

# COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN CASOS DE “CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES” (NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO)

## EN BREVE

La reglamentación de las “crisis matrimoniales internacionales” en Derecho internacional privado es “complicada” porque existen diferencias muy pronunciadas entre los distintos Derechos estatales a la hora de regularlas. Las respuestas de un sistema jurídico a las crisis matrimoniales reflejan las concepciones morales, jurídicas y éticas acerca del individuo y la familia, en un momento dado. Así, p. ej., en ciertos países, hasta hacia bien poco, el divorcio no se admitía (Malta); en algunos no existe la separación judicial pero sí el divorcio (Alemania, Suecia, Finlandia, Marruecos); en otros el divorcio es unilateral y sólo lo puede solicitar el esposo (ciertos países musulmanes, que admiten el repudio); en otros países el divorcio procede sólo por declaración judicial (España, Francia) mientras que en otros países cabe un divorcio ante autoridad administrativa, -alcaldes-, (Japón), autoridad religiosa, -rabinos-, (Israel), o fedatario público -notarios- (Cuba), o cabe un divorcio por mero acuerdo privado entre los cónyuges sin intervención de autoridad ninguna (Tailandia).

## SUMARIO

1. Planteamiento
2. Competencia judicial internacional y “crisis matrimoniales internacionales”
3. Ley aplicable a la nulidad matrimonial, separación judicial y divorcio internacional
4. A modo de conclusión



**ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ**

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a profesor Titular de Universidad). Consejero Académico del despacho de Abogados ARAY Asociados, con sede principal en Alicante y oficinas en Murcia, Madrid y Beijing (China).

## PLANTEAMIENTO

Así, el objetivo de este trabajo es reflexionar, desde una perspectiva práctica, y desde la óptica del Derecho internacional privado español, acerca de las “crisis matrimoniales internacionales”, con el fin de facilitar la comprensión, en estos casos, de la cada vez más compleja trama normativa del Derecho internacional privado español.



Hablar de las “crisis matrimoniales internacionales” es hablar, p. ej., de la “historia de amor” de JOSÉ LUIS y SARAH: El 14 de febrero de 2020, JOSÉ LUIS, español, domiciliado en Alicante (España), contrae matrimonio en Rabat (Marruecos), según el rito musulmán, con SARAH, de nacionalidad marroquí. El matrimonio se establece en Túnez. Tiempo más tarde, y tras una serie de desavenencias, JOSÉ LUIS vuelve a Alicante (España), donde fija su residencia habitual. Si JOSÉ LUIS quisiera entablar una demanda de divorcio ante un Juzgado de los de Alicante (España), antes de llevarla a efecto, debería resolver dos interrogantes: ¿El Juzgado de Alicante tendría competencia para conocer de la demanda de divorcio? y ¿Cuál sería la ley aplicable al divorcio instado por JOSÉ LUIS?

Evidentemente, el carácter A permanente de la inmigración en España plantea, cada vez con más frecuencia, desafíos jurídicos no solo en el ámbito del Derecho de la Nacionalidad y de la Extranjería, sino, cada vez con más frecuencia, en el del Derecho internacional privado: divorcios de extranjeros, guarda y custodia de menores, reclamaciones internacionales de alimentos, secuestro internacional de menores, etc. son situaciones a las que se enfrentan cotidianamente los abogados y asesores jurídicos que trabajan con extranjeros.

## LEGISLACION

[www.globaleconomistjurist.com](http://www.globaleconomistjurist.com)

- Reglamento (CE) nº 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) nº 1347/2000. (Legislación. Marginal: Marginal: 34753). Arts.; 1, 3
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (Legislación. Marginal: 69726851). Art.; 22 quáter c)
- Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. (Legislación. Marginal: 477668). Art.; 8
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Arts.; 9, 12, 107
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (Legislación. Marginal: 100811). Art.; 65
- Convenio de 2 de octubre de 1973, sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Alimenticias, hecho en La Haya. (Legislación. Marginal: 69397586)
- Ley 1/2000, de 7 de enero. Ley de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 12615). Art.; 281
- Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Art.; 33
- Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. (Legislación. Marginal: 477667)

## JURISPRUDENCIA [www.globaleconomistjurist.com](http://www.globaleconomistjurist.com)

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 13 de octubre de 2016, asunto C-294/15, (Marginal: 70352660)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 1 de agosto del 2016, asunto C-281/15, (Marginal: 69945498)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 16 de julio de 2009, asunto C-168/08, (Marginal: 70362418)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, (Marginal: 70362350)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 20 de junio de 2006, núm. 457/2006, Nº Rec. 840/2005, (Marginal: 2454628)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 29 de septiembre de 2006, núm. 321/2006, Nº Rec.253/2006, (Marginal: 2454627)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 1 de septiembre de 2006, núm. 279/2006, Nº Rec.142/2006, (Marginal: 70423987)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 8 de noviembre de 1999, núm. 444/1999, Nº Rec. 72/1997, (Marginal: 70423988)

## COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y “CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES”

**La regulación de la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad matrimonial y separación judicial se contiene en dos instrumentos: a) el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003; y b) el artículo 22 quáter c) de la LOPJ 2015.**

El Reglamento 2201/2003, que tiene su fundamento jurídico en el artículo 65 del TCE, tras la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997, regula los *procedimientos civiles relativos a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y exequátur* de resoluciones en materia **de: a) divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio internacional; b) responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges, pero sólo cuando la cuestión se plantee con ocasión de las acciones en materia matrimonial internacional – separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial–.**

El Reglamento 2201/2003 contiene diversos foros de competencia judicial internacional, alternativos (*STJUE Hadadi, C-168/08*) y controlables de oficio, que se recogen, fundamentalmente, en el artículo 3, y que “girán en torno a la nacionalidad y/o residencia de los cónyuges”; de esta forma, “en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, los tribunales de un país comunitario, se declararán competentes cuando concurra cualquiera de estos foros:



1. La residencia habitual de los cónyuges.
2. El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí.
3. La residencia habitual del demandado.
4. En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges.
5. La residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.
6. La residencia habitual del demandante en caso de que haya residido 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.
7. La nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio común.

## CUESTIONES PRÁCTICAS A TENER EN CUENTA EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE “CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES”

Creciente complejidad normativa: incidencia y prevalencia del Derecho de la UE y del Derecho convencional sobre el régimen autónomo: 1º) el Reglamento 2201/2003; y 2º) la LOPJ 2015.

**Domicilio = residencia habitual:** en Derecho privado español ambos conceptos coinciden. Se exige que el sujeto resida habitualmente en España, no bastando su “mera estancia en España” (SAP Murcia 8 noviembre 1999).

### EJEMPLO PRÁCTICO

*Una ciudadana ecuatoriana que reside habitualmente en España presenta demanda de separación contra su esposo marroquí residente en Marruecos. ¿Se podría declarar competente el tribunal español?*

*El artículo 3 del Reglamento 2201/2003 es aplicable y los tribunales españoles son competentes en virtud de la residencia habitual del demandante en España al tiempo de la demanda. También podrían emplearse los foros de competencia judicial internacional previstos en las normas españolas de producción interna.*

### EJEMPLO PRÁCTICO

*Un matrimonio entre un holandés y una española desea separarse judicialmente. Vivieron juntos en España durante cinco años, pero en la actualidad, cada uno vive en su país. ¿Se podría declarar competente el tribunal español?*

*Para decidir sobre la competencia judicial internacional, sólo el Reglamento 2201/2003 es el instrumento a utilizar, pues el demandado es nacional de un Estado miembro y además reside en un Estado miembro, y porque es posible encontrar tribunales competentes en un Estado miembro. Por tanto, la mujer española puede solicitar el divorcio en España: corresponde al foro de la última residencia habitual de los cónyuges, visto que uno de ellos todavía reside allí. También podría presentar su demanda en Holanda: residencia habitual del demandado.*

## EJEMPLO PRÁCTICO

*Dos ciudadanos andorranos presentan demanda de divorcio en España. Contrajeron matrimonio en Andorra y vivieron en España durante 10 años. Actualmente, uno de ellos habita en Andorra y el otro en España. Ningún criterio del Reglamento 2201/2003 hace competente a ningún tribunal de un Estado miembro. ¿Se podría declarar competente el tribunal español?*

*Se aplicará, entonces, el artículo 22 quáter c) LOPJ 2015 para decidir sobre la competencia de nuestros tribunales: será posible que, a través, de la sumisión de las partes, los tribunales españoles se declaren competentes.*

Cuando según dicho Reglamento, ningún tribunal de un Estado miembro de la UE sea competente entrarán en juego los foros de competencia del **artículo 22 quáter c) de la LOPJ 2015**. Con arreglo a tales foros, son competentes los tribunales españoles en materia de “crisis matrimoniales internacionales” en los siguientes supuestos:

1. Cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda (art. 22 quáter c) LOPJ 2015).
2. Cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí (art. 22 quáter c) LOPJ 2015).
3. Cuando España sea la residencia habitual del demandado (art. 22 quáter c) LOPJ 2015).
4. En caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges (art. 22 quáter c) LOPJ 2015).
5. Cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda (art. 22 quáter c) LOPJ 2015).
6. Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda (art. 22 quáter c) LOPJ 2015).
7. Cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española (art. 22 quáter c) LOPJ 2015).

Debemos destacar la STJUE *Edyta Mikolajczyk*, asunto C-294/15, en el que se plantea una decisión prejudicial respecto a la aplicación del Reglamento 2201/2003 a los supuestos de nulidad matrimonial en el supuesto en el que

un cónyuge haya fallecido anteriormente, e instado por un tercero.

Una vez que el tribunal ha resuelto que la acción de nulidad está dentro del objeto de aplicación del Reglamento 2201/2003, observa que el artículo 1, apartado 1, letra a) no matiza respecto a la fecha de iniciación del procedimiento en relación con el fallecimiento de uno de los cónyuges ni en función de la identidad del titular del derecho a incoar tal procedimiento ante un órgano jurisdiccional.

Además, el artículo 1.3 del Reglamento 2201/2003 no contempla como materia excluida de su aplicación un “procedimiento de nulidad matrimonial instado por un tercero”, y aunque el supuesto de la STJUE el tercero que insta la acción es un heredero del matrimonio, el objeto del litigio principal no se refiere a las materias excluidas sobre fideicomisos o sucesiones, sino a declaración de nulidad del matrimonio.

En palabras del tribunal, “*excluire un procedimiento como el del litigio principal del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 sería contrario al respeto de dicho objetivo, ya que esta exclusión podría acrecentar la inseguridad jurídica vinculada a la falta de un marco normativo uniforme en la materia*”.

**El hecho de que un matrimonio haya finalizado por el fallecimiento de uno de los cónyuges no excluye de la aplicación del Reglamento 2201/2003**, puesto que cabe considerar que una persona pueda tener interés en obtener la nulidad de un matrimonio incluso después del fallecimiento de uno de los cónyuges.

Ahora bien, **la situación cambia en los criterios de competencia del Reglamento 2201/2003 cuando lo insta un tercero,**

**puesto que las normas de competencia judicial están destinadas a preservar los intereses conyugales, y que los criterios de competencia se basan en la residencia de los cónyuges.** La finalidad del Reglamento es proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común, pero garantizando que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia (*STJUE Sundelind López*, C-68/07).

Por lo tanto, los criterios de competencia del artículo 3.1, incisos quinto y sexto, donde hacen una alusión genérica a un “demandante”, ese demandante no incluye a personas distintas de los cónyuges, por lo que esas terceras personas deben quedar sujetas a los criterios del artículo 3.1, incisos primero al cuarto.

## LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO INTERNACIONAL

Una vez que se ha declarado competente el Tribunal español es el momento de determinar la ley aplicable y resolver el litigio privado internacional planteado.

“EL HECHO DE QUE UN MATRIMONIO HAYA FINALIZADO POR EL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES NO EXCLUYE DE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2201/2003”

### CUESTIONES PRÁCTICAS A TENER EN CUENTA EN RELACIÓN CON LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE “CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES”

- La determinación del Derecho aplicable a las relaciones jurídicas de tráfico jurídico externo se realiza a través de **normas específicas de Derecho internacional privado**; que pueden ser **internas** (p. ej. Código Civil), **comunitarias o convencionales** (p. ej. el Reglamento 1259/2010 o el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos).
- Pervivencia de la **orientación personalista en la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto**.
- Las normas de conflicto generan diversos **problemas de aplicación: la aplicación del Derecho extranjero** (régimen legal sobre alegación y prueba del Derecho extranjero –artículo 281 de la LEC y 33 de la LCJII–) y el **orden público** (el contenido del Derecho extranjero no puede vulnerar los principios fundamentales del Derecho español –artículo 12.3. del Código Civil–).

En cuanto a la determinación de la ley aplicable en esta materia, debemos distinguir tres supuestos:

- **Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio**

Señala el artículo 107.2 del Código Civil que La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado. Así, debemos remitirnos al Reglamento 1259/2010. **La finalidad del Reglamento es que los matrimonios formados por parejas de**

**distintas nacionalidades o que residan en Estados diferentes, puedan elegir la ley aplicable en caso de divorcio o separación.** El Reglamento 1259/2010 también establece qué ley será de aplicación al divorcio en caso de que no haya acuerdo de los cónyuges. **Uno de los objetivos de la nueva norma es tratar de evitar que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses. Distinguimos los siguientes supuestos:**

## EJEMPLO PRÁCTICO

*Un japonés presenta demanda de divorcio ante un juez español contra su esposa china. La esposa se opone a la demanda de divorcio. Mientras duró la convivencia matrimonial, los cónyuges residieron en París. Rota la convivencia, el marido se trasladó a vivir a Madrid, donde reside habitualmente, mientras que la esposa trasladó su residencia habitual a Hong-Kong.*

*La Ley que rige el divorcio es la Ley española, porque aunque el litigio es contencioso, el demandante reside habitualmente en Madrid.*

- **Ley aplicable elegida de mutuo acuerdo por las partes:**

Los cónyuges de distinta nacionalidad, que pertenezcan a Estados que hayan suscrito el Reglamento 1259/2010 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 matrimonio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges; o d) la ley del foro.

- **Ley aplicable a falta de elección por las partes.**

A falta de acuerdo entre los cónyuges para establecer la ley aplicable al procedimiento de separación o divorcio, el Reglamento 1259/2010 dispone en su artículo 8 que 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, o en su defecto, c) de la nacionalidad común de los cónyuges, o en su defecto d) ante cuyos órganos se interponga la demanda.

## EJEMPLO PRÁCTICO

*En el supuesto de un español que contrae matrimonio con una francesa en Francia y fija en el país galo la residencia habitual del matrimonio, en caso de que el marido regrese a España y solicite el divorcio se deberá aplicar al procedimiento de divorcio la **ley francesa**.*

“LA FINALIDAD DEL REGLAMENTO ES QUE LOS MATRIMONIOS FORMADOS POR PAREJAS DE DISTINTAS NACIONALIDADES O QUE RESIDAN EN ESTADOS DIFERENTES, PUEDAN ELEGIR LA LEY APLICABLE EN CASO DE DIVORCIO O SEPARACIÓN”

Dicha ley aplicable resultante rige las siguientes cuestiones: 1º admisión del divorcio o separación; 2º causas de separación y divorcio; 3º efectos que produce la interposición de la demanda; 4º efectos de la reconciliación sobre el procedimiento y/o el divorcio y posible conversión de la separación en divorcio; 5º la elaboración de un convenio regulador en los procedimientos de divorcio o separación de mutuo acuerdo; 6º el régimen del divorcio o de la separación en caso de desacuerdo; 7º si debe procederse o no a la disolución del régimen económico matrimonial; 8º los alimentos derivados del divorcio o separación y la pensión compensatoria por desequilibrio económico se regulan también por la Ley del divorcio; 9º si procede o no la disolución del matrimonio en virtud de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges; y, 10º la asignación de la vivienda familiar a uno de los ex-cónyuges o exconvivientes.

## JURISPRUDENCIA

SAP Asturias, sec. 4ª, S 29-9-2006, nº 321/2006, rec. 253/2006. Pte: Zamora Pérez, Nuria

La AP desestima el recurso interpuesto por el demandado frente a la sentencia que estimó la demanda y declaró la separación de los cónyuges litigantes con los efectos inherentes a dicha declaración. **El tribunal argumenta que, aunque ambos cónyuges son de nacionalidad rumana, al no existir en el derecho rumano la separación, la misma ha de regirse conforme a la ley española.** Por otro lado, no existiendo previsión en el derecho de rumano respecto de los alimentos de los hijos mayores de edad, debe aplicarse igualmente la ley española, al ser la de residencia de los litigantes, que se deben reconocer a la hija común al carecer de independencia por estar cursando sus estudios, siendo su cuantía conforme a las necesidades de la misma y a las posibilidades de padre alimentante.

## JURISPRUDENCIA

AP Barcelona, sec. 18ª, S 20-6-2006, nº 457/2006, rec. 840/2005. Pte: Viñas Maestre, María Dolores

La AP desestima el recurso interpuesto por la demandada frente a la sentencia que estimó la demanda y declaró la nulidad del matrimonio formado con el actor. El tribunal argumenta que, **siendo ambos cónyuges de nacionalidad marroquí, debe aplicarse el derecho marroquí y no el español**, aunque también conforme a aquél debe declararse la nulidad al estar acreditado que faltó el consentimiento matrimonial.

## JURISPRUDENCIA

AP Toledo, sec. 2ª, S 9-1-2006, nº 279/2006, rec. 142/2006. Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la

Contra la sentencia de instancia, que desestimó la demanda, la AP estima el recurso de apelación interpuesto por la actora, revoca la misma, y en su lugar estima la demanda. Los cónyuges han contraído matrimonio en Marruecos, y son los dos de nacionalidad marroquí. La actora invoca la ley española, por ser la residencia común de los cónyuges, y el demandado la ley nacional común. **La falta de prueba del derecho invocado por el demandado lleva a juzgar y fallar según el derecho español.** Se establece una pensión compensatoria para la actora y se fija la pensión para los hijos.

## LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL

El art. 107.2 del Código Civil señala **La Ley que regula la nulidad 2º) plazos para la interposición que la nulidad del matrimonio y sus del matrimonio se ocupa de estos de la acción y naturaleza de los efectos se determinarán de conformidad aspectos: 1º) legitimación para el mismos; y, 3º) convalidación de con la ley aplicable a su celebración. ejercicio de la acción de nulidad; matrimonios anulables.**

### Ley aplicable a los “divorcios privados”

Con fecha de 11 de junio de 2015, Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich,

Alemania planteó al TJUE en el asunto C-281/15 Sahyouni una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la aplicación del Reglamento nº 1259/2010 en los llamados “divorcios privados” como pueden ser procedimientos instados por tribunales religiosos, como el Tribunal de la Rota; además de cuestiones como ley aplicable y orden público.

Por desgracia, el Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016 se declaró incompetente para resolver las preguntas del tribunal alemán, puesto que no se cumplían los requisitos procesales pertinentes, por lo que debemos esperar a un posterior planteamiento para la resolución de tales cuestiones.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

- La normativa existente en materia de “relaciones internacionales de familia” se caracteriza por su complejidad, y la exigencia del cumplimiento de numerosas formalidades, lo que la convierte, en ocasiones, en un auténtico laberinto normativo, que puede hacer naufragar hasta al jurista más experto

### “relaciones internacionales de familia” = laberinto normativo

- La importancia creciente del Derecho internacional privado en España por la presencia cada vez más numerosa de extranjeros entre nosotros, tendiendo una especial incidencia en el Derecho de persona, familia y sucesiones
- La velocidad de los cambios legislativos, y la riqueza de la jurisprudencia española y comunitaria en el ámbito del “Derecho de familia internacional” suponen un alto riesgo para el profesional del Derecho, que le obliga a una permanente actualización

### “Derecho de familia internacional” = permanente actualización

## REGLAMENTO 1259/2010

### CUESTIONES PRÁCTICAS A TENER EN CUENTA EN RELACIÓN A LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE POR LAS PARTES

#### **Consentimiento y validez material**

La existencia y la 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 si el convenio o cláusula fuera válido.

#### **Validez formal**

El convenio se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio.

No obstante, 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 ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación.

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 requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones.

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 serán de aplicación.

## EJEMPLO PRÁCTICO

*La vida matrimonial de los Señores SMITH, ingleses residentes en Alicante, degeneró en una continua situación de falta de respeto, por lo que se declara su nulidad matrimonial ante un juzgado de Alicante, alegando que su matrimonio se había celebrado, en la India, por la forma budista a pesar de que ellos eran protestantes.*

*El Juzgado alicantino sería competente para conocer de la presunta nulidad matrimonial de los Señores SMITH en virtud del artículo 3 del Reglamento 2001/2003 (residencia habitual de los cónyuges); y, la ley aplicable a la nulidad matrimonial sería la ley de celebración del matrimonio, esto es, la ley de la India (artículo 107.1 del Código Civil).*

## EJEMPLO PRÁCTICO

*Una pareja de nacionalidad colombiana y residente en España decide separarse de hecho, quedando el hijo que tienen en común en compañía de la madre, y fijando el padre su residencia en Francia. Si la madre decidiera solicitar una pensión alimenticia, ¿cuál sería la ley aplicable?*

*La ley aplicable a las obligaciones de alimentos sería de aplicación la ley interna de la residencia del acreedor de alimentos, esto es, la ley española.*

## REGLAMENTO 2201/2003

### COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE DIVORCIO, SEPARACIÓN JUDICIAL Y NULIDAD MATRIMONIAL

#### Artículo 3 del Reglamento 2201/2003

- Son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:
  1. Residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda.
  2. Última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos todavía resida allí en el momento de presentación de la demanda.
  3. Residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda.
  4. Residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta.
  5. Residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.
  6. Residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y, o bien es nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su “domicile”.
  7. Los tribunales del Estado miembro de la Nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, “domicile” de ambos cónyuges en dichos países.

#### Caracteres de estos foros

- Foros **alternativos** de competencia judicial internacional
- Foros **puros** de competencia judicial internacional
- Foros **controlables de oficio**

#### Possible aplicación de los foros recogidos en el art. 22 quater c) LOPJ

*Sólo en el caso en el que ningún tribunal de un Estado miembro disponga de competencia con arreglo al Reglamento 2201/2003, la competencia judicial internacional se determinará con arreglo a las leyes del Estado miembro ante el que se presenta la demanda.*

## EJEMPLO PRÁCTICO

**Marido francés y esposa española desean divorciarse. Vivieron juntos en España durante cinco años, pero en la actualidad, cada uno reside habitualmente en su país. Interesa precisar los tribunales competentes para conocer de este divorcio.**

Para decidir sobre la competencia judicial internacional, sólo el Reglamento 2201/2003 es aplicable, pues el demandado es nacional de un Estado miembro y además reside en un Estado miembro, y porque es posible encontrar tribunales competentes en un Estado miembro. Por tanto, la mujer española puede solicitar el divorcio en España a través del foro de la última residencia habitual de los cónyuges, visto que uno de ellos todavía reside allí. También podría presentar su demanda en Francia en virtud del foro de la residencia habitual del demandado.

## EJEMPLO PRÁCTICO

**Un varón marroquí que reside habitualmente en España presenta demanda de divorcio contra su esposa marroquí, que reside habitualmente en Tánger. Interesa precisar los tribunales competentes para conocer de este divorcio.**

El art. 3 del Reglamento 2201/2003 es aplicable y los tribunales españoles son competentes en virtud de la residencia habitual del demandante en España al tiempo de la demanda.

## BIBLIOGRAFÍA [www.globaleconomistjurist.com](http://www.globaleconomistjurist.com)

### LIBROS

Disponible en [www.globaleconomistjurist.com](http://www.globaleconomistjurist.com)

- CALVO CARAVACA ALFONSO-LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ JAVIER, *COMPENDIO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Murcia, 2019.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ FRANCISCO J., *Derecho internacional privado*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2012.
- ORTEGA GIMÉNEZ ALFONSO, HEREDIA SÁNCHEZ LERDYS Y LORENTE MARTÍNEZ ISABEL, *Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho*, 2ª edición, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2020.

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

Disponible en [www.globaleconomistjurist.com](http://www.globaleconomistjurist.com)

- ORTEGA GIMÉNEZ ALFONSO, HEREDIA ORTIZ PEDRO “Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España ¿Por qué debe probarse, qué debe probarse y cómo debe probarse el derecho extranjero en España?”, en *Revista Economist & Jurist*, Número 216, AÑO XXVI, Difusión Jurídica, Barcelona, Diciembre 2017-Enero 2018, pp. 32-39.
- ORTEGA GIMÉNEZ ALFONSO, “La alegación y prueba del derecho extranjero tras la nueva ley internacional de cooperación jurídica”, en *Revista de Derecho*, Número 27/2019, Diciembre 2019, pp. 81-97.
- ORTEGA GIMÉNEZ ALFONSO, “Competencia judicial internacional y la determinación de la Ley aplicable en casos de crisis matrimoniales internacionales”, en *Revista Economist & Jurist*, Número 215, Difusión Jurídica, Barcelona, 17 de noviembre de 2017, pp. 32-43.

## JURISPRUDENCIA

*Competencia de los tribunales españoles en un procedimiento de divorcio porque el demandante es español y tiene su residencia habitual en España seis meses antes de la interposición de la demanda (AAP Coruña 7 de junio de 2019).*

*Competencia de los tribunales españoles para conocer de un divorcio de mutuo acuerdo por estar en un supuesto de prórroga de la competencia de acuerdo con el Reglamento 2201/2003 (AAP San Sebastián de 5 de octubre de 2018).*

## REGLAMENTO 1259/2010

### LEY APLICABLE EN MATERIA DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN JUDICIAL

Este Reglamento es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro participante en el mismo. Ahora bien, el Reglamento sólo vincula a ciertos Estados miembros. En concreto, a los siguientes Estados miembros: **Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Lituania, Grecia y Estonia.**

El Reglamento Roma III determina, exclusivamente, la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. No regula ni la competencia internacional para pronunciar un divorcio o separación judicial ni el reconocimiento de resoluciones dictadas de divorcio o separación.

#### Soluciones de ley aplicable

La lista de puntos de conexión que determinan la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, es la siguiente (arts. 5 a 8 del Reglamento 1259/2010):

1. El divorcio y la separación judicial se rigen por la Ley elegida por las partes en los términos de los arts. 5 a 7 del Reglamento 1259/2010.
2. En defecto de Ley válidamente elegida por los cónyuges, se aplica la Ley del país en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a del Reglamento 1259/2010).
3. En defecto del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período 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 (art. 8.b del Reglamento 1259/2010).
4. A falta del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c del Reglamento 1259/2010).
5. Finalmente, en defecto de todos los anteriores criterios, se aplicará la Ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (art. 8.d del Reglamento 1259/2010).

## EJEMPLO PRÁCTICO

***Un varón español casa con varón también español en Madrid en 2010. Por razones de trabajo, ambos se trasladan a Bruselas (Bélgica), ciudad donde residen habitualmente desde entonces. Los cónyuges habían elegido en documento privado firmado y fechado, como Ley aplicable a su divorcio, el Derecho español como Derecho regulador de su divorcio. Ambos cónyuges solicitan el divorcio ante jueces belgas. Es preciso determinar la Ley estatal que rige este divorcio.***

*El juez belga aplicará la Ley española como Ley aplicable al divorcio, ya que respeta los requisitos recogidos en el art. 5 del Reglamento 1259/2010.*

## JURISPRUDENCIA

*Ley aplicable al divorcio de un matrimonio alemán en aplicación del Reglamento 1259/2010 (SAP Barcelona de 21 de febrero de 2020).*