ostenta dos o más nacionalidades, y si ambos cónyuges poseen dos o más nacionalidades comunes? Es evidente que el Reglamento no se está refiriendo a cualquiera de esas nacionalidades, como hace, por ejemplo, el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, en cuyo art. 1, b) dice en el texto auténtico «de *una nacionalidad* poseída por el testador...».<sup>36</sup> El Reglamento se refiere a «la» nacionalidad, no a «una» de las poseídas por los cónyuges, es decir a la «nacionalidad efectiva» para el Estado del foro que esté conociendo del proceso. Por consiguiente, esa nacionalidad para España será la que resulte de la aplicación del artículo 9.9 del Código Civil. Existe, pues, el riesgo de que en uso de la autonomía de la voluntad los cónyuges elijan, por ejemplo, la ley de una nacionalidad que posea uno de ellos y que de acuerdo a dicho artículo no sea

---

36 Aunque en la traducción castellana, que figura en el BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988, se diga erróneamente «de la *nacionalidad* poseída por el testador...».

para España «la» nacionalidad por no ser la que determina el repetido artículo 9.9 del Código Civil. Y como lo dicho con respecto a España es aplicable al resto de Estados participantes en el Reglamento se ve aquí un nuevo problema en cuanto a la loable «uniformidad» perseguida por el texto comunitario.

### **3.4. Supuesto en que la ley aplicable corresponda a un Estado plurilegislativo**

Por otra parte el Reglamento 1259/2010 resuelve, aunque no absolutamente, el supuesto de que la ley reclamada por la regla de conflicto pertenezca a un Estado plurilegislativo. Si se trata de un Estado con dos o más sistemas jurídicos aplicables en función del territorio (conflictos territoriales) toda referencia hecha por el Reglamento a la legislación de tal Estado «se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con respecto al presente Reglamento, como una referencia a la legislación vigente en la unidad territorial de que se trate», si tal referencia es a la residencia habitual en ese Estado «se entenderá como una referencia a la residencia habitual en una unidad territorial», y si fuere a la nacionalidad «se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la unidad territorial elegida por las partes, o bien, a falta de elección, a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados»<sup>37</sup> (art. 14). Y si es un Estado cuya pluralidad legislativa tenga como base determinadas circunstancias de la persona (conflictos interpersonales) la referencia a la ley del mismo «se entenderá hecha... al sistema jurídico determinado por las normas vigentes en tal Estado», y a falta de estas «se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados» (art. 15).

<sup>37</sup> Como se dice que la realidad supera la ficción, piénsese en un matrimonio de cónyuges estadounidenses, uno nacido en Oregón y otro en California, cuyas últimas residencias antes de la celebración del matrimonio estuvieron la de uno en Colorado y la del otro en Dakota del Norte. Al tiempo de la demanda uno reside en Alemania y el otro en Austria. Se casaron en Francia. Su última residencia habitual fue Bélgica pero ninguno de ellos reside ya allí y, además, al tiempo de presentar la demanda ha transcurrido más de un año desde que abandonaron dicha residencia. No poseen bien alguno en Estados Unidos. Está claro que pueden elegir la ley de cualquier Estado miembro de la federación de los Estados Unidos de América, pero no hacen uso del derecho a la autonomía de la voluntad. ¿Cuál es en este caso la unidad territorial (el Estado federado) de su Estado nacional con el que los cónyuges están «más estrechamente vinculados»? El supuesto, claro está, podrá decirse que es de laboratorio, sí, pero evidencia que el Reglamento no resuelve los casos en su totalidad. Tal vez podría haber determinado que se aplicase la ley vigente en la capital del Estado..., pero no lo ha hecho.

### **3.5. El convenio de elección de la ley aplicable**

Ante un convenio de elección de ley aplicable al divorcio, o a la separación judicial,<sup>38</sup> pueden plantearse discordias en cuanto al consentimiento, la validez material o la validez formal del mismo, y estas cuestiones son resueltas por el Reglamento en sus artículos 6 y 7. Conforme al primero de ellos «la existencia y validez de un convenio de elección de la ley aplicable y de sus cláusulas se determinarán con arreglo a la ley por la que se regiría el convenio en virtud del presente Reglamento si el convenio o cláusula fuera válido» (art. 6.1), «no obstante, el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento podrá acogerse a la ley del país en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1» (art. 6. 2). En cuanto a la validez formal del convenio el art. 7 determina que «se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges», considerándose «hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio» (párrafo 1); pero «si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establece requisitos formales adicionales para este tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación» (párrafo 2); si «en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados disponen de requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones» (párrafo 3); y, en fin, si «en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos será de aplicación» (párrafo 4).

### **3.6. Aplicación del Reglamento en el tiempo y relación con convenios internacionales**

El Reglamento es aplicable «solamente a las demandas interpuestas y a los convenios a que se refiere el artículo 5 celebrados a partir del 21 de junio de

---

38 Vid. Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana: *El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010*, en *Diario La Ley*, n.º 7613, del 18 de abril de 2011, pp. 1-7.



2012», sin embargo, también se dará efecto a todo convenio relativo a la elección de la ley aplicable celebrado antes del 21 de junio de 2012, siempre y cuando cumpla lo dispuesto en los artículos 6 y 7 (art. 18, párrafo 1), y el Reglamento «no afectará a los convenios relativos a la elección de la ley aplicable celebrados de conformidad con la legislación del Estado miembro participante del órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto una demanda antes del 21 de junio de 2012» (párrafo 2).

El Reglamento no afecta a la aplicación de convenios internacionales existentes, que se refieran a la misma materia por él regulada, entre un Estado miembro participante y otro, u otros, no participantes, o con Estados no miembros de la Unión Europea. Sin embargo, sí prevalecerá sobre todo convenio internacional ya vigente entre dos o más Estados miembros participantes (art. 19), siempre que la materia, como antes se ha dicho, sea la misma que la contemplada en el Reglamento.

Añádase que el artículo 17 hace referencia a la información que han de facilitar los Estados participantes a la Comisión, a más tardar el 21 de septiembre de 2012, sobre los requisitos formales que sean de aplicación a los convenios sobre elección de ley aplicable, la posibilidad de designar esta, y cualesquiera modificaciones que puedan introducir con posterioridad, información que la Comisión pondrá a disposición del público, «a través de los medios que considere adecuados, y en particular mediante el sitio web de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil». El artículo 20, en fin, establece que a más tardar el 31 de diciembre de 2015, y después cada cinco años, la Comisión ha de presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación del Reglamento, que en caso necesario irá acompañado de propuestas de adaptación del mismo. Para que esto pueda llevarse a cabo los Estados miembros participantes han de comunicar a la Comisión la pertinente información sobre la aplicación del Reglamento por sus respectivos órganos jurisdiccionales.

#### **4. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA SOBRE UN NUEVO ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL**

Desde el 30 de diciembre de 2010, el artículo 107 del Código Civil, salvo el párrafo 1 relativo a la nulidad matrimonial, como ya se ha dicho, no cubierta por el Reglamento, quedó *técnicamente* (si se nos permite la expresión) derogado por este, y *prácticamente* desde el 21 de junio de 2012 en cuanto que la nueva normativa comunitaria es aplicable por los jueces de los Estados miembros participantes desde esa fecha.

Se hace necesario, pues, que el legislador articule una nueva norma de conflicto que indique la aplicación de la ley española a los procesos que no presenten un conflicto de leyes, los cuales, como también se ha dicho, están excluidos por el Reglamento 1259/2010 en su artículo 1.1. Es decir, para los matrimonios de cónyuges españoles y de cónyuges apátridas con residencia habitual en España, e incluso, aunque técnicamente exista conflicto de leyes, se podría sostener su aplicación, en principio, para cónyuges extranjeros cuando ambos tengan la condición de refugiados, conforme a la ley española, por presumir una ruptura total de estos con su Estado nacional. Sin embargo, aun en ese caso si esos cónyuges deciden elegir la ley del Estado de su nacionalidad común del que han huido, o de la nacionalidad de uno de ellos, debería entenderse que el juez español ha de respetar tal elección. No cabe mantener el texto que ha figurado en el artículo 107.2 del Código Civil ya que su conexión, la ley nacional común, no se ajusta a la establecida en el artículo 8, a) del Reglamento porque en este ya no es la nacionalidad común sino la *residencia habitual* común. Por ello, al referirse el citado precepto a matrimonio de extranjeros, de españoles y matrimonios mixtos cuando no se den las causas *a)*, *b)* y *c)* del párrafo *in fine* del repetido artículo, no es posible su aplicación al matrimonio de dos españoles, o de dos apátridas, residentes en España, en el que no se da conflicto de leyes alguno. Basta con una regla de conflicto que remita al Reglamento para los supuestos de tráfico externo, y determine la aplicación de la ley española en los supuestos en los que no exista conflicto de leyes, que podría ser del siguiente tenor: «La separación y el divorcio se regirán por las disposiciones del Reglamento (UE) número 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Cuando la separación o el divorcio no impliquen un conflicto de leyes se aplicará la ley española.»

El que sí queda vigente es el párrafo 1 del artículo 107 del Código Civil, referido a la nulidad matrimonial, que dice así, tras la reforma que el precepto sufrió en 2003, y en la que por vez primera se incorporó la regla conflictual relativa a la nulidad matrimonial: «La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración».<sup>39</sup> Creemos

---

39 Por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE de 30 de septiembre de 2003). La primera redacción del artículo 107 del Código Civil, en 1981, al reintroducirse el divorcio en España, no contemplaba, como ya se ha dicho, la nulidad matrimonial ni tampoco lo hacía ninguna otra regla de conflicto, con lo que la laguna legal en nuestro sistema de Derecho internacional privado resultaba evidente.

que esta regla debe ser objeto de revisión ya que la redacción dada por el legislador no parece precisamente la más afortunada. En efecto, las conexiones de las reglas de colisión, prescindiendo de la *sui generis* que es la autonomía de la voluntad, son personales (nacionalidad, domicilio, residencia habitual) y territoriales (lugar de...), por lo que la «conexión» celebración suscita dudas. La norma no dice *lugar* de la celebración, ni dice *ley personal* de los contrayentes a efectos de la *celebración* de su matrimonio. Dice simplemente *ley aplicable a su celebración*. ¿Y qué entiende el legislador, y debe entenderse por celebración? Evidentemente esto plantea un problema de calificación del contenido del vocablo. Celebración significa, o es, la «acción de celebrar», y a su vez celebrar significa, o es, «realizar un acto».<sup>40</sup> Tal parece, pues, que el artículo 107. 1 se refiera al acto (a la ceremonia) en que cristaliza externamente la relación jurídica y en ello, sin duda, predomina la *forma*, sin embargo, para la validez de la constitución de la relación jurídica llamada matrimonio se requiere no solamente que se respete la ley aplicable a su *forma* sino igualmente la ley por la que, desde el punto de vista del legislador español, se determina la *capacidad* de los contrayentes, y la ley rectora del fondo,<sup>41</sup> es decir, tres normas que confluyen acumulativamente en el momento de la prestación del consentimiento

40 Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., t. I, Madrid, 1992, p. 451.

41 Las causas de nulidad en el ordenamiento español están determinadas por el artículo 73 del Código Civil que declara nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: «1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial; 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47 (edad, ligamen, parentesco, condena por conyugicidio) salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48); 3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de testigos; 4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento; 5.º El contraído por coacción o miedo grave». En el Derecho comparado las causas de nulidad suelen ser muy similares, con independencia que estén contempladas con más o menos precisión, vid., a título de ejemplo, los arts. 1323 a 1347 del BGB que regula la «Nichtigkeit und Anfechtbarkeit del Ehe» (hay traducción castellana de Carlos Melón Infante: *Código Civil alemán BGB*, apéndice al *Tratado de Derecho civil* de Ludwig Enneccerus-Theodor Kipp-Martin Wolf, Barcelona, 1955, pp. 274-278); el Código Civil dominicano (arts. 180 a 202) o, en fin, el vigente Código Civil filipino que exige, en su art. 53, que se cumplan para la validez del matrimonio los requisitos de: «(1) Legal capacity of the contracting parties; (2) Their consent, freely given; (3) Authority of the person performing the marriage; (4) A marriage license, except in a marriage of exceptional character (Sec 1ª, art. 3613)», requisitos que son especificados detalladamente después en los arts. 80 a 91. Por lo que respecta a la nulidad prevista en el art. 73.4º del Código Civil español las «cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento» son de aprecia-

to por los contrayentes, lo que es, como no podría ser de otro modo, un lugar común en los sistemas nacionales de Derecho internacional privado.<sup>42</sup> Al sostenerse que la nulidad se rige «por la misma ley que rige la supuesta existencia del vínculo conyugal»,<sup>43</sup> o dicho de otro modo, «la nulidad de un acto jurídico depende necesariamente, cuanto a las causas que la motivan, de la propia ley infringida»,<sup>44</sup> se plantea cuál es esa ley que puede ser una, o más de una,<sup>45</sup> pero que solo puede ser *de las que aparecen designadas por la regla de conflicto española*, por lo tanto en materia de capacidad y fondo por la ley nacional de la persona, y en materia de *forma* por su ley reguladora, forma que dependerá de la elegida por los contrayentes dentro de las posibilidades que

ción, por así decir, personalísima, ya que la circunstancia aunque resulte irrelevante para un determinado número de personas, por elevado que este sea, las cuales de haberla conocido previamente habrían prestado su consentimiento, no significa nada; basta que sea relevante para el demandante para que ya el matrimonio resulte nulo.

42 Así, p. ej., Ley rumana n° 105, de 22 de septiembre de 1992, sobre reglamentación de las relaciones de Derecho internacional privado, art. 18.1: «Las condiciones de fondo requeridas para concluir el matrimonio se determinan por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos», y art. 24.1: «La ley que rige las exigencias legales para la conclusión del matrimonio se aplicará a la nulidad del matrimonio y a los efectos de esa nulidad»; Ley tailandesa de 10 de marzo de 1938 (2481 E. B.), sobre conflicto de leyes, Sección 28: «La nulidad del matrimonio se rige por la ley rectora de las condiciones del matrimonio. Sin embargo, el error, fraude o coacción, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar donde el matrimonio haya sido celebrado»; Ley surcoreana de 15 de enero de 1962, sobre el Derecho internacional privado, art. 15.- «Condición necesaria para la formación del matrimonio: 1) Las condiciones necesarias para la formación del matrimonio se determinarán por la ley nacional de cada una de las partes»; Código Civil portugués, de 25 de noviembre de 1966, art. 49: «La capacidad para contraer matrimonio... se regula, en relación a cada parte contrayente, por la respectiva ley personal, a la cual compete también definir los efectos de la falta de los vicios de la voluntad de los contrayentes»; en fin, Código Civil peruano, de 24 de julio de 1984, art. 2079: «La nulidad del matrimonio se rige por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca cuya infracción motiva dicha nulidad. Los vicios de consentimiento, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar de celebración», y art. 2080: «La ley del domicilio conyugal rige los efectos de la nulidad del matrimonio, excepto los referentes a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio», vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, 1995, pp. 616-617, 671-672, 140, 583 y 559, respectivamente.

43 Así, p. ej. Manuel de Lasala Llanas: *Sistema español de derecho civil internacional e interregional*, Madrid (1933), p. 121.

44 Id. in eod. loc. p. 130.

45 En efecto, la nulidad puede invocarse por defecto de capacidad, por falta de algún requisito de fondo, o por defecto formal, o por varias de estas circunstancias que puedan concurrir conjuntamente desde el punto de vista del demandante.

para esta están previstas en el Código Civil (forma civil española, forma religiosa legalmente prevista (art. 49), forma establecida por la ley del lugar extranjero de celebración, o sea, en virtud de la secular regla *locus regit actum* (arts. 11 y 49), y forma extranjera de la ley personal (ley nacional) de cualquiera de los contrayentes si ambos son extranjeros y se casan en España prefiriendo esa forma a la prescrita para los españoles (art. 50).<sup>46</sup>

Ahora bien, y esto dicho, «la ley presuntamente infringida», aun cuando resulte probada su infracción, con ser la solución ideal, la que efectivamente debería ser, no en todos los casos será de posible aplicación por el juez español, y no lo será cuando la regla de conflicto española señale aplicable una ley *que no ha sido la infringida*. Baste con citar un ejemplo, supongamos un proceso de nulidad matrimonial ante juez español que presenta las siguientes características: los contrayentes, nacionales del Estado A, se casan, conforme a la regla *locus regit actum*, en el Estado B donde ambos tienen su domicilio (residencia habitual para la ley española). Los contrayentes conforme a su ley nacional tienen plena capacidad nupcial, pero la regla de conflicto de su Estado nacional determina que la capacidad se rige por la *lex domicilii*, es decir la ley de B, conforme a la cual uno de los contrayentes resulta incapaz. En tales circunstancias posteriormente el contrayente que se siente perjudicado solicita la nulidad del matrimonio en España cuyos órganos jurisdiccionales en ese momento tienen que resultar, por supuesto, internacionalmente competentes. Es evidente que la ley «presuntamente infringida» es la del Estado B (domicilio/residencia habitual) ¿y es esa la que va a aplicar el juez español? ¿o más bien aplicará el artículo 9. 1 del Código Civil, según el cual la capacidad se rige por la *ley nacional* de la persona? Todo parece indicar que, sin duda alguna, esta regla conduce a la ley nacional de los contrayentes, y concretamente a la *ley material del Estado A* que, repetimos, es la nacional conforme a la cual es capaz, ¡pero esa ley no es la «presuntamente infringida»!, esta es la del Estado B que no puede ser aplicada por el juez español porque la regla de conflicto reguladora de la

46 Así, p. ej. un alemán y una japonesa que se casan en Roma en forma italiana la ley aplicable a la forma es la del ordenamiento italiano, pero si se casan en el consulado de Japón en Roma la ley aplicable a la forma es la japonesa; no resulta aquí aplicable la regla citada *locus regit actum* sino la que determina que cada funcionario aplica las formas de la ley de su Estado, es decir, *auctor regit actum*. Y lo mismo ocurre si el matrimonio consular se celebra en España, o en un consulado español en el extranjero, siempre que ello pueda llevarse a cabo pues como se sabe existen países que no autorizan el matrimonio consular en su territorio (así, p. ej. Austria o la República Argentina), sobre este vid., Rafael Arroyo Montero: *El matrimonio consular*, Madrid, 1991, 226 pp. más IX.

capacidad le conduce, como se ha visto, al ordenamiento de otro Estado, el A. Y esto es así porque para la aplicación del artículo 9.1 del Código Civil el artículo 12. 2 *no permite el reenvío a tercera ley o de segundo grado*. A través de este ejemplo puede verse que la fórmula actual del artículo 107.1 del Código Civil no tiene todos los flancos cubiertos. El profesor Tomás Ortiz de la Torre propuso, ante la reforma que sufrió el artículo 107 del Código Civil, que los requisitos de capacidad y fondo se regulasen por la *ley material de la nacionalidad de cada contrayente*, fiel a la conexión *lex patriae* que proclama en Código Civil como rectora del estatuto personal desde la publicación del referido Código en 1889. Por tanto, sin admitir el reenvío que la regla de conflicto de la ley nacional del cónyuge, o cónyuges, pueda hacer al ordenamiento jurídico español, según la posibilidad del artículo 12.2 de dicho Código, ni menos aún el reenvío a tercera ley no admitido por este artículo. Ello conduce a considerar como ley presuntamente infringida la material, sustantiva, que regula el estatuto personal para la regla de conflicto española.<sup>47</sup> Ciertamente es una solución. Pero también cabe tener en cuenta como ley «presuntamente infringida» la que señala la regla de conflicto de la ley nacional del cónyuge, o cónyuges, con lo que si se opera un reenvío de retorno a favor de la ley española, esta sería la aplicable (art. 12. 2 del Código Civil); e incluso debería establecerse la posibilidad del reenvío si es la de un tercer Estado, con lo que se generaría un reenvío a tercera ley, o de segundo grado, que el citado artículo 12. 2 del Código Civil no admite, pero que sí está admitido (o mejor dicho, se impone obligatoriamente si se da el caso) en el ordenamiento español concretamente en el supuesto contemplado en los artículos 98.1 y 162.1 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. Y si este tipo de reenvío está admitido en cuanto a la capacidad para obligarse por letra de cambio, pagaré y cheque, no parece que haya argumentos sólidos para denegarlo en materia de capacidad y requisitos de fondo a efectos de celebración de un matrimonio, con lo cual se respetaría lo que el Estado nacional dispone respecto de sus ciudadanos en el extranjero. Así se aplicaría efectivamente la ley presuntamente infringida que señala la regla de conflicto de la ley nacional del cónyuge, o cónyuges. Caben, pues, dos posibles reglas de conflicto cuyo texto podría ser A: «La nulidad del matrimonio se regirá por la ley nacional material de cada cónyuge en cuanto a su capacidad y requisitos de fondo, y en cuanto a los de forma por la ley regu-

---

47 Vid. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre: «Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, número 3, semana 13 al 19 de enero de 2003, p. 75 y ss., especialmente pp. 91-92.

ladora de la seguida por los cónyuges, siempre que sea una de las señaladas por la regla de conflicto española», o B: «La nulidad del matrimonio se regirá por la ley nacional de cada cónyuge en cuanto a su capacidad y requisitos de fondo. Si esta ley declara aplicable otra, esa otra ley será la aplicada. En cuanto a los requisitos de forma... (igual que en la fórmula A)». Como puede verse el legislador, pues, tiene ante sí alternativas que habría de valorar, a los fines de elaborar un texto que, creemos, no debe presentar duda alguna en cuanto a la determinación de la ley aplicable a la nulidad del matrimonio.

Con este Reglamento, que afecta a la legislación de España, creemos que los órganos competentes de la Unión Europea dan un nuevo e importante paso que viene a sumarse a los ya dados en otros ámbitos jurídicos. Un paso tendente hacia ese «Derecho uniforme» para los Estados miembros, cuya aspiración se persigue desde el mismo origen de la Comunidad Europea (como pasó a denominarse la Comunidad Económica Europea, conforme al artículo G del Tratado de la Unión Europea) ya que el Tratado firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, constitutivo de aquella, establecía entre las acciones a llevar a cabo por la Comunidad para alcanzar sus fines, en su artículo 3, h): «la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común». Puede decirse, en definitiva, que la política de la Unión Europea sigue su avance a través de esa forma del «método universal», este caso configurado por las normas emanadas de los órganos legislativos comunitarios.

Madrid, septiembre de 2012.