

Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad*

International matrimonial crisis and party autonomy

GUILLERMO PALAO MORENO

*Catedrático de Derecho Internacional privado,
Universitat de València*

SUMARIO: 1. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA REGULACIÓN DE LAS CRISIS MATRIMONIALES. 1.1. *Las relaciones de familia internacionales y autonomía de la voluntad.* 1.2. *¿La autonomía de la voluntad como principio rector de la regulación de las crisis matrimoniales internacionales?* 2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LAS CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES. 2.1. *Competencia judicial internacional.* 2.1.1. Aproximación general y situación previa al Reglamento Bruselas II bis. 2.1.2. La prorrogatio fori en el Reglamento Bruselas II bis. 2.1.3. La autonomía de la voluntad en la Propuesta de Reglamento de 2006. 2.2. *Mediación familiar internacional.* 2.2.1. Regulación y carácter «transfronterizo» de la mediación familiar. 2.2.2. Crisis matrimoniales internacionales, autonomía de la voluntad y mediación. 2.2.2.1. Mediabilidad de la controversia y pacto de mediación. 2.2.2.2. Proceso de mediación familiar internacional y autonomía de la voluntad. 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA LEY RECTORA DE LAS CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES. 3.1. *La elección de la ley aplicable por las partes.* 3.1.1. Aproximación general y situación previa al Reglamento Roma III. 3.1.2. La electio iuris en el Reglamento Roma III. 3.1.3. Condiciones del pactum de lege utenda. 3.1.4.4. La validez del acuerdo de elección de ley aplicable. 3.2. *Límites y excepciones*

* El presente estudio se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación MEC-DER2010-17126, «La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia española del siglo XXI», del Proyecto GV-PROMETEO/2010/095, «Mediación y arbitraje: piezas esenciales en el modelo de justicia del siglo XXI» y del Proyecto GV-ISIC/2012/017 «DIKE».

a la elección de la ley aplicable. 3.2.1. Regla general. 3.2.2. Reglas especiales. 3.2.2.1. Aplicación de la ley del foro. 3.2.2.2. Diferencias en las legislaciones nacionales. 4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES. 4.1. *Reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de separación y divorcio y autonomía de la voluntad.* 4.2. *Reconocimiento de acuerdos extranjeros de mediación en materia de separación y divorcio y autonomía de la voluntad.* 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN. La autonomía de la voluntad juega un importante papel en la regulación de las crisis matrimoniales internacionales en nuestros días. Son numerosos los motivos y las ventajas que justifican este destacado papel, siendo también diversas las manifestaciones de su extensión en los diferentes sectores del Derecho internacional privado al regular este tipo de litigios. En este sentido, aunque con un distinto alcance, su importancia se puede apreciar tanto al determinar los tribunales internacionalmente competentes, como a la hora de determinar la ley aplicable e incluso en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en este ámbito. En este sentido, la reciente Directiva europea en el ámbito de mediación transfronteriza ha afianzado su significado y propicia su empleo. Como consecuencia, este estudio analiza con profundidad las razones detrás de su desarrollo y empleo, así como su alcance en el actual sistema de Derecho Internacional Privado.

ABSTRACT. Party autonomy plays a significant role in the regulation of international matrimonial crisis nowadays. There are several reasons and benefits which justify such importance and all the different sectors of Private International Law have felt this influence. In this respect, its significance (although with a diverse intensity) may be observed in relation to not only international jurisdiction rules, but also conflict-of-law provisions and recognition and enforcement of foreign judgments in this specific field. Besides, the recent European Directive on cross-border Mediation supports and enhances this noteworthy impact. As a result, this study analyzes in deep the reasons behind the development of party autonomy and its increasing use in relation to cross-border separations and divorces, as well as its scope and practical reach in the current Private International Law system.

Palabras clave. Autonomía de la voluntad. Crisis matrimoniales internacionales. Derecho internacional privado.

Key words. Party Autonomy. International matrimonial crisis. Private International Law.

1. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA REGULACIÓN DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

1. En los últimos años se ha incrementado el interés por el estudio y la regulación de las crisis matrimoniales, sobre todo cuando éstas cuentan con un carácter internacional. Esta atención se encuentra motivada, entre otras causas, por los decisivos cambios sociales que han acontecido a lo largo de finales del siglo XX e inicios del siglo XXI. De este modo, el incremento de los movimientos migratorios en este reciente período ha generado sociedades más internacionalizadas y crecientemente multiculturales. Una circunstancia que, a su vez, ha supuesto el incremento de los matrimonios y de sus crisis con un carácter internacional.

Sin lugar a dudas, la realidad sucintamente descrita destaca por su gran complejidad, cuando además la disparidad normativa se asienta asimismo en una divergencia de valores y de culturas que las informan. Todo lo cual ha redundado en una mayor complejidad en su gestión legal, al estar tales supuestos vinculados a una pluralidad de jurisdicciones y de ordenamientos legales estatales en una sociedad crecientemente global; conduciendo a una mayor atención por parte de los legisladores nacionales, los centros de codificación –regional e internacional– y la propia práctica.

2. España es un buen ejemplo del fenómeno apuntado, dándose en nuestro país las circunstancias idóneas para la multiplicación de las disoluciones matrimoniales con elementos de extranjería. En este sentido, el fenómeno migratorio en nuestro país no sólo se ha caracterizado por un significativo flujo de extranjeros a nuestro país (ciertamente menor en los últimos años), sino también por el origen geográfico y cultural dispar de estas personas. Así, junto a una destacable presencia de ciudadanos europeos (tanto de Estados miembros de la Unión Europea –en adelante, UE–, como provenientes de terceros Estados europeos), sobresale la importante llegada de nacionales de Repúblicas americanas y de Estados africanos. Una realidad social que, tal y como se ha expuesto anteriormente, ha implicado un incremento de los matrimonios y consecuentemente de las disoluciones matrimoniales con una naturaleza internacional en España¹.

1. PALAO MORENO, G., «Crisis matrimoniales internacionales: cinco elementos a tomar en cuenta», en: AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Laguarda Domínguez*, Valencia, Universitat de València, 2008, vol. II, pp. 1610-1632, pp. 1612-1614.

Por todo ello, y precipitado por el peso que la ley personal –nacional– juega en nuestro sistema tradicional de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr), se ha incrementado el recurso a las técnicas propias de esta disciplina, así como se ha visto propiciada la aparición de fenómenos como en el del «conflicto de culturas». Y ello, en tanto en cuanto sistema llamado a servir de canal de comunicación intercultural². No en vano, como se ha puesto de manifiesto, la disolución matrimonial constituye una de las instituciones que más se han visto afectadas por el fenómeno de la multiculturalidad³. Estas circunstancias han precipitado la atención y el interés por este sector del Derecho, en vistas a procurar la adecuada ordenación de estas relaciones y la solución de los complejos conflictos que las mismas son susceptibles de generar.

3. Junto a lo expuesto, es preciso recordar que al mencionado complejo contexto social, se une el laberíntico marco normativo en el que se desarrollan las disoluciones matrimoniales internacionales en nuestros días. Un marco legal en el que pugnan principalmente normas de origen interno y europeo, mientras que en menor medida disposiciones convencionales de origen internacional⁴. En este sentido y desde un punto de vista normativo, cabe subrayar como las disoluciones matrimoniales no son tratadas como un fenómeno unitario, sino que cada una de las materias eventualmente afectadas va a recibir una respuesta autónoma y diferenciada por parte del vigente sistema de DIPr. En esta línea, las diversas cuestiones que pudieran plantearse en el marco de la ordenación de las crisis matrimoniales, cuentan con una distinta regulación que dificulta su tratamiento normativo y adecuada resolución hoy por hoy.

Así, la propia relajación o disolución del vínculo (ya sea por medio de una separación, un divorcio o una nulidad), se ve regulada de forma diversa en su perspectiva internacional en los sistemas autóno-

2. Vid. RIGAUX, F., «*Ius communicationis et droit international privé*», en: MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *La escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, AEPDIRI, 1993, pp. 67-76; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional Privado de fin de siglo», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria– Gasteiz* 1996, pp. 149-173, p. 171.
3. AGUILAR GRIEDER, H., «Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el DIPr», MORÁN GARCÍA, G. (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho Comparado*, A Coruña, Universidade da Coruña, 2003, pp. 235– 264, p. 237.
4. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «El Derecho internacional privado ante la globalización», *AEDIPr* 2001, pp. 37-87, p. 62.

mos de DIPr y también por parte de la UE⁵. En este sentido, hay que tener en cuenta de un lado, la inexistencia de un marco completo convencional en este ámbito⁶. A su vez y de otro lado, igualmente destaca la importancia que ha ido ganando en el ámbito de la UE la ordenación de las relaciones de familia internacionales, manifestándose en un creciente número de Reglamentos en este ámbito⁷. Esta complejidad, por tanto, no ya sólo se refiere a los distintos instrumentos aplicables –según se trate de los aspectos jurisdiccionales o de aquellos puramente conflictuales–, sino también a las respuestas que estos acogen en relación con aspectos como la disolución matrimonial, las consecuencias económicas que pudieran derivarse para los cónyuges, al igual que aquellas relativas a la custodia o régimen de visitas de los hijos –responsabilidad parental–, o incluso la obligación de alimentos que pudiera establecerse entre ellos. Una disparidad que, hoy por hoy, trae consigo una mayor complicación en su ordenación en supuestos transfronterizos que debería ser reconsiderada⁸.

4. En este nada sencillo panorama jurídico ha irrumpido con fuerza –junto a otras tendencias⁹– el juego que la autonomía la voluntad está desplegando en la ordenación de las relaciones de familia –y particularmente las crisis matrimoniales–, durante los últimos años¹⁰.

5. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito», en: CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *El Derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 213-227.
6. ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales», en: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 2009, pp. 39-64, p. 42.
7. Al respecto, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común», *AEDIPr* 2004, pp. 117-186.
8. También, HAMMJE, P., «Le nouveau règlement (UE) núm. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en ouvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé* 2011, pp. 291-308, p. 295; VIARENGO, I., «Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti», *Riv.dir.int.pr.proc.* 2011, núm. 3, pp. 601-624, p. 613.
9. Como sería, a modo de ejemplo, el impulso que habría recibido en este ámbito el principio de proximidad en la elaboración de las soluciones de DIPr, tal y como subraya SALAMÉ, G., *Le devenir de la famille en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pp.43-44.
10. Con carácter general, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2000, pp. 45-88; CARRU-

En este sentido, no cabe duda de que el peso que paulatinamente está adquiriendo el principio de la autonomía de la voluntad se manifiesta con uno de los elementos jurídicos más decisivos en la actual gestión legal de las disoluciones matrimoniales tanto domésticas como de naturaleza transfronteriza. Una importancia que incluso podría llegar a verse revalorizado en aras a superar la complejidad y alto nivel de fragmentación jurídica que, como se ha censurado, rodea la gestión legal de este tipo de supuestos actualmente.

El juego de la autonomía de la voluntad cuenta con sólidas raíces en la regulación de las relaciones familiares y de las crisis matrimoniales, tanto desde una perspectiva interna, como internacional. No obstante, desde esta última perspectiva transfronteriza posee un más especial significado (si cabe), debido a los desafíos y los riesgos a los que se enfrenta la gestión legal de aquellas complejas situaciones con una naturaleza internacional. De este modo, se entiende que resulta plenamente justificable analizar estas complejas situaciones desde el prisma autonomista desde el actual sistema de DIPr.

Un principio que, sin embargo, se verá modulado lógicamente y radicalmente por efecto de la concepción de orden público que fuera acogida. No en vano, nos encontramos ante una materia singularmente sensible que ha acogido tradicionalmente los valores éticos y morales propios de cada sociedad. Así pues y a modo de ejemplo, en nuestros días cabe resaltar el carácter sustancialmente «paidocéntrico» de ordenamientos jurídicos como el nuestro, donde se pone el acento en el «interés supremo del menor»; afectando ello directamente al juego del principio de la autonomía de la voluntad en el marco de una disolución matrimonial con hijos¹¹.

THERS, J., «Party autonomy in the legal regulation of adult relationships. What place for party choice in Private International Law?», *I.C.L.Q.* 2012, pp. 881-913; GANNAGÉ, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Revue critique de droit international privé* 1992, pp. 425-454; JAYME, E., «Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours* 1995 (251), pp. 9-268, pp. 54-55 y 153-153; *id.*, «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1993, pp. 295-304, pp. 303-304; PALAO MORENO, G., «Crisis matrimoniales internacionales...», *op. cit.*, pp. 1624-1628; VON OVERBECK, A., «L'irrésistible extensión de l'autonomie en droit international privé», en: AA.VV., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 619-636, pp. 635-636.

11. *Vid.* ROCA TRÍAS, E., «Globalización y Derecho de Familia. Los trazos comunes del Derecho de Familia en Europa», *Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.* 2001, pp. 25-43, pp. 36-37.

5. En atención a lo expuesto, constituirá el objeto del presente Curso el análisis de los motivos que han aupado al principio de la autonomía de la voluntad a la cúspide de la regulación de las crisis matrimoniales internacionales, así como el estudio de sus formas de manifestación y consecuencias prácticas en el actual sistema español de DIPr. Un análisis que se circunscribirá a los supuestos de separación judicial y divorcio, sin entrar en aquellos de nulidad matrimonial –al contar, esta institución, con unos contornos propios y diferenciados de los anteriores–. Igualmente, se centrará este trabajo en la disolución del vínculo matrimonial, sin atender a las consecuencias que se derivarían del mismo (esto es, las consecuencias y obligaciones personales y/o patrimoniales que pudieran surgir entre los cónyuges y sus hijos).

En este sentido, se tomará el principio de autonomía de la voluntad como eje principal de este estudio, con el objetivo de comprobar su despliegue e incidencia en cada uno de los sectores propios de nuestra disciplina: la resolución de las controversias –tanto desde una perspectiva jurisdiccional, como no jurisdiccionales–, la determinación de la ley aplicable a tales supuestos, así como el reconocimiento y ejecución de decisiones y resoluciones extranjeras en este ámbito.

1.1. LAS RELACIONES DE FAMILIA INTERNACIONALES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

6. Como se acaba de destacar, el principio de autonomía de la voluntad ha llegado a convertirse en nuestros días en un elemento fundamental en la ordenación de las relaciones de familia internacionales y, en particular, de las crisis matrimoniales. De este modo, este principio ha superado su tradicional confinamiento al Derecho patrimonial –fundamentalmente el Derecho de obligaciones–, para paulatinamente ir penetrando y extendiéndose a ámbitos distintos más directamente vinculados con las relaciones personales; desembocando en la «autonomización» del estatuto personal¹². Tal y como sucede, entre otros ámbitos, con el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones.

De este modo y por lo que hace al primer sector, esa evolución se puso de manifiesto, en un primer término en relaciones familiares de contenido patrimonial –como así pasó con las cuestiones relativas a los

12. CADET, F., *L'ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, París, L'Harmattan, 2005, p. 231.

efectos económicos del matrimonio o con la obligación de alimentos¹³, para ir desembarcando poco a poco en aquellos supuestos con un más marcado carácter personal.

7. El hecho es que, no sólo desde la perspectiva sustantiva, sino también desde la propia óptica del DIPr, en nuestros días se pueden reconocer diversas manifestaciones del mencionado principio autonomista, en ámbitos distintos al tradicional del Derecho Patrimonial¹⁴. De este modo, si atendemos a su presencia en los distintos ámbitos del actual Derecho de Familia Europeo e Internacional, se puede llegar a afirmar de que el recurso al principio autonomista constituye un elemento indiscutible en la actualidad y que éste cuenta con una importancia creciente¹⁵. En esta línea y como se podrá fácilmente apreciar en las próximas páginas del presente Curso, detrás de este trascendental fenómeno se encuentran otros, directamente vinculados al ascenso de la importancia de significativos principios tales como son la igualdad –vinculado a la no discriminación–, la libertad personal e incluso el respeto a la identidad cultural de las personas.

Por ello se puede incluso llegar a afirmar que durante los últimos años se habría manifestado una tendencia hacia la «constitucionalización» del principio de la autonomía de la voluntad, como elemento rector de las relaciones de familia –tanto en situaciones internas, como internacionales–. Tal y como se observa, en el ámbito europeo, en el

-
13. Vid. SCHERPE, J. M., *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2012.
 14. En esta línea, la autonomía de la voluntad constituye uno de los signos características de la globalización, como apunta BONOMÍ, A., «Globalización y Derecho Internacional Privado», en: FARAMIÑAN GILBERT, J.M. (coord.), *Globalización y Comercio Internacional. Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 2005, Madrid, BOE/AEPDIRI, pp. 223-237, p. 231.
 15. Así, con carácter general, AÑOVEROS TERRADAS, B., «La autonomía de la voluntad como principio rector de la normas de Derecho Internacional privado comunitario de la familia», en: FORNER DELAYGUA, J./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./VIÑAS FARREÉ, R. (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 119-131; ARTUCH IRIBERRI, E., «La libertad individual y las parejas ante el Derecho Internacional privado», *R.E.D.I.* 2002.1, pp. 41-63, pp. 43-45; BUCHER, A., «La famille en droit international privé», *Recueil des Cours* 2000 (283), pp. 9-186, pp. 76-77 y 90-91; CARLIER, J.Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruksaelas, Bruylant, 1992, 246-387; JAYME, E., pp. 54-55 y pp. 153-156; PALSSON, L., «Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws», *Recueil des Cours* 1986 (199), pp. 313-413, pp. 399-402.

papel significativo que se habría otorgado a este principio en la ordenación de las relaciones personales y de familia, tanto por parte de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), como por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)¹⁶. De tal modo que podría llegar a afirmarse que, en la actualidad, el principio de autonomía de la voluntad constituye un principio fundamental en el actual Derecho de Familia Europeo e Internacional.

1.2. ¿LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA REGULACIÓN DE LAS CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES?

8. Si descendemos a los supuestos relativos a las crisis matrimoniales –tanto internas como internacionales–, se observa que el medular principio de la autonomía de la voluntad igualmente ha calado profundamente en la gestión legal de este tipo de situaciones; siendo diversas las manifestaciones del mismo. No en vano, este principio –aunque con limitaciones–, deriva directamente del propio principio de libertad, al que se refiere el artículo 17 de la Constitución española¹⁷.

En este sentido, dicho significativo fenómeno se encontraría directamente relacionado con otras tendencias actuales, igualmente de un gran calado en este ámbito. Tal y como son, a modo de ejemplo: la paulatina «contractualización» del matrimonio y su disolución¹⁸, la presencia de una visión «liberal» de este sector del ordenamiento¹⁹ y la reafirmación de su dimensión «privada²⁰» –e incluso la irrupción

-
16. Al respecto, *in extenso*, YETANO, T. M., «The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law», *Journal of Private International Law* 2010, pp. 155-193.
 17. ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia* (Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como Académica de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Valencia, Tirant lo blanch, 2012, p. 129.
 18. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley...*, *op. cit.*, pp. 75-81.
 19. Haciéndose eco de esta apreciación, KRUGER, TH., «Rome III and parties' choice», (disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2173334) [fecha de 16.12.2013] pp. 1-16, p. 3; YETANO, T. M., *op. cit.*, p. 179.
 20. HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 296; QUEIROLO, I./CARPANETO, L., «Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2012, pp. 59-86, p. 62; MUIR WATT, H., «La «conduit des conduites» et le droit international privé de la famille: réflexions sur la gouvernementalité à la lumière du règlement Rome III», en: CORNELOUP, S. (dir.), *Droit européen du divorce. European*

de una «revolución individualista» en este sector²¹-, así como del amplio reconocimiento que se daría del principio *favor divortii* en nuestros días-; llegándose a considerar este principio como un verdadero derecho fundamental para las personas²², así como un elemento impulsor de un «mercado europeo del divorcio»²³ e incluso favorecedor de la «competencia» entre los ordenamientos estatales en este ámbito²⁴.

Esta creciente importancia de la libertad individual de los cónyuges habría derivado, en último extremo, en su instalación como un principio con un gran significado y proyección, en la regulación de las disoluciones matrimoniales en el actual Derecho Europeo e Internacional de la Familia en la actualidad. Algo que, en último término, afectaría también al legislador interno al ordenar las situaciones puramente internas²⁵.

9. Los motivos que habrían justificado esta penetración del principio autonomista en este singular ámbito serían varias y de diferente naturaleza, atendiendo éstas a cuestiones tanto dogmáticas, como prácticas o igualmente relacionadas con los propios objetivos del DIPr o del Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE). De este modo:

a) Por un parte, la autonomía de la voluntad permitiría poner en marcha determinadas políticas que subyacen en este concreto ámbito. En esta línea, su reconocimiento redundaría fundamentalmente en el reconocimiento del principio fundamental de la libertad individual²⁶, incidiendo en el fomento de la «autorregulación» de la vida personal por parte de los cónyuges²⁷. A su vez, esta destacada finalidad iría en línea con el objetivo de cumplir con objetivos como el respeto de la

Divorce Law, París, Université de Bourgogne / Lexis Nexis, 2013, pp. 729-740, pp. 735-740.

21. SALAMÉ, G., *op. cit.*, pp. 394-395

22. KRUGER, TH., *op. cit.*, p. 14.

23. LOQUIN, E., «La création d'un marché européen du divorce?», en: CORNELOUP, S. (dir.), *op. cit.*, pp. 741-751; YETANO, T.M., *op. cit.*, p. 156.

24. YETANO, T. M., *op. cit.*, pp. 182-184.

25. YETANO, T. M., *op. cit.*, p. 179.

26. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley...*, *op. cit.*, pp. 67-69; SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de libertad personal en el Derecho Internacional Privado de la familia», *Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.* 2001, pp. 207-230, p. 217.

27. AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, pp. 129-131; CADET, F., *op. cit.*, p. 231; JAYME, E., «Identité...», *op. cit.*, p. 231; JURCYS, P., «Party Autonomy in International Family Law: A Note from the Economic Perspective» (disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127081) [fecha de visita 16.12.2013], pp. 1-11, p. 5.

vida privada y personal, así como de la libertad. Igualmente, este principio favorecería otros principios como el de la igualdad y la no discriminación de las partes²⁸, en el sentido –entre otros– de facilitarles a los cónyuges un igual acceso a la disolución del matrimonio²⁹.

b) Por otra parte, además de tratarse una alternativa que dotaría de una beneficiosa flexibilidad a la regulación de este tipo de supuestos, iría de la mano de promocionar los intereses de las partes³⁰, e igualmente garantizaría un elevado y necesario nivel de seguridad, estabilidad y previsibilidad jurídica a las partes en este ámbito –y ello, ante situaciones conectadas con diversos ordenamientos estatales³¹–. De tal modo que esta posibilidad de pacto destacaría incluso por su eficacia desde una perspectiva jurídica –garantizando la continuidad de las relaciones jurídicas transfronterizas³²–, al igual que desde una óptica económica³³.

c) Además, se habría destacado como el principio autonomista favorecería la movilidad y la libre circulación de las personas en el ámbito de la Unión Europea³⁴, así como se encontraría en consonancia con la armonía internacional y la continuidad de las relaciones jurídicas en supuestos de naturaleza transfronteriza. Algo que, en definitiva, supondría una potenciación de la seguridad jurídica y de la previsibilidad de soluciones en este complejo ámbito, al igual que respondería al principio de proximidad –dotando de flexibilidad a su regulación³⁵–.

28. AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, p. 120; VIARENGO, I., «The role of party autonomy in cross-border divorces», *NIPR* 2010, pp. 555-561, p. 555.

29. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley...*, *op. cit.*, pp. 71-72.

30. VIARENGO, I., «The role...», *op. cit.*, p. 557.

31. AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, p.p. 128-129; JURCYS, P., *op. cit.*, p. 6; KRUGER, TH., *op. cit.*, p. 2; NAGY, C. I., «What functions may party autonomy have in international family law and succession law? An EU perspective», *NiPR* 2012, pp. 576-585, pp. 576 y 579; MARTINY, D., «Objectives and values of (Private) International Law in Family Law», en: MEEUSEN, J./PERTEGÁS, M./STRAETSMAANS, G./SWENNEN, F. (eds.), *International Family Law for the European Union*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 69-99, p. 90; VIARENGO, I., «The role...», *op. cit.*, p. 556.

32. YETANO, T. M., *op. cit.*, pp. 184-190.

33. JURCYS, P., *op. cit.*, pp. 10-11.

34. NAGY, C.I., *op. cit.*, pp. 580-581; VIARENGO, I., «The role...», *op. cit.*, pp. 555 y 557; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., «Reglamentación comunitaria relativa a las crisis matrimoniales y la particular «crisis» entre los Reglamentos que la integran», en: FORNER DELAYGUA, J./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./VIÑAS FARREÉ, R. (eds.), *op. cit.*, pp. 799-820, p. 816.

35. AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, pp. 125-127.

d) Desde otra perspectiva, la autonomía de la voluntad constituye un expediente especialmente adecuado para garantizar un cierto nivel de unidad jurídica, en una materia caracterizada por una alta divergencia normativa y fragmentación legal³⁶. Y ello, no sólo al respecto de la separación legal y un posible divorcio posterior³⁷, sino también al respecto del resto de cuestiones vinculadas a la disolución matrimonial. En este sentido, las crisis matrimoniales internacionales distan de contar con unas posibilidades de gestión legal uniforme, al tener que tratar cada uno de los aspectos que inciden en la misma acudiendo a diferentes instrumentos –disolución del vínculo, liquidación del régimen económico, responsabilidad parental, obligación de alimentos...-. Por ello, si se posibilitara a las partes a seleccionar la respuesta –jurisdiccional y conflictual– a tales cuestiones, se simplificaría su tratamiento.

e) Asimismo, en relación con las sociedades multiculturales, la alternativa que ofrece la autonomía de la voluntad, posibilitaría a las partes el poder optar por una integración voluntaria en la sociedad de acogida del inmigrante –tanto jurisdiccional, como fundamentalmente conflictual–; frente a una eventual obligación a acudir forzosamente al estatuto rector de su identidad cultural –por vía de la conexión nacional³⁸-. Por lo que, en definitiva, esta opción ofrecería a las partes tanto que se respetara su identidad cultural, como vías hacia una integración jurídica voluntaria en la sociedad de acogida –donde residen³⁹–.

f) En este mismo sentido y por último –ya desde una perspectiva sociológica–, cabría hacer mención tanto a la posibilidad de que este criterio subjetivo pueda complementar los objetivos existentes –con el objeto de poder adaptar la solución legal a la realidad social⁴⁰–;

36. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Uniform conflicts of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation», en: CAMPUZANO DÍAZ, B. / CZEPELAK, M. / RODRÍGUEZ BENOT, A. / RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, A. (eds.), *Latest developments in EU Private International Law*, Cambridge / Antwerp / Portland / , Intersentia, 2011, pp. 23-48, p. 42.

37. VIARENGO, I., «The role...», *op. cit.*, p. 557

38. JAYME, E., «Diritto di familia...», *op. cit.*, pp. 300 y 304. *Vid.* BUCHER, A., *op. cit.*, pp. 87-129; MANKOWSKI, P., «Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht», *IPRax* 2004, pp. 282-290.

39. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Uniform...», *op. cit.*, p. 42; DIAGO DIAGO, M^a P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad», en: CALVO CARAVACA, A.L. / CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *op. cit.*, pp. 271-294, p. 290; VIARENGO, I., «The role...», *op. cit.*, p. 557. Sin embargo, SALAMÉ, G., *op. cit.*, pp. 391-392.

40. JURCYS, P., *op. cit.*, p. 3.

así como destacar igualmente al amplio apoyo social con que cuenta el principio autonomista en la ordenación de las disoluciones matrimoniales en situaciones de naturaleza transfronteriza. Tal y como se ha puesto de manifiesto, a modo de ejemplo, en el estudio elaborado por *The Gallup Organization* para la Comisión Europea en 2006, titulado «Family Law. Analytical Report –Flash Eurobarometer 188–», donde se consignó de modo contundente que⁴¹:

«The majority of the overall EU population think that when couples of different nationalities or if the couple live in a different country than their nationality want to have a divorce within the European Union they should be able to choose between several options with regard to how to proceed with the divorce».

10. A pesar de lo expuesto, igualmente hay que dejar constancia de aquellos motivos que, sin llegar a eliminar el juego de la autonomía de la voluntad de manera radical, sí que tienen por efecto el limitar drásticamente su juego en el ámbito de la ordenación de las crisis matrimoniales internacionales. Con ello, de algo modo, se trataría de contrarrestar una visión excesivamente «liberal» al respecto de esta sensible materia, al igual que se perseguiría proteger determinados intereses dignos de tutela en su seno. En esta línea, cabría señalar:

a) Por un lado, ya se ha mencionado con anterioridad como este particular sector del Derecho de Familia resulta particularmente sensible y se ve directamente informado por las concepciones éticas y morales propias de una sociedad concreta –chocando con la soberanía estatal–, dando opción a un eventual juego del orden público⁴². Y ello sería así, tanto en relación con el sector de la determinación de la ley rectora al supuesto concreto de disolución matrimonial internacional –por medio de la excepción de orden público–, como al respecto de la posible oposición a la circulación internacional de las resoluciones extranjeras en este ámbito, en atención a su posible contrariedad con los principios irrenunciables del ordenamiento del juez de destino de la misma.

b) Por otro lado, la limitación del principio autonomía serviría a la tutela de los intereses de determinados sujetos, cuyos intereses serían dignos de tutela debido a su situación de «debilidad»⁴³. En esta

41. En su p. 16. Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl188b_en.pdf [fecha de visita 16.12.2013]

42. JURCYS, P., *op. cit.*, pp. 6-7.

43. *Ibid.*, p. 7.

línea, junto a la antes señala concepción «paidocentrista» de nuestro ordenamiento jurídico que invitaría a la defensa de los derechos de los menores involucrados; igualmente habría de hacerse mención de la necesidad de que los acuerdos que se pudieran realizar entre los cónyuges cuenten con un «conocimiento informado» por parte de los mismos. Algo, esto último, con lo que se perseguiría re-equilibrar la capacidad negociadora de las partes y se encontraría relacionado con la necesidad de proteger los derechos de aquella parte considerada como más «débil» (o la peor informada) dentro de la relación matrimonial en las complejas situaciones internacionales.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LAS CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES

11. El primer ámbito que se examinará en este Curso será el de la resolución de las controversias internacionales. Un significado sector en el que se advierte el aumento de la importancia del principio de la autonomía de la voluntad, al respecto de las situaciones que se están analizando. En este caso, entre otros motivos, con el objeto de garantizar un igualitario acceso a la justicia a los cónyuges y favorecer sus intereses, así como con el fin de garantizar la necesaria previsibilidad y seguridad jurídica en tales complejos supuestos.

Precisamente ha sido precisamente al respecto de estos objetivos donde se ha enmarcado el ascenso en el ámbito geográfico occidental de instituciones vinculadas al movimiento ADR (*Alternative Dispute Resolution*) –como son el recurso al Arbitraje⁴⁴ y, en mayor medida, a la Mediación⁴⁵–; así como su promoción en vistas a la resolución de aquellos conflictos surgidos en el ámbito de una relación familiar. Una tendencia que choca frontalmente con la tradicional limitación de este tipo de litigios al ámbito jurisdiccional –como se advierte, en nuestro caso, en lo prescrito en el artículo 80 CC⁴⁶–, que ha significado –entre otros fenóme-

44. ABARCA JUNCO, P./GÓMEZ GENE, M., «Arbitraje familiar internacional», Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012), vol. 4, núm. 1, pp. 5-19. Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1461/601> [fecha de visita 16.12.2013].

45. HODSON, D., *A practical guide to International Family Law*, Bristol, Family Law, 2008, pp. 23-25.

46. ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia*, op. cit., p. 135. Una limitación que habría justificada por la naturaleza tradicionalmente imperativa de la normativa reguladora de la separación y del divorcio. NORTH, P. M., «Development of Rules of Private

nos– la incorporación y el reconocimiento de mecanismos extrajurisdiccionales –tanto «autocompositivos» como «heterocompositivos»– o el empleo de instrumentos de naturaleza preventiva –acuerdos prematrimoniales o cláusulas de resolución de conflictos– en su gestión legal⁴⁷. Y ello, no sólo al respecto de situaciones puramente internas, sino también en relación con disputas internacionales. En este proceso de «privatización» adquieren fuerza mecanismos como la «Mediación Familiar internacional» que ha de ser tenida en consideración en la gestión legal de las disoluciones matrimoniales de naturaleza transfronteriza⁴⁸.

2.1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

12. Dentro del sector de la resolución de controversias en materia de crisis matrimoniales internacionales, destaca la importancia de la competencia judicial internacional. Y ello, entre otros motivos, debido a que nuestro ordenamiento jurídico otorga un papel principal a los órganos jurisdiccionales en los supuestos de separación judicial y divorcio (artículo 80 CC), al igual que por el lugar que ocupa la determinación de la jurisdicción competente en el propio sistema de Derecho internacional privado. En este apartado se analizará la creciente presencia de la autonomía de la voluntad a la hora de concretar el foro internacionalmente competente en nuestro sistema vigente.

A este respecto, cabe subrayar como nuestro sistema se encuentra hoy por hoy dominado por reglas de origen europeo que han desplazado –en gran medida– la normativa de origen interno española que en la actualidad cuenta con un papel residual en el sistema. Esto es, el Reglamento (CE) Núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (en adelante, Reglamento Bruselas II *bis*⁴⁹). Un instrumento de origen europeo que obliga a la totalidad de los Estados miembros de la UE (a excepción de Dinamarca⁵⁰) y que viene a desplazar en un gran número de supuestos

International Law in the field of Family Law», *Recueil des Cours* 1980 (166), pp. 9-118, p. 27.

47. ROCA TRÍAS, E., *Libertad y familia*, *op. cit.*, pp. 141-142.

48. KRUGER, TH., *op. cit.*, p. 16. *Vid.* PALAO MORENO, G., «La Mediación Familiar Internacional», en: AA.VV., *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Valencia, Editorial práctica de Derecho, 2003, pp. 61-88.

49. D.O.C.E. núm. L 338, de 23.12.2003.

50. Art. 2.3 Reglamento Bruselas II *bis*.

a los sistemas autónomos de competencia judicial internacional –como es, en nuestro caso, el artículo 22 LOPJ⁵¹–.

En este sentido, –en virtud de dispuesto en los artículos 6 y 7 del Reglamento Bruselas II *bis*, así como la jurisprudencia del TJUE que ha concretado su juego⁵²– el artículo 22 LOPJ únicamente podrá conducir a atribuir jurisdicción en estos caso a nuestros tribunales en aquellos casos en los que o bien un español residente habitual en España presentara una demanda contra su cónyuge (*ex* artículo 22.3 LOPJ) –siempre y cuando el demandado no fuera ni un nacional de un Estado miembro ni residiera habitualmente en ninguno y, claro está, cuando lo hiciera antes de que transcurrieran 6 meses (momento en el que entraría en funcionamiento el artículo 3.1, a) citado Reglamento); o bien cuando en tales supuestos las partes se sometieran a los tribunales españoles⁵³. La sumisión prevista en el artículo 22.2 LOPJ, por lo tanto, no poseería virtualidad en la práctica en nuestros días, siempre que resultara aplicable el citado Reglamento.

2.1.1. Aproximación general y situación previa al Reglamento Bruselas II *bis*

13. Desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, la autonomía de la voluntad –en la forma de sumisión o prórroga de jurisdicción– constituye un principio llamado a contar con un creciente predicamento desde la óptica de la gestión legal de las crisis matrimoniales en el ámbito europeo. Un efecto que se puede ver favorecido, de modo principal, debido a sus beneficios, su utilidad práctica y por atender a los intereses tanto de las partes como de la propia

51. Un resultado que se encuentra pacíficamente aceptado por parte de los tribunales españoles. Así, a modo de ejemplo, SSAP Salamanca, de 29.11.2006 (JUR/2007/144148); Madrid, de 16.3.2007 (JUR/2007/314001); AAP Barcelona, de 26.7.2007 (JUR/2007/276054); AAP Albacete, de 15.7.2011 (JUR/2011/279236). Subrayando su carácter subsidiario, SABIDO RODRÍGUEZ, M., «La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho Internacional Privado español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2013, pp. 499-534, p. 511.

52. STJUE, en el Asunto C-68/07, *Kerstin Sundenlin López*, de 29.11.2007 (disponibles en: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/) [fecha de visita 16.12.2013] *vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «Regulation (EC) 2201/03 and its personal scope. ECJ, November 29, 2007 Case C-68/07, *Sundenlin López*», *Yearbook of Private International Law* 2008, pp. 579-591.

53. En este sentido, SABIDO RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 516.

administración de justicia⁵⁴. A su vez, la posibilidad de que las partes puedan seleccionar el foro en este ámbito se encuentra directamente vinculado con el principio *favor divortii*⁵⁵.

Así, entre otras ventajas, el juego de la sumisión de los cónyuges a una determinada jurisdicción estatal en supuestos internacionales permitirá incrementar la seguridad jurídica y la predictibilidad para las partes, al igual que posibilitaría incorporar un deseable nivel de flexibilidad en esta materia que, en último término, facilite el acceso a los tribunales en situaciones igualmente vinculadas con una concreta jurisdicción. Todo ello, a su vez, favoreciendo una actitud colaborativa entre las partes –al poder acordar los tribunales internacionalmente competentes– y, en consecuencia, evitando la conocida en este sector como la «carrera a los Tribunales» que propicia fenómenos como el *forum shopping*; una actitud poco conciliadora actitud que se pondría de manifiesto al por medio de una actuación estratégica por parte del demandante, y se vería avalada por la imposibilidad de que los cónyuges celebraran un acuerdo en este sentido⁵⁶.

Por todo lo señalado, resultaría deseable que el foro de la sumisión a unos concretos órganos jurisdiccionales se encontrara entre los disponibles para las partes. Y ello, a pesar de que esta posibilidad de celebrar dicho acuerdo se encontrara limitada –debido a constituir la materia de la separación judicial y el divorcio una materia sensible para el legislador nacional, con una fuerte carga de orden público y una destacable diversidad de aproximaciones desde una perspectiva comparada–, para así garantizar la necesaria vinculación que habría de existir entre el litigio y la elección de unos determinados órganos jurisdiccionales.

14. La sumisión, aunque limitada y condicionada a la existencia de determinados vínculos de proximidad que garanticen la conexión entre el litigio y el foro seleccionado, no constituye un foro de jurisdicción totalmente novedoso en el ámbito europeo. Por lo que hace al sistema español de Derecho internacional privado, por ejemplo, la posibilidad de que las partes puedan prorrogar nuestra jurisdicción

54. También, MORLEY, J. D., *International Family Law in practice*, Eagan, MN, West, 2009, p. 44.

55. GAUDEMET-TALLON, H., «La desunion du couple en droit international privé», *Recueil des Cours* 1991 (226), pp. 9-280, p. 95.

56. Sin embargo, GAUDEMET-TALLON (*op. cit.*, p. 96) estima que la autonomía de la voluntad ha de verse limitada en esta materia, precisamente para evitar el juego del *forum shopping*.

se encuentra prevista en el artículo 22.2 LOPJ. Y ello, en forma de foro general –tanto desde su vertiente expresa, como tácita⁵⁷–, aunque no como foro particular cuando el numeral 3º se enfrenta a los foros especializados en materia de separación judicial y divorcio. A esta posibilidad se han referido nuestros tribunales en diversas ocasiones:

a) De este modo y por un lado, nuestros tribunales han acudido a esta posibilidad en diversas ocasiones, desde su dimensión expresa⁵⁸. No obstante, se observa una cierta tendencia a condicionar su admisión a que exista alguna conexión entre el litigio y nuestro foro, con el objeto de evitar un juego excesivo del *fórum shopping*⁵⁹. A este respecto, nuestra doctrina se ha planteado la posibilidad y los límites de acudir a este foro general en relación con los litigios en materia de crisis matrimoniales, existiendo una fuerte tendencia hacia la admisión de las cláusulas de sumisión en este ámbito en la actualidad⁶⁰.

b) Junto a ello y por otro lado, también en base a lo dispuesto en el artículo 22.2 LOPL, nuestros tribunales habrían aceptado conocer de supuestos de crisis matrimoniales internacionales en función del foro de la sumisión tácita, a favor de los tribunales españoles⁶¹. Claro está, siempre y cuando se hubiera producido traslado de la demanda a la otra parte, con el fin de que pudiera contestar a la misma⁶². Hay que recordar, a este respecto, que el juez español habrá de controlar de

57. AMORES CONRADI, M. A., «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *R.E.D.I.* 1989, pp. 113-156, p. 140; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 39-50; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley...*, *op. cit.*, p. 197; ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 56-58; SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de libertad personal...», *op. cit.*, p. 227. Sin embargo, favorecedor de una interpretación más limitada de esta posibilidad, ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 204-208.

58. SAP Barcelona, de 25.10.2005 (JUR/2006/43171).

59. SAP Madrid, de 21.11.2008 (JUR/2009/73491). Nota de SOTO MOYA, S., *AEDIPr* 2009, pp. 959-961.

60. AÑOVEROS, B., «The impact and application of the Brussels II bis Regulation in Spain», en: BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (eds.), *Brussels II bis: Impact and Application in the Member States*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 279-295, p. 283; ARENAS 39-44

61. Así, STSJ Cataluña, de 9.1.2006 (RJ/2006/3879); AAP Madrid, de 21.2.1997 (RJ/1997/234).

62. AAP Madrid, de 27.1.1998 (RJ/1997/448).

oficio su competencia en estos supuestos –tal y como se recuerda en el artículo 36 LEC– con el objeto de no vulnerar el principio de tutela judicial efectiva y no amparar situaciones de indefensión.

Ahora bien, no está de más subrayar la idea de que esta alternativa ha quedado seriamente dañada, tras la entrada en funcionamiento del Reglamento Bruselas II bis, al afectar seriamente a las posibilidades de aplicación de la LOPJ.

2.1.2. La prorrogatio fori en el Reglamento Bruselas II bis

15. En materia de competencia judicial internacional, nuestro sistema vigente se encuentra prácticamente dominado por lo establecido en el Reglamento Bruselas II *bis*, el cual deja un reducido y prácticamente residual juego a nuestra LOPJ en nuestros días, como ya se ha comprobado. Pues bien, la regla general relativa a la concreción de la competencia judicial internacional del citado instrumento europeo se sitúa en su artículo 3. En este sentido, el mencionado instrumento establece diversos foros basados en el principio de proximidad⁶³, que operan de forma alternativa y concurrente. Por lo que, en consecuencia, este precepto ofrece al demandante amplias posibilidades y un considerable nivel de discrecionalidad a la hora de presentar su demanda –favoreciendo en cierta medida el *fórum actoris*⁶⁴–. Una amplitud que no fomenta una actitud consensualista entre los cónyuges, sino que está llamada a favorecer la «carrera a los Tribunales» en este ámbito⁶⁵.

En concreto, el artículo 3.1, a) del Reglamento Bruselas II *bis*, aunque sin excluirlo, deja de manera voluntaria un espacio muy poco generoso –sino casi inexistente– al juego de la autonomía de las partes, en relación con la sumisión que pudieran acordar los cónyuges a favor de los tribunales de un determinado Estado miembro⁶⁶. Por lo que,

63. ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional...*, op. cit., p. 32; PALAO MORENO, G., «Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes», en: PARRA ARANGUREN, F., (ed.), *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 308-354; 333; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., op. cit., p. 801.

64. BARATTA, R., *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 162-163; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., op. cit., p. 802.

65. BARATTA, R., «Verso la «comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto de famiglia», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2005, pp. 573-606, p. 585.

66. Vid. el «Informe Explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución

como se ha denunciado, tan sólo contempla un juego mediatO o indirecto de este criterio de atribución⁶⁷. De este modo, sus foros se basan principalmente en criterios subjetivos (la residencia habitual o, en menor medida, la nacionalidad de los cónyuges), sin hacer mención directa a la sumisión –ya fuera expresa o tácita⁶⁸–. Además de ello, sobresale el hecho de que ningún otro precepto del mencionado Reglamento se refiere a esta alternativa jurisdiccional al respecto de litigios relativos a la materia matrimonial. En esta línea, el tenor literal del citado numeral es el siguiente:

Artículo 3. Competencia general

«1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

(...)

— en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o

(...)».

16. Por una parte, en dicho precepto se reconoce la posibilidad de que los cónyuges presente su demanda de forma conjunta ante una concreta jurisdicción. Por lo que, en definitiva y de alguna manera, en él se contempla la sumisión como un posible criterio de atribución de la competencia judicial internacional válido. Aunque, como se deriva de su tenor literal –«conjunta»–, el artículo 3.1, a) permitir inferir que se referiría la una eventual sumisión expresa por las partes y no a la sumisión tácita –aquella basada en la presentación de la demanda por uno de los cónyuges y la comparecencia sin impugnación de la jurisdicción por parte del demandado–, la cual parecería no tener encaje en el sistema que establece el Reglamento⁶⁹.

Junto a lo expuesto, igualmente se podría derivar de la expresión utilizada –«demanda»– que esta solución estaría diseñada únicamente para operar cuando se presentara el litigio y no de forma previa al

de resoluciones judiciales en materia Matrimonial», elaborado por la Profa. Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, (DOUE núm. C 221/27, de 16.7.1998), en su Considerando 31.

67. AÑOVEROS TERRADAS, B., *op. cit.*, p. 122.

68. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Uniform...», *op. cit.*, p. 29, HODSON, D., *op. cit.*, p. 213.

69. BARATTA, R., *op. cit.*, p. 165. Sin embargo, HAUSSMANN, R., «Article 4», en: CORNELOUP, S. (dir.), *op. cit.*, pp. 236-253, p. 246.

mismo. Por lo que, en atención a ello, se podría afirmar que no cubriría aquellas situaciones en las que las partes seleccionaran dicho foro de forma previa al mismo; tal y como resultaría, a modo de ejemplo, del supuesto de incorporar una cláusula por medio de la cual se prorrogara la jurisdicción de unos determinados tribunales en un pacto prematrimonial o que se incorporara el mismo en unas capitulaciones posteriores a la celebración del matrimonio. A este respecto, las cuestiones relativas a su admisibilidad, forma y validez sustantiva se habrán de estimar de forma autónoma, en virtud de los objetivos del Reglamento⁷⁰.

17. Por otra parte, esta posibilidad de elección se encontraría condicionada, ya que dependería de que en el ordenamiento del foro se admitiera la posibilidad de presentar demandas conjuntas, así como a que uno de los cónyuges tuviera su residencia habitual en dicho Estado miembro⁷¹. Por lo que haría a esta vinculación territorial, la sumisión expresa a favor de unos órganos jurisdiccionales se vería limitada a que ésta coincidiera con este elemento personal de uso frecuente en el Reglamento; ofreciendo así una vinculación sustantiva y directa entre el litigio y la jurisdicción acordada como internacionalmente competente en este tipo de supuestos escasamente conflictivos⁷².

De este modo, en el caso de que se diera la coincidencia de la residencia habitual de ambos cónyuges en un mismo Estado miembro, esta conexión con el litigio y su medio social sería máxima, ya que coincidiría con asignar como internacionalmente competentes a los tribunales del Estado miembro donde se encontrara el hogar conyugal y el centro de vida del matrimonio. A su vez, en los supuestos de no coincidencia de la residencia habitual de los cónyuges, esta solución ofrecería un cierto nivel de previsibilidad y les ahorraría a las partes el tener que esperar a que transcurriera el plazo temporal –de 6 meses o de 1 año, según el caso–, recogido en otros foros del mismo precepto, para su empleo. Igualmente, este foro ofrecería este ahorro temporal, en los supuestos de matrimonios de distinta nacionalidad,

70. En este sentido, HAUSSMANN, R., *op. cit.*, p. 246.

71. PERTEGÁS, M., «Beyond nationality and habitual residence: other connecting factors in European Private International Law in Family matters», en: MEEUSEN, J. / PERTEGÁS, M. / STRAETSMANS, G. / SWENNEN, F. (eds.), *op. cit.*, pp. 319-340, p. 332.

72. WAUTELET, P., «La dissolution du mariage en droit international privé –compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères», en: WAUTELET, P. (coord.), *Actualités du contentieux familial international*, Bruselas, Larcier, 2005, pp. 69-142, pp. 86-87.

cuando el matrimonio hubiera residido fuera de la UE con anterioridad y una de las partes residiera habitualmente en un Estado miembro tras la ruptura.

Sin embargo, esta combinación de la sumisión expresa con la residencia habitual de cualquier de los cónyuges, dejaría sin cubrir situaciones igualmente conectadas con la controversia. Tal y como sucedería, a modo de ejemplo, con los casos en los que uno o ambos cónyuges fueran nacionales de un Estado miembro –aunque con distinta nacionalidad⁷³– y residieran habitualmente en el exterior de la UE. Y ello, debido a que la redacción actual de este precepto no les permitiría acordar a las partes el foro internacionalmente competente –claro está, a falta de otro factor que manifestara una cierta vinculación del litigio con una determinada jurisdicción–.

18. En definitiva, el artículo 3.1, a) del Reglamento Bruselas II *bis* tan sólo atiende tímidamente y de forma incompleta a la posibilidad de que los cónyuges puedan prorrogar la jurisdicción de unos determinados tribunales estatales en supuestos de crisis matrimoniales internacionales. En esta línea, este precepto no sólo silencia la posibilidad de que se pueda presentar una situación de sumisión táctica, sino que condiciona el juego de la expresa exclusivamente a los supuestos en los que uno de los cónyuges resida habitualmente en un Estado miembro. Por todo ello se puede afirmar que este instrumento no apoya decididamente un modelo de carácter consensualita en este ámbito, fomentando posturas competitivas y, en definitiva, el aumento de la litigiosidad en este ámbito y una «carrera a los Tribunales⁷⁴». Una pacata postura que carece de una clara justificación⁷⁵ y que, sin embargo, contrasta con su aceptación en el artículo 12 del mismo instrumento europeo (*Prórroga de la competencia*), en relación con las reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad parental⁷⁶.

Por cierto, un criterio, el de la residencia habitual, que –ante el silencio que guarda el citado artículo– habría que entender que se habría de localizar temporalmente en el momento de presentación de la demanda, así como que haya de interpretarse de forma autónoma e independiente por parte de la jurisprudencia europea. El cual, aunque

73. Vid. la STJUE, en el Asunto C-168/08, Laszlo Hadadi (Hadady), de 16.7. 2009 (disponible en: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/) [fecha de visita 16.12.2013].

74. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *op. cit.*, p. 802.

75. ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas...», *op. cit.*, pp. 50-51.

76. Vid. ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 150-175.

en el ámbito de la «responsabilidad parental», ha exigido para su concreción la existencia de un «cierto nivel de integración» de la persona en un país. Tal y como se advierte en los fallos del TJUE al respecto de los Asuntos *A* y *Barbara Mercredi*⁷⁷. No obstante, de hecho, la residencia habitual constituye un elemento que en numerosas ocasiones está siendo delimitando por los jueces nacionales de un modo diverso. Y ello, con los riesgos de un falta de aplicación uniforme del instrumento europeo, así como de una nociva inseguridad jurídica que ello es susceptible de generar, por su dispar delimitación.

En cualquier caso y como se ha visto, el sistema europeo vigente no sólo no permitiría otras opciones de sumisión, en presencia de otros elementos que garantizarían igualmente una vinculación entre el litigio y la jurisdicción estatal –como sería, por ejemplo, la de acudir a los órganos jurisdiccionales de la nacionalidad de cualquiera de las partes, o cualquiera de los establecidos en el resto del artículo 3–, sino que tampoco establecería las condiciones de validez –formal y de fondo– de dicho pacto –un extremo, que se habría de resolver, en lógica consecuencia, por lo dispuesto en el correspondiente ordenamiento interno del juez ante el que presentarán su demanda conjunta (*lex fori*)– y las exigencia de que se basara en un consentimiento informado⁷⁸.

Unas ausencias y una serie de indefiniciones que, como se verá más adelante, chocarían frontalmente con la aproximación más permisiva y completa que se encuentra vigente en el ámbito del conflicto de leyes, tras la aprobación del Reglamento (UE) núm. 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 adelante, Reglamento Roma III⁷⁹). Claro está, al respecto de los 15 Estados miembros participantes en el mismo –como así ha sucedido con Alemania, Eslovenia, Bélgica, Bulgaria, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia– o que habrían confirmado su participación con posterioridad –como sería el caso de Lituania⁸⁰–. Y es que el mencionado instrumento ha logrado unificar los sistemas jurídicos de estos 15 Estados miembros que participan actualmente en el mismo, aunque sin que se haya alcanza-

77. Respectivamente, SSTJUE, en el Asunto C-523/07, *A*, de 2.4.2009 y en el Asunto C-497/10 PPU, *Barbara Mercredi*, de 22.12.2010 (disponibles en: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/) [fecha de visita 16.12.2013].

78. ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas...», *op. cit.*, pp. 51-52.

79. DOUE núm. L 343, de 29.12.2010.

80. Aplicable para este Estado miembro a partir de 22.5.2014. DOUE núm. L 323/18, de 22.11.2014.

do una unificación total en el ámbito europeo, dentro en su ámbito de aplicación material. Y ello, debido a la falta de acuerdo que condujo a la utilización del procedimiento de cooperación reforzada para su elaboración. En consecuencia, nos encontramos ante un éxito legislativo con un cierto sabor agridulce, debido a que lamentablemente abre la puerta a la existencia de un Derecho internacional privado de Familia a dos velocidades en el marco de la UE⁸¹.

2.1.3. La autonomía de la voluntad en la Propuesta de Reglamento de 2006

19. Precisamente fueron las deficiencias que acaban de señalarse, así como la voluntad de perseguir los objetivos que se han referido con antelación –la seguridad jurídica, la predictibilidad, la flexibilidad, y el garantizar el acceso a los tribunales e impedir la «carrera a los Tribunales»–, los que tenía el legislador europeo en mente, cuando inició el malogrado intento de revisión del Reglamento Bruselas II *bis* –el cual condujo a la elaboración de la malograda Propuesta de Reglamento de 2006, por el que se modificaba el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, por el que se refería a la competencia y se introducían normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (en adelante, Propuesta de Reglamento de 2006)⁸².

Con este ánimo corrector se incorporaba en la Propuesta de Reglamento de 2006 un artículo 3 *bis* –titulado, «Elección del órgano jurisdiccional por las partes en los procesos relativos al divorcio y a la separación judicial⁸³»–, cuyo tenor fue el siguiente:

-
- 81. Críticos con el Reglamento Roma III, entre otros, BOELE-WOELKI, K., «For better or for worse: the Europeanization of international divorce law», *Yearbook of Private International Law* 12 (2010) pp. 1-26, pp. 6-12; DE BOER, TH. M., «The second revision of the Brussels II regulation: jurisdiction and applicable law», en: BOELE-WOELKI, K./SVERDRUP, T. (eds.), *European Challenges in contemporary family law*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2008, pp. 321-341, pp. 336-337; FIORINI, A., «Rome III –choice of law in divorce: is the Europeanization of Family Law going too far?», *International Journal of Law, policy and the Family* 22 (2008), pp. 175-205, p. 199.
 - 82. COM (2006) 399 final, pp. 4-5 y 9. Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *op. cit.*, p. 820.
 - 83. CARRUTHERS, J., *op. cit.*, pp. 892 y 894-895; NASCIBENE, B., «La proposta di modifica del regolamento N. 2201/2003 nel quadro della libera circolazione delle persone», en: CARBONE, S. M./QUEIROLO, I. (ed.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 207-218, pp. 210-212; QUEIROLO, I., «L'intervento comunitario in materia di separazione e divorzio: la proposta Bruxelles II-Bis e le ricadute sul diritto internazionale privato italiano», en: CARBONE, S. M./QUEIROLO, I. (ed.), *op. cit.*, pp. 219-25, pp. 229-236.

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

a) se aplique cualquiera de los criterios de competencia enumerados en el artículo 3

b) ese Estado haya sido el lugar de la última residencia habitual común de los cónyuges durante un periodo mínimo de tres años, o

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

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

20. De esta propuesta de Reglamento destacaría, entre otros, la decidida apuesta que el legislador europeo hizo a favor de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en el ámbito de la competencia judicial internacional –en su vertiente de sumisión expresa, aunque excluyendo la tácita, seguramente para garantizar su previsibilidad⁸⁴–. De este modo, se promocionaba una respuesta flexible que no sólo daba entrada a una postura colaborativa entre las partes a la hora de resolver el litigio que les une; sino que, a su vez, se favorecían los objetivos antes mencionados –seguridad jurídica, predictibilidad, flexibilidad y acceso a los tribunales–. Así, de este precepto se hubiera derivado:

a) Para empezar, este además de permitir el acuerdo a favor de los tribunales de su residencia habitual –como ya garantiza el artículo 3 Reglamento Bruselas II *bis*–, permitía acudir a cualquiera de las opciones abiertas por dicho precepto –de manera consensuada en este caso–, así como a la nacionalidad de uno de los cónyuges –o su «domicile» en los supuestos señalados–. Con ello, se ampliaban las posibilidades hasta la fecha disponibles –cubriendo incluso algunos supuestos en los que se vieran involucrados ciudadanos de Estados terceros a la UE⁸⁵– y se favorecía el juego de la sumisión expresa en este concreto ámbito⁸⁶.

84. SALERNO, F., «I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2007, pp. 63-84, p. 77.

85. SALERNO, F., *op. cit.*, p. 75.

86. Un juego de la sumisión que, para algunos autores, ni tan siquiera debería contar con tales limitaciones. DE BOER, TH. M., *op. cit.*, pp. 324-325.

b) De igual manera, la prórroga a favor de unos concretos órganos jurisdiccionales se encontraba limitada a los supuestos en que coincidieran con otros elementos de la relación, por medio de los que se garantizaría una estrecha vinculación entre los órganos jurisdiccionales seleccionados y el litigio en cuestión. Así, ya se ha puesto de manifiesto el acierto de acudir al criterio de la residencia habitual como condicionante para el juego de la prórroga de jurisdicción. Pues bien, lo mismo ocurriría con el resto de criterios previstos en el artículo 3. En el caso del criterio nacionalidad, por su parte, se apostaría por la «identidad cultural» de uno de los cónyuges y se favorecería el acceso a la justicia en situaciones igualmente vinculadas, las cuales habrían quedado relegadas por el Reglamento Bruselas II *bis*,

c) Asimismo, el precepto establecía la exigencia de una determinada forma para el acuerdo –por escrito y firmado por ambos cónyuges– y un límite temporal para su celebración –antes de acudir al órgano jurisdiccional–. Así, de un lado, se incorporaba una garantía formal que pusiera de manifiesto un consentimiento informado por las partes y atendiera a su necesaria protección en tales supuestos. Al igual que, por otra parte, fijaba un límite temporal generoso –en vistas a tener en consideración los criterios objetivos de atribución que preveía el precepto⁸⁷– y que incluía la posibilidad de alcanzar un pacto de sumisión a determinados tribunales en aquellos acuerdos celebrados con anterioridad –contratos matrimoniales o pactos prenupciales– y durante el matrimonio –capitulaciones matrimoniales⁸⁸–.

2.2. MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL

21. En la actualidad, junto a la posibilidad de que las partes acudan a las jurisdicciones estatales para que atienda sus disputas en materia de separación o divorcio de naturaleza internacional, los cónyuges cuentan con la opción de acudir a mecanismos alternativos/complementarios a la justicia estatal para su resolución. Así, junto a la menor importancia práctica que posee el Arbitraje en este ámbito, sobresale la importancia que cuenta actualmente el recurso a la «Mediación Familiar Internacional» para atender los conflictos derivados de una disolución matrimonial de carácter transfronterizo.

87. DE BOER, TH. M., *op. cit.*, p. 326.

88. SALERNO, F., *op. cit.*, p. 74.

zo⁸⁹. Un nuevo ámbito donde se pone de manifiesto la importancia de la voluntad en la gestión de las crisis matrimoniales internacionales⁹⁰ y que se encuentra vinculado a la eliminación parcial de la supervisión judicial en este ámbito⁹¹.

En este sentido, la mediación constituye un mecanismo complementario de resolución de litigios ampliamente conocido en el ámbito familiar, así como previsto desde hace décadas en numerosos países, para atender las controversias que produjeran en este ámbito y contarán con un carácter internacional⁹². Un mecanismo vinculado al movimiento ADR –*Alternative Dispute Resolution*– que estaría ganando un significativo terreno en este ámbito, debido al alto nivel de voluntariedad y la intervención del principio autonomista en la mediación, junto a las ventajas que se predicarían del mismo⁹³, como serían: la flexibilidad del procedimiento y el ahorro de costes que ofrecería a las partes⁹⁴, su naturaleza confidencial y discreta, así como la neutralidad y especialización de sus soluciones, al igual que por facilitar una respuesta definitiva al conflicto por las propias partes –permitiendo el mantenimiento de las relaciones en el tiempo–.

No hay que olvidar, a este respecto, que si bien se podría llegar a disolver la relación matrimonial, gran parte de las relaciones que de ella derivan se prolongarían temporalmente al no desaparecer la responsabilidad de los ex cónyuges con respecto a sus hijos, así como generarse eventualmente nuevas obligaciones entre ellos.

-
- 89. Con carácter general, PALAO MORENO, G., «La Mediación Familiar Internacional», *op. cit.*
 - 90. PALAO MORENO, G., «Crisis matrimoniales internacionales...», *op. cit.*, p. 1626.
 - 91. VERSCHRAEGEN, B., «Moving to the same destination? Recent trends in the Law of Divorce», en: ANTOKOLSKAIA, M. (ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 159-167, pp. 160 y 165.
 - 92. ANCESCHI, A., *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 158-159.
 - 93. BLAKE, S./BROWNE, J./SIME, S., *A practical approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 271; BÜHRING-UHLE, CH., *Arbitration and Mediation in International Business*, La Haya, Kluwer Law International, 2006 (2ª ed.), p. 233; JAGTENBERG, R.W., «Cross-Border Mediation in Europe: Prospects and Pitfalls», en: BARRETT, G. (ed.), *Creating a European Judicial Space. Prospects for improving Judicial Cooperation in Civil Matters in the European Union*, Colonia, Bundesanzeiger, 2001, pp. 91-96, p. 92.
 - 94. Aunque sin establecer un plazo concreto, el art. 20 de la Ley de Mediación dispone que: «La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones».

2.2.1. Regulación y carácter «transfronterizo» de la mediación familiar

22. La mediación en el ámbito civil se encuentra actualmente regulada en nuestro país en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹⁵. Este novedoso marco legislativo constituye la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹⁶. Una norma por la que se dota a nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez, de un marco normativo completo a esta institución, con una aproximación «monista» a la misma, como se deriva de la literalidad de su artículo 2.1; ordenado, de este modo, tanto las situaciones internas, como las internacionales.

23. Antes de analizar el peso que la autonomía de la voluntad juega al respecto de esta institución y de forma previa al análisis del vigente marco normativo aplicable, resulta aconsejable delimitar los supuestos de mediación familiar que contarán con una naturaleza internacional. Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter «monista» de nuestro sistema actual. A este respecto, el artículo 3.1 de la Ley 5/2012, al referirse al carácter «transfronterizo» del conflicto que se someta a mediación, dispone:

«1. Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto».

Entre otros aspectos, de este ejercicio delimitador destaca el hecho de que el criterio territorial que emplea el legislador español de un modo principal y a tal fin, se sitúa en el distinto domicilio o residencia habitual de las partes. Un elemento que no se limita para los Estados miembros de la Unión Europea. Y es que la Ley 5/2012 no se aplica ex-

95. BOE núm. 162, de 7.7.2012.

96. DOUE núm. L 136, de 24.5.2008.

clusivamente para los conflictos «intra-europeos», sino también aquellos trasfronterizos conectados con terceros Estados a la UE.

Por su parte, este criterio territorial/personal se tendrá que fijar temporalmente en atención de tres posibles situaciones: el momento en el que decidan acudir a la mediación, cuando ésta resultara obligatoria legalmente con independencia de cuando se inicie el litigio⁹⁷-, o como consecuencia del traslado del domicilio de algunas de las partes bien el pacto o algunas de las consecuencias derivadas del mismo se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

La fórmula empleada por el legislador español puede ocasionar dificultades en su concreción. Así, de un lado, la referencia a la intencionalidad de las partes que puede resultar compleja en su determinación en la práctica y redundar en una falta de previsibilidad para las partes. De ahí que el legislador europeo incorporara, a efectos calificadorios, que «*debe considerarse que las partes convienen en recurrir a la mediación en la fecha en que toman medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación*»⁹⁸. Por otra parte, la mención a la obligación legal de inicio tampoco concreta la normativa de referencia para determinar su existencia, no quedando claro de si sería la española o una extranjera en relación con los conflictos transfronterizos. Por último, el tercer supuesto se refiere a una posibilidad que incide más en un momento posterior –esto es, la circulación transfronteriza del acuerdo de mediación– que no al propio proceso de mediación.

La delimitación de tales conceptos se llevará a cabo por parte del Derecho nacional para el caso de las personas físicas –solución a la que conduce, por lo que hace al domicilio, el artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 al que se remite–. Sin embargo, es justo recordar que en nuestro sistema jurídico se confunden en la práctica ambos –como se deriva de la lectura de los artículos 40 y 41 CC–. Mientras que, para las personas jurídicas, se acudirá a los criterios empleados en el artículo 60 del mencionado Reglamento –esto es, su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal–.

24. Junto a lo establecido en la Ley 5/2012 resulta conveniente mencionar otros instrumentos normativos de origen internacional y europeo, que igualmente poseen cierto interés a la hora de establecer el marco normativo de la Mediación familiar internacional –singularmente en relación con los supuestos de sustracción legal de menores–.

97. Sin por ello hacer mención a la decisión judicial que cita el art. 2 de la Directiva.

98. Considerando 15 de la Directiva 2008/52/CE.

a) Desde la perspectiva internacional, aunque de forma tímida y sin hacer mención directa a la Mediación, resulta de interés mencionar el artículo 7.c) del Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁹⁹, donde se dispone que:

«Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio.

Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan:

(...)

c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;»

b) Desde la perspectiva europea sobresale, de un lado, la actividad desarrollada en el ámbito del Consejo de Europa. La cual destaca por su carácter pionero en este ámbito, aunque únicamente contenga disposiciones propias del *Soft Law*, no obligatorias para los Estados miembros de esta organización. En este sentido, cabe hacer mención de la importante Recomendación Núm. R (98) 1, sobre mediación familiar¹⁰⁰, así como a la Recomendación Núm. R (2002) 10, sobre mediación en asuntos civiles¹⁰¹. Asimismo, igualmente se debería hacer mención de las *Guidelines* para una mejor implantación de la Recomendación Núm. R (98) 1 y de la Recomendación Núm. R (2002) 10, de 2008¹⁰².

c) Por último, también desde el ámbito europeo, aunque desde la UE, existen previsiones normativas relativas a la Mediación familiar internacional distintas de las previstas en la Directiva antes citada. De

99. BOE núm. 202, de 24.8.1987, corrección de errores en BOE núm. 155, de 30.6.1989 y BOE núm. 21, de 24.1.1996. Al respecto, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=52&cid=24 [fecha de visita 16.12.2013].

100. Disponible en: <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2> [fecha de visita 16.12.2013].

101. Disponible en: [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2002\)10&Language=lanEnglish&Site=COE&ShowBanner=no&Target=_self&BackColorInternet=-DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2002)10&Language=lanEnglish&Site=COE&ShowBanner=no&Target=_self&BackColorInternet=-DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864) [fecha de visita 16.12.2013].

102. Disponible en: <http://www.coe.int/document-library/default.asp?urlwcd=https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1242823> [fecha de visita 16.12.2013].

este modo, sobresale el artículo 55, e) Reglamento Bruselas II *bis*, donde se contempla la posibilidad de acudir a la mediación en el ámbito de los litigios transfronterizos en materia de responsabilidad parental, al establecer lo siguiente:

«A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, para:

(...)

e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza¹⁰³».

2.2.2. Crisis matrimoniales internacionales, autonomía de la voluntad y mediación

25. La mediación para atender a los conflictos familiares internacionales –y, de entre ellos, las crisis matrimoniales–, se manifiesta como el mecanismo donde mayor cabida tiene el principio autonomista en nuestros días. En este sentido, el hecho de conformarse como un procedimiento de resolución de controversias plenamente «autocompositivo», en el que su inicio, permanencia y resolución es plenamente voluntario para las partes, lo convierte en la máxima expresión de la libertad de las partes a la hora de gestionar este tipo de conflictos. En esta línea, en la propia Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 se destaca su carácter voluntario y la decisiva importancia de la libertad de las partes al señalar que:

«El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad

103. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «La mediación ante el secuestro internacional de menores», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* 2011, núm. 1, pp. 1-35, pp. 14-20. Disponible en: www.riedpa.com [fecha de visita 16.12.2013].

y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública».

En el presente apartado se analizarán las principales cuestiones relativas al empleo de este mecanismo y del peso de la autonomía de la voluntad al respecto de las situaciones analizadas. Esto es, desde su inicio hasta la finalización del procedimiento de mediación. No obstante, quedará todavía por resolver su incidencia en los supuestos de circulación internacional de los acuerdos de mediación. Un extremo de gran interés práctico que se examinará en otro apartado¹⁰⁴.

2.2.2.1. Mediabilidad de la controversia y pacto de mediación

26. La libertad que se predica de la mediación al respecto de los conflictos de crisis matrimoniales de naturaleza transfronteriza no es, sin embargo, absoluta. De este modo y entre otros, va a depender de que se trate de una materia disponible, en el sentido al que se refiere el artículo 2.1 Ley 5/2012. Desde la perspectiva de las mediaciones internacionales se plantea la cuestión de determinar con arreglo a qué ley se va a determinar la «mediabilidad» del conflicto. Una cuestión que se verá resulta por medio de las normas de Derecho internacional privado del foro¹⁰⁵.

27. Las cláusulas y los pactos a partir de los cuales las partes decidieran someter sus conflictos presentes o futuros a mediación, cuentan con una gran importancia en el contexto de las situaciones de naturaleza transfronteriza¹⁰⁶; pudiendo también presentarse en relación con las disputas que pudieran suscitarse entre los cónyuges en tales casos. Estas cláusulas y pactos de sometimiento se emplearán tanto para seleccionar este mecanismo complementario de resolución de conflictos, como para determinar extremos tales como la sede o el idioma que se vaya a emplear durante el procedimiento de mediación, e incluso vincular el acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico estatal.

104. *Infra* en 4.2.

105. ESPLUGUES MOTA, C./AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. «Art. 3», en: CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, pp. 63-64.

106. ALEXANDER, N., *International and Comparative Mediation. Legal Perspectives*, Austin, Kluwer Law International, 2009, pp. 78-81.

A su vez, los pactos de sometimiento a mediación se encuentran estrechamente vinculados a la importancia de respetar el conocido como «efecto negativo» de este mecanismo y se vinculan en ultimo extremo con la promoción de la mediación en el ámbito de la resolución de conflictos internacionales. Ahora bien, la contribución que encontramos en la Directiva 2008/52/CE al respecto de preservar el respeto de este tipo de pactos y de su «efecto negativo» resulta prácticamente inexistente¹⁰⁷. Sobre todo, si lo comparamos con el tratamiento que recibe este extremo en la Ley 5/2012, donde es abordado este problema –aunque también dejando un cierto gusto de insatisfacción–.

De este modo, el artículo 6.2 Ley 5/2012 contempla que las partes estarán obligadas a intentar el procedimiento de mediación pactado, con anterioridad a acudir a los tribunales ordinarios. Por lo tanto, el recurso a la jurisdicción sería concebido como una *ultima ratio*, una vez alcanzado el pacto de sometimiento. Asimismo, en su artículo 10.2 se establece que las partes no podrán ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial (como sería el arbitraje), durante el desarrollo del procedimiento de mediación (con la excepción de aquellos casos en que resultara necesario adoptar medidas cautelares¹⁰⁸); pudiendo solicitarse a la autoridad judicial que decline su competencia en tales supuestos, incluyendo las situaciones de naturaleza transfronteriza¹⁰⁹.

Sin embargo, se debe tener en consideración que, en atención a lo dispuesto en el artículo 6.3, ninguna de las partes va a estar obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación, ni tan siquiera a concluir un acuerdo de mediación con posterioridad al mismo. Un significativo precepto, directamente inspirado en el principio autonomista que, no obstante, puede desplegar un efecto nocivo en la promoción y desarrollo de la mediación en supuestos internacionales, debido a gracias a esta previsión no podrá evitarse la existencia de procedimiento «paralelos» y competidores a la propia mediación (de forma particular, los mecanismos judiciales o arbitrales), aunque se hubieran sometido con anterioridad a este mecanismo¹¹⁰.

-
- 107. PHILIPS, P. F., «European Directive on Commercial Mediation: What It provides and It Doesn't», en: ROVINE, A. W. (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 311-318, p. 314.
 - 108. PÉREZ DAUDÍ, V., «La mediación y las medidas cautelares», *InDret* 2012/3, pp. 1-16. Disponible en: <http://www.indret.com/es/>[fecha de visita 16.12.2013].
 - 109. De conformidad a su DA 3ª a partir de la que se modifica el art. 39 de la LEC.
 - 110. PALAO MORENO, G., «Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-ley 5/2012», *La Ley* 2012 (4991), pp. 10-12, p. 12.

28. Por lo que respecta al régimen jurídico del pacto de sometimiento a mediación, el artículo 6.2 Ley 5/2012 contempla el carácter autónomo de dicho acuerdo, con respecto al contrato donde se hubiera incorporado. Tal y como sucedería, en los supuestos analizados y a modo de ejemplo, en los contratos matrimoniales, prenupciales o las capitulaciones matrimoniales. Además, destaca la importancia de tener que diferenciar, de un lado, entre el primer pacto al que pudieran llegar las partes para resolver sus conflictos presentes o futuros y, de otro lado, el acuerdo o contrato que celebraran los cónyuges con las institución o directamente con el mediador que vaya a participar en el procedimiento.

Pues bien se puede llegar a afirmar que todos los pactos y acuerdos mencionados se encontraría cubiertos por el Reglamento (CE) núm. 593/2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I¹¹¹). Y ello, en virtud de dos motivos principales. Por una parte, se puede considerar que este tipo de pactos podrían ser calificados como «obligaciones contractuales» (en el sentido de su artículo 1.2) y, en consecuencia, no verse excluidos del ámbito de aplicación material del citado instrumento europeo¹¹². Por otra parte y de conformidad con lo establecido en su artículo 1.1, los conflictos analizados comportarían un «conflicto de leyes» que autorizaría su inclusión en el citado Reglamento¹¹³.

En consecuencia, será en el Reglamento Roma I donde se localizará el sistema de normas de conflicto a partir de las cuales se determinará la ley aplicable a los pactos de sumisión a mediación de naturaleza internacional. En particular, sus artículos 3 –donde se contempla un amplio juego para la autonomía de la voluntad– y 4¹¹⁴. Asimismo, el artículo 10 establece las cuestiones que regulará la *lex causae*. No obstante, se excluirá la aplicación de dicho ordenamiento,

111. D.O.C.E. núm. L 177, de 4.7.2008.

112. A este respecto, la exclusión que realiza del arbitraje no debe entenderse que se extiende a la mediación y que, ante este silencio, se ha de entender incluida ésta en su ámbito de aplicación.

113. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «The Law Applicable to International Mediation Contracts», *InDret* 2001/1, pp. 1-16, p. 6. Disponible en: <http://www.indret.com/es/> [fecha de visita 16.12.2013].

114. CALDERÓN CUADRADO, M.^a P./IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La mediación como «alternativa» a la jurisdicción», en: DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.), Acceso a la justicia y auxilio judicial en la Unión Europea, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2011, pp. 27-96, p. 41; PALAO MORENO, G., «La mediación familiar internacional», *op. cit.*, pp. 81-83.

al contar con una solución autónoma, cuestiones como la determinación de la capacidad de las partes¹¹⁵ y la ley rectora de la validez formal del pacto¹¹⁶. Por último, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, se habrá de tener en cuenta la importancia de las disposiciones imperativas del ordenamiento del foro y del lugar donde el pacto tuviera que cumplirse.

Como cuestión diferenciada de la anterior se presenta la cuestión relativa a concretar el ordenamiento rector del fondo del conflicto. Una cuestión que, sin embargo, no se encuentra resuelta en la Ley 5/2012. Claro está, al margen de subrayar la importancia que posee la libertad de las partes en elegir la ley rectora del fondo del conflicto a lo largo de su articulado, así como el eventual control de legalidad que podrá llevar a cabo el Notario español cuando deba elevarse el acuerdo a una escritura pública (tal y como se contempla en su artículo 25.2¹¹⁷).

2.2.2.2. *Proceso de mediación familiar internacional y autonomía de la voluntad*

29. Como se ha apuntado con anterioridad, la mediación constituiría el mecanismo de resolución de litigios donde imperaría la autonomía de la voluntad en su máxima extensión. En esta línea, cabe comenzar por recordar que los 16 a 24 Ley 5/2012 se refieren al procedimiento de mediación. Unos preceptos que cuentan con una singular importancia, debido a que entre los elementos que determinarán el éxito de la mediación se situarán no sólo la celeridad de dicho procedimiento, sino también su calidad y el respeto del derecho de tutela efectiva de sus derechos y el acceso a un procedimiento justo (en función a lo dispuesto en los artículos 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 24 de la Constitución española)¹¹⁸.

Por lo que respecta a los procedimientos de mediación de naturaleza transfronteriza, se debe destacar la importancia que va a tener en su regulación el ordenamiento del lugar de la sede de la mediación,

115. Art. 9, apartados 1 y 11 CC. No obstante, art. 13 Reglamento Roma I.

116. Art. 11 Reglamento Roma I.

117. A este respecto, ESPLUGUES MOTA, C./AZCÁRRAGA MONZONÍS, *op. cit.*, pp. 45-70.

118. *Vid.* CALDERÓN CUADRADO, M^a P., «La Directiva de mediación y su trasposición al ordenamiento español. Una advertencia desde la Carta de los Derechos Fundamentales», en: ESPLUGUES MOTA, C./PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia. Tirant lo blanch, 2012, pp. 395-409, pp. 406-408.

en tanto que *lex fori*¹¹⁹. En este sentido y de conformidad a lo establecido en su artículo 2.1 II, la Ley 5/2012 resultará de aplicación al procedimiento de mediación, siempre que las partes estuvieran conformes con este extremo o en los casos en los que una de las partes estuviera domiciliada en España y la mediación se desarrollara en nuestro país. Junto a lo expuesto, quedarían por clarificar otro aspecto de singular interés en relación con el procedimiento de mediación: en atención a lo dispuesto en su artículo 2.1, al referirse a «la legislación aplicable», será de conformidad con el sistema español de Derecho internacional privado con el que se establecerá la disponibilidad del conflicto –esto es, su «mediabilidad»–.

30. La importancia que posee el principio de autonomía de la voluntad al respecto de la ordenación de la mediación familiar –también en situaciones de crisis–, se pone de manifiesto de forma evidente en la regulación de dicho procedimiento en relación con aquellos conflictos que cuenten con un carácter transfronterizo¹²⁰.

a) En primer lugar, la autonomía de la voluntad de las partes se garantiza plenamente en los artículos 16 a 24 Ley 5/2012, tanto para las situaciones internas, como para las transfronterizas. Así, esta libertad incidirá en la organización de diversos extremos del procedimiento de mediación, como la solicitud de inicio de la mediación, la sesión informativa y el desarrollo del resto de sesiones del procedimiento. En este sentido y en atención a lo prescrito en su artículo 19.1, g) las partes podrán acordar conjuntamente la sede y el idioma del procedimiento de mediación cuando se solicite o en la sesión constitutiva del procedimiento. Algo que permitirá a las partes «deslocalizar» la mediación en los supuestos internacionales, de igual modo a como acontece al respecto del Arbitraje.

b) En Segundo lugar, el principio de autonomía de voluntad igualmente podrá manifestarse en tales supuestos por medio de la concreción de unas particulares reglas de mediación de una institución de mediación, o de un Código de Conducta, como rector del procedimiento¹²¹. Tal y como sería, por ejemplo, ajustarse al Código de

119. VENTURI, P., «Osservazioni sulla mediazione familiare nell'ottica del diritto internazioanle privato e processuale italiano», en: MARCELLO DI FILIPPO, M./CAMPUZANO DÍAZ, B./RODRÍGUEZ BENOT, A./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 211-222, p. 216.

120. PALAO MORENO, G., «Autonomía de la voluntad y mediación...», *op. cit.*, p. 12.

121. BLAKE, S./BROWNE, J./SIME, S., *op.cit.*, p. 272; BÜHRING-UHLE, CH., *op. cit.*, pp. 232-233.

Conducta Europeo para mediadores de 2004¹²². Algo que, desde la perspectiva de los mediadores, implicará un incremento en la calidad de la mediación (artículo 12).

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA LEY RECTORA DE LAS CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES

31. Tan importante como permitir a los cónyuges someterse a los órganos jurisdiccionales que estimen por conveniente, a la hora de resolver su litigio en materia de separación judicial o divorcio de naturaleza internacional –siempre que estos guarden una vinculación sustantiva con el mismo–, lo constituye el concederles a las partes la posibilidad de pactar el ordenamiento estatal llamado a regular el fondo de su controversia¹²³. En este sentido, en el presente apartado se analizará la posibilidad de que los cónyuges alcancen un acuerdo en este sentido, desde la perspectiva de nuestro sistema de Derecho internacional privado vigente.

Un sistema que precisamente ha resultado modificado en 2012, tras resultar aplicable –a partir del 21.6.2012¹²⁴– el Reglamento (UE) núm. 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Una norma de origen europeo que ha desplazado plenamente nuestro artículo 107.2 CC, dejándolo sin contenido a partir de la fecha antes señalada. En la actualidad, como ya se ha expuesto, este instrumento europeo basado en el procedimiento de cooperación reforzada, obliga a 15 Estados miembros de la UE.

3.1. LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE POR LAS PARTES

32. De igual manera a como la autonomía de voluntad está penetrando en distintos ámbitos distintos al del Derecho patrimonial –como así se comprueba tanto en el Derecho de familia como en el de sucesiones, en su vertiente internacional–, se advierte una incorporación paulatina en la ordenación de las crisis familiares internacionales. Esta extensión no se habría encontrado ajena a la discusión y la críti-

122. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf [fecha de visita 16.12.2013].

123. Sobre los motivos que pueden subyacer en la elección de la ley rectora a la disolución matrimonial, BOELE-WOELKI, K., *op. cit.*, p. 14.

124. Art. 21.

ca, debido al carácter sensible de la materia ordenada y las diferencias existentes en los ordenamientos estatales en este singular ámbito (incluso, en el interior de la UE), a pesar de la tendencia existente hacia su paulatina convergencia¹²⁵.

No obstante, como se ha destacado ya con anterioridad, nos encontramos en la actualidad ante una tendencia imparable a favor de su extensión en el ámbito conflictual. Y ello, entre otros motivos, debido a los beneficios que se asocian a la aceptación de la *electio iuris*. En esta línea, con la incorporación de este trascendental principio en el ámbito conflictual, se potenciarían las ventajas antes señaladas en el ámbito jurisdiccional, como son la seguridad jurídica, la previsibilidad, la estabilidad y la flexibilidad¹²⁶.

Además, podría estimarse que dicha inclusión se situaría en línea con la amplitud que ha alcanzado esta libertad en la ordenación de la separación judicial y el divorcio un plano sustantivo en nuestros días, orientado por el principio *favor divortii*¹²⁷. Una serie de ventajas que, sin embargo, no habría evitado que se hayan elevado voces en la doctrina que o bien han criticado su extensión al ámbito del Derecho de familia internacional¹²⁸, o bien se permitiera un uso cauteloso y limitado del mismo¹²⁹.

3.1.1. Aproximación general y situación previa al Reglamento Roma III

33. La autonomía de la voluntad, en cuanto a la posibilidad otorgada a los cónyuges de pactar la ley estatal aplicable a su separación judicial o a su divorcio, no constituye una novedad absoluta para algunos sistemas autónomos de Derecho internacional privado en el ámbito de la UE. En esta línea, aunque ciertamente ni frecuente ni recogido

125. Vid. ANTOKOLSKAIA, M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2006, pp. 313-365; VERSCHRAEGEN, B., *op. cit.*, pp. 159-167.

126. SABIDO RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, pp. 517-518; VIARENGO, I., «Il regolamento...», *op. cit.*, p. 612.

127. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Uniform...», *op. cit.*, p. 41; GAUDEMET-TALLON, H., *op. cit.*, p. 105.

128. SALAMÉ, G., *op. cit.*, pp. 391-392.

129. ZABALO ESCUDERO, M. E., «armonización del Derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo», en: AA.VV., *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 185-197, pp. 194-195.

de forma generalizado, son varios los sistemas de Derecho internacional privado de fuente interna que –aunque de manera limitada– han incorporado esta posibilidad de pacto, advirtiéndose una cierta evolución hacia su reconocimiento desde una perspectiva comparada¹³⁰.

En este sentido, se puede hacer mención del reconocimiento que se habría hecho de este principio –aunque de forma limitada y condicionada–, en los sistemas de DIPr autónomos de Estados miembros de la UE como serían los casos de Alemania¹³¹, de Bélgica¹³² o de Holanda¹³³. Una tendencia que, a su vez, fue recogida por el «Grupo Europeo de Derecho Internacional privado (GEDIP)», al formular su propuesta de normas de conflicto en la materia, en la reunión de Viena de 2003¹³⁴.

130. PERTEGÁS, M., *op. cit.*, pp. 330-331. *Vid.* El estudio elaborado por el T.M.C. Asser Institute, «Study on the possible practical problems resulting from the non-harmonization of choice-of-law rules in divorce matters» (especialmente, pp. 31-34). Disponible en: http://www.asser.nl/upload/ipr-webroot/documents/cms_ipr_6_1_Final%20report%20divorce%20matters%20111202.pdf [fecha de visita 16.12.2013].

131. Art. 14 § 2 y § 3 Ley de Introducción a su Código Civil.

132. Así, a modo de ejemplo, el art. 55, parágrafo 3, del Código belga de Derecho internacional privado de 2004 establece:
«Art. 55. (...).

§ 2. Toutefois, les époux peuvent choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps.

Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants:

1° le droit de l'Etat dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande;

2° le droit belge.

Ce choix doit être exprimé lors de la première comparution».

Vid. WAUTELET, P., *op. cit.*, pp. 119-121.

133. Art. 1 § 2 y 1 § 4 del Libro 10 de su Código Civil. *Vid.* BASEDOW, J., «European Divorce Law. Comments on the Rome III Regulation», en: AA.VV., *Confronting the frontiers of Family and Succession Law. Liber amicorum Walter Pintens*, Cambridge/Amberes/Portland, Intesentia, 2012, vol. I, pp. 135-150, p. 139; KRUGER, TH., *op. cit.*, p. 1.

134. Así, las «Draft rules on the law applicable to divorce and legal separation», establecían en su art. 2, lo siguiente: «2. The spouses may, at the time of divorce, designate the following laws:

(a) *the internal law of the State in which either spouse is habitually resident at the time of divorce,*

(b) *the internal law of the State in which the spouses had their last habitual residence,*

(c) *the internal law of a State of which either spouse is a national (in the UK and Ireland, domiciliary) at the time of divorce,*

(d) *[the internal law of the State where the marriage has been celebrated],*

(e) *the law of the divorce forum.*

34. En el sistema español de Derecho internacional privado de fuente autónoma no se preveía la posibilidad de que los cónyuges celebraran un acuerdo en este sentido, antes de la aplicación del Reglamento europeo. Así, el artículo 107.2 CC –actualmente desplazado por el Reglamento Roma III– no dejaba espacio alguno a que los cónyuges celebraran acuerdo alguno, por el que opten por una determinada ley estatal como rectora de la separación judicial o el divorcio. Una alternativa que, aunque en un formato limitado o condicionado, desgraciadamente no fue incorporada en la reforma operada por la LO 11/2003, como hubiera resultado aconsejable. Sin embargo, no ha de perderse de vista la capacidad que en nuestro sistema patrio se les atribuiría indirectamente a los cónyuges de seleccionar la ley rectora de la separación o del divorcio de forma indirecta: en concreto, el Derecho español.

a) Por un parte, este precepto permitiría a las partes elegir la ley española en este tipo de situaciones, permitiendo así su integración jurídica voluntaria en nuestro país¹³⁵. Este juego de la autonomía de la voluntad, limitado a la *lex fori* española, jugaría –como precisa el precepto– en aquellos supuestos en los que las partes presentaran su demanda ante nuestros tribunales y seleccionaran nuestra ley de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, así como siempre que uno de los cónyuges tuviera nacionalidad española o residiera en España¹³⁶.

b) Por otra parte, también se llegaría a este resultado si nuestro ordenamiento resultara potencialmente aplicable en ausencia de aplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto¹³⁷. Y

3. *The designation of the law governing divorce shall be expressed in court in the presence of the authority granting the divorce or shall be expressed in a document drawn up by a notary, registrar or attorney and signed by the spouses at the time of divorce*. Texto disponible en: <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-13pe.html> [fecha de visita 16.12.2013].

135. ABARCA JUNCO, A.P., «Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código civil», en: AA.VV., *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J.D. González Campos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, 2005, pp. 1095-1115, p. 1107; CAMPUZANO DÍAZ, B., «Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código civil», en: AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 177-192, pp. 188-190; PALAO MORENO, G., «Crisis matrimoniales internacionales...», *op. cit.*, p. 1652.

136. ARENAS GARCÍA, R., pp. 269-274. Al respecto, SAP Castellón, de 15.4.2010 (JUR 2010/254057). Nota de ORÓ MARTÍNEZ, C., en *R.E.D.I.* 2010.2, pp. 267-270.

137. ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional...*, *op. cit.*, pp. 144-184; PALAO MORENO, G., «Crisis matrimoniales internacionales...», *op. cit.*, pp. 1626-1627; SÁN-

ello, en función de la peculiar configuración de nuestro sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero, previsto en los artículos 12.6 CC y 281 LEC¹³⁸. Algo que ha otorgado un singular tinte al tratamiento que se ha hecho de este expediente, en relación con los litigios relativos a las crisis matrimoniales en España, debido al no infrecuente recurso a la normativa foránea en supuestos de nacionalidad común de los cónyuges y la preferencia que se hace a esta conexión personal en nuestro artículo 107.2 CC (en la actualidad desplazado)¹³⁹.

Así, una vez que se ha establecido por parte de nuestro Tribunal Constitucional –en este concreto ámbito–, que la falta de su prueba –cuando hubo diligencia por parte del cónyuge implicado– no podría derivar en la desestimación de la pretensión¹⁴⁰, son varias las decisiones del Tribunal Supremo¹⁴¹ y de diversas Audiencias Provinciales¹⁴² en las que se ha acudido al ordenamiento español de forma supletoria, ante la falta (o imposibilidad) de aplicación del Derecho español convocado por la norma de conflicto.

En este sentido, aun cuando la opinión de los autores en este punto no sea concluyente, tanto en la doctrina como en nuestros tribunales –al haber decisiones discrepantes en las que se ha desestimado la pretensión, ante la pasividad probatoria por las partes en situaciones en las que les era dable su aportación¹⁴³–, se trataría de una alternativa

CHEZ LORENZO, S., «El principio de libertad personal...», *op. cit.*, p. 227. Vid. CARRUTHERS, J., *op. cit.*, pp. 885-886.

138. Por todos, IGLESIAS, J. L./ESPLUGUES, C./PALAO, G./ESPINOSA, R./AZCARRAGA, C., «Spain», en: IGLESIAS, J. L./ESPLUGUES, C./PALAO, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier, 2011, pp. 355-375.

139. PALAO MORENO, G., «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», A.C. 2001, pp. 529-576, pp. 570-574.

140. STC 10/200, de 17.1.2000.

141. STS, de 10.7.2005 (RJ 2005/6491).

142. Así, SSAP Barcelona, de 15.9.1998 (AC 1998/1564; Nota de GONZÁLEZ BEILFUSS, C. en: R.E.D.I. 1999.1, pp. 217-220); Girona, de 27.5.2002 (JUR/2002/175582); Barcelona, de 30.4.2002 (JUR/2002/185582); Alicante, de 22.11.2002 (JUR/2003/72574); Las Palmas, de 30.7.2003 (JUR/2004/25021); Málaga, de 10.2.2005 (JUR/2005/139773); Asturias, de 29.9.2006 (AC 2006/1814); Islas Baleares, de 9.6.2006 (JUR/2006/253439); Castellón, de 28.5.2008 (AC/2008/1161).

143. En este sentido, SSAP Alicante, de 27.11.1998 (RJ 1998/2245); Barcelona, de 6.4.2000 (AC 2000/1088); Baleares, de 9.10.2002 (JUR/2003/28857); Vizcaya, de 6.4.2004 (JUR/2004/296271); Almería, de 28.6.2004 (AC/2004/1440); Madrid, de 1.6.2006 (JUR/634/2006); Las Palmas, de 13.6.2008 (JUR/2008/302062); Castellón, de 15.7.2009 (AC/2009/1876).

disponible en nuestros días (aunque ciertamente arriesgada, al poderse determinarse la desestimación de la demanda), lo cierto es que se acudido a este recurso (ya fuera de modo consciente o inconsciente) para acabar acudiendo al Derecho español.

Consecuentemente, en tales casos estaría a disposición de las partes la aplicación de la *lex causae* señalada por la norma de conflicto aplicable (la resultante de acudir al Reglamento Roma III, hoy por hoy), o forzar el juego de la *lex fori* por este conducto. Una solución que no cambiaría –aunque resulte criticable– por el hecho de tratarse de un Reglamento europeo el instrumento rector de la situación, al no existir normas uniformes en materia de prueba del Derecho extranjero en España, y seguir rigiéndose este expediente por lo previsto por nuestro sistema autónomo.

3.1.2. La *electio iuris* en el Reglamento Roma III

35. Como ya se ha expuesto con anterioridad, en el ámbito de la determinación de la ley rectora de la separación judicial o del divorcio, nuestro sistema autónomo se encuentra totalmente dominado hoy por hoy por dispuesto el Reglamento Roma III. El cual, debido a su carácter universal –en virtud de su artículo 4–, constituye el único modelo de referencia de España en la actualidad –desplazando de este modo el artículo 107.2 CC¹⁴⁴–, junto al de 15 Estados miembros de la UE que participan en el mencionado Reglamento.

La autonomía de la voluntad, en tanto que posibilidad de elegir la ley aplicable por los cónyuges, se manifiesta como un elemento principal del Reglamento Roma III, destacando el importante impulso que recibe el principio autonomista en el mismo, en relación con las soluciones internas existentes hasta la fecha. Algo que, de alguna manera, supone una auténtica «revolución» para la mayoría de los sistemas de DIPr de los Estados Miembros de la UE en materia matrimonial¹⁴⁵, al igual que supondría un ejemplo de «materialización» en este ámbito¹⁴⁶. Claro está, se trata de una posibilidad que se vería garantizada a estos sujetos, con la exclusión de una eventual interven-

144. Sin embargo, conserva su vigencia el art. 107.1 CC, en el ámbito de la nulidad matrimonial.

145. QUEIROLO, I./CARPANETO, L., *op. cit.*, pp. 59-60.

146. VAQUERO LÓPEZ, C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?», *AEDIPr* 2011, pp. 957-980, pp. 967-969.

ción por parte de una autoridad pública o de delegar esa actividad en un tercero¹⁴⁷.

No obstante, esta decidida apuesta a favor del principio autonomista choca frontalmente con la menos abierta actitud mantenida en el Reglamento Bruselas II *bis*. Algo que pone de manifiesto las dificultades políticas que rodearon el proceso armonizador en este ámbito (tras el fracaso de la reforma propuesta en 2006), dificultando la coordinación de ambos sectores en este ámbito –al partir de planteamientos bien distintos en esta materia–, y no contrarrestando la tendencia hacia la «carrera a los Tribunales» en el ámbito matrimonial¹⁴⁸.

De esta manera, la respuesta que arbitra el Reglamento Roma III, al respecto de la elección por los cónyuges de la ley aplicable en situaciones de separación judicial y divorcio internacionales, se sitúa en su artículo 5, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 5. Elección de la ley aplicable por las partes

«1. 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.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el convenio por el que se designe la 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.

3. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del proce-

147. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divortii* en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010», *La Ley* núm. 3457/2011, pp. 1-17, pp. 4 y 5.

148. QUEIROLO, I. / CARPANETO, L., *op. cit.*, pp. 70-71; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *op. cit.*, pp. 804 y 808.

dimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro».

Sin lugar a dudas, el artículo 5 Reglamento Roma III constituye un precepto verdaderamente singular. Entre otros motivos, porque se presenta como la primera manifestación de la autonomía de la voluntad conflictual en un instrumento de origen europeo de naturaleza uniforme en este ámbito particular. Aun cuando ello se haya producido con una limitación territorial evidente, con la que no se logra el objetivo de una unificación europea total. Y ello, tal y como se ha expuesto con anterioridad, al coexistir en la actualidad una diversidad soluciones conflictuales diferentes en seno de la UE.

36. En definitiva, una posibilidad de pacto que se erige un principio fundamental del propio Reglamento¹⁴⁹, con el que se pretende incorporar la necesaria flexibilidad, previsibilidad, estabilidad y la seguridad jurídica en el sistema que, asimismo, favorezca la movilidad de las personas en el interior de la UE –al menos en el marco de los Estados miembros participantes¹⁵⁰–. Un reconocimiento que, a su vez, jugaría a favor del principio *favor divortii* –al optar normalmente las partes, por aquel ordenamiento que permitiera su disolución–, pudiendo incluso llevar a privilegiar el recurso a la *lex fori*¹⁵¹.

Sin embargo, este amplio reconocimiento del principio autonomista no habría estado exento de críticas. Y ello, entre otros motivos, debido a jugar en un medio (la UE) donde los principios y los valores no son plenamente compartidos entre los Estados miembros¹⁵², e implicando una clara atenuación de la intervención estatal en este ámbito¹⁵³. Pues bien, son varios los elementos de interés que cabe subrayar del citado artículo:

a) Para empezar, la propia dicción del precepto y la referencia que realiza a la posibilidad de «*convenir*», ya permitiría deducir que el mismo se estaría refiriendo a la elección expresa de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio que pudieran hacer los cónyuges;

149. Considerando 18.

150. Considerando 15. MANSEL, H. P., «Pateiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrecht», en: LEIBL, S./UNBERATH, H. (ed.), *Brauchen wir ein Rom 0-Verordnung?*, Jena, JNV, 2013, pp. 241-292, p. 257. Sin embargo, FIORINI, A., *op. cit.*, p. 199.

151. CADET, F., *op. cit.*, p. 158. Sobre la tendencia hacia el «legeforismo» y su importancia en este ámbito, NORTH, P.M., *op. cit.*, pp. 26-30.

152. FIORINI, A., *op. cit.*, p. 193.

153. QUEIROLO, I./CARPANETO, L., *op. cit.*, p. 62.

aunque sin ofrecer opción alguna a la elección tácita del ordenamiento rector de la crisis matrimonial¹⁵⁴. De modo similar a como sucedería en el supuesto de la determinación de la jurisdicción competente previsto en el Reglamento Bruselas II *bis*, como ya se puso de manifiesto en su momento¹⁵⁵.

b) A su vez, la referencia que se hace a la «ley» se habría de entender como realizada a un ordenamiento estatal, tal y como se predica del resto de instrumentos europeos en el ámbito de la ley aplicable –esto es, los conocidos como Reglamentos Roma I y II–. Por lo tanto, la selección de instrumentos propios del *Soft Law* o de unos eventuales «Principios» europeos en este ámbito, no podrían resultar seleccionados por las partes. Esta «ley», debido al carácter universal del Reglamento, podría ser la de cualquier país, con independencia de tratarse de una legislación de un Estado miembro participante o no en el citado instrumento. Ahora bien, hay que ser conscientes de que, debido a la materia analizada, esta ley nacional podría encontrarse basada en un Derecho religioso que sería plenamente aceptable como tal¹⁵⁶.

c) El único condicionante temporal que fija el precepto lo constituye el hecho de que el acuerdo se celebre –o se modifique¹⁵⁷– con anterioridad a que se produjera la interposición de la demanda –pudiéndose llevar a cabo tal acuerdo igualmente durante el procedimiento, de acuerdo con lo establecido en la *lex fori*¹⁵⁸–. Si se tiene en consideración de que los diferentes elementos de la relación pueden variar desde que se celebró el matrimonio, hasta el momento en el que se presentara la demanda, la parquedad con la que es tratada la cuestión temporal podría ser objeto de críticas¹⁵⁹.

Sobre la cuestión temporal, por otro lado, se podría plantear la posibilidad de que tal acuerdo se realizara con anterioridad a la celebración del matrimonio y a cuestionar la validez –si se admitieran por

154. Junto a ello, podrían considerarse inválidos aquellos «acuerdos negativos», en los que se excluiría un determinado ordenamiento, según CARRUTHERS, J., *op. cit.*, p. 907.

155. *Supra*, en 2.1.3.

156. KRUGER, TH., *op. cit.*, p. 15.

157. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección...», *op. cit.*, p. 5.

158. «En tal caso, debe bastar con que dicha designación sea registrada por el órgano jurisdiccional de conformidad con la ley del foro», como se subraya en el Considerando 20. Crítico con esta posibilidad, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección...», *op. cit.*, p. 6.

159. BOELE-WOELKI, K., *op. cit.*, pp. 15-16.

la *lex causae*–, a modo de ejemplo, aquellos supuestos de elección de la ley rectora a la separación judicial o al divorcio que se localizaran, tanto en los contratos matrimoniales o los pactos prenupciales celebrados con anterioridad a la celebración del matrimonio, como en las capitulaciones matrimoniales que se alcanzaran ya celebrado el matrimonio¹⁶⁰.

No obstante, para algunos autores, el hecho de que el precepto se refiera a los «cónyuges» eliminaría esta alternativa, cuando se celebraran el acuerdo antes de que contaran con tal condición –con anterioridad a que se casaran¹⁶¹–. Lo cierto es que en tales situaciones, en los que la posibilidad de acuerdo tendría una finalidad de garantía, resultaría decisivo tener en cuenta el momento en el que se formuló dicho acuerdo y su relación con aquel en el que se planteara el litigio¹⁶².

3.1.3. Condiciones del *pactum de lege utenda*

37. El artículo 5 no concede una absoluta libertad a las partes a la hora de seleccionar la ley aplicable a la crisis matrimonial, en relación con aquellas situaciones cubiertas por el Reglamento Roma III. En ese sentido, se observa en el legislador europeo la necesidad de limitar su juego en este ámbito tan particular y sensible, así como que la selección conduzca a un ordenamiento estatal que se encuentre sustancial y estrechamente conectado con la relación jurídica –en otras palabras, con una «vinculación especial», como nos recuerda el legislador europeo¹⁶³–. Y ello, en consonancia con las distintas tradiciones existentes en este sector del DIPr de los Estados Miembros¹⁶⁴, así como con un claro objetivo protector de los cónyuges¹⁶⁵.

En concreto, la posibilidad de *pactum de lege utenda* prevista en el artículo 5 Reglamento Roma III se ve condicionada a que, a su vez, la

160. También, KRUGER, TH., *op. cit.*, p. 11. *Vid.* sobre este tipo de cláusulas y los beneficios que comporta en términos de seguridad para las partes, MORLEY, J. D., *op. cit.*, pp. 40-43.

161. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Article 5», en: CORNELOUP, S. (dir.), *op. cit.*, pp. 545-555, p. 553; VIARENGO, I., «The role...», *op. cit.*, p. 560.

162. CARRUTHERS, J., *op. cit.*, p. 906; QUEIROLO, I. / CARPANETO, L., *op. cit.*, pp. 81-82.

163. Considerando 16. Un vínculo «estrecho» en palabras de NASCIMBENE, B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione Europea*, Milán, Giuffrè, 2011, p. 40. También, HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 314.

164. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Article 5», *op. cit.*, p. 546.

165. MÖRSDORF-SCHULTE, J., «Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III)», *RabelsZ* 2013, pp. 786-827, p. 815-817.

ley elegida coincida con alguna de las cuatro legislaciones estatales previstas en su numeral primero. En este sentido, las cuatro opciones previstas son las siguientes: la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; 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; la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o la ley del foro.

38. Ahora bien, un par de cuestiones complementarias han de ser tenidas en su consideración, antes de proceder al análisis de las diferentes opciones de *electio iuris* abiertas a las partes.

a) Por un lado, en virtud de la literalidad del precepto, así como para preservar el objetivo de previsibilidad que orienta el instrumento, la elección ha de realizarse a favor de un único ordenamiento. No cabría, por lo tanto y en aras a la coherencia de la regulación, una amplia posibilidad de que las partes fragmentaran la ley rectora a la separación judicial o del divorcio, por medio de expedientes como el *depeçage*¹⁶⁶.

b) A su vez, por otro lado, esta posibilidad de opción se le ofrece a las partes con un carácter plenamente alternativo («o»), resultando disponibles para ellos la ley del Estado relativo a cualquiera de los criterios que establece. Por ello, aunque única, las partes sí que estarían capacitadas para elegir varios ordenamientos aplicables de forma sucesiva a su relación¹⁶⁷. Algo que resultaría de utilidad, para aquellos casos en los que o bien no se pudiera probar el ordenamiento escogido o bien cuando su contenido resultara manifiestamente incompatible con los principios de la *lex fori*.

39. Para empezar, con que la ley estatal elegida concuerde con la residencia habitual, ya fuera la común de los cónyuges o la relativa a la última donde residía el matrimonio, siempre que uno de los cónyuges todavía residiera en dicho país. Un criterio que constituye un punto de conexión neutro para las partes y que garantiza su conexión de forma sustantiva con el centro social y de vida de los cónyuges –presente o pasado–, al igual que permitiría su integración jurídica¹⁶⁸. Además,

166. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección...», *op. cit.*, p. 3; MANSEL, H.-P., *op. cit.*, p. 282; QUEIROLO, I./CARPANETO, L., *op. cit.*, pp. 79-80.

167. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección...», *op. cit.*, p. 4.

168. MANSEL, H.-P., *op. cit.*, p. 257. *Vid.* RODRÍGUEZ BENOT, A., «Tráfico externo, Derecho de Familia y multiculturalidad en el ordenamiento español», en: RODRÍ-

desde una perspectiva práctica y si se toma en consideración los foros establecidos en el artículo 3 Reglamento Bruselas II bis, constituye un elemento que favorecería el recurso a la *lex fori*.

El Reglamento Roma III, sin embargo, no hace mención alguna a la concreción de dicho criterio de naturaleza personal, por lo que podría generar una indeseable incertidumbre en este ámbito¹⁶⁹. De ahí que, a modo de ejemplo, resultaría aconsejable que se delimitara dicha residencia habitual de forma autónoma e independiente por parte del TJUE –e incluso de modo concordante o como se llevara a cabo con respecto al Reglamento Bruselas II bis¹⁷⁰–. Principalmente, con el objeto de evitar divergencia de interpretaciones en esta materia y, en consecuencia, no malograr aún más el efecto uniformizador del instrumento. En todo caso, este punto de conexión de carácter personal se localizaría temporalmente en el momento de que se celebrara el acuerdo de elección de ley.

40. Junto a ello, igualmente se permitiría la elección de la ley propia de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges –si fuera distinta–, localizada temporalmente cuando se hubiera celebrado el pacto –sin tener en consideración los cambios de nacionalidad que se produjeran con posterioridad a este momento–. Este criterio de conexión, concebido como una condición para la selección de la ley aplicable a la separación judicial o el divorcio, contaría con una evidente vinculación con la relación, asimismo favorecería el respeto de la «identidad cultural» de dicho cónyuge. Sin embargo, este criterio no contaría con correlación alguna con los foros diseñados en el Reglamento Bruselas II bis y, por lo tanto, no fomentaría una coincidencia *fórum-ius*¹⁷¹.

Por su parte, la nacionalidad del cónyuge en cuestión habría de concretarse necesariamente en atención de lo establecido por el legislador nacional cuya nacionalidad se alegara. Aunque para ello habría que tener en cuenta también la jurisprudencia emitida por el TJUE, relativa a la conciliación de este criterio con los principios –el de no discriminación por razón de nacionalidad, de forma destacada– y las libertades del TFUE¹⁷². En consecuencia, en nuestro caso y siempre que la ley de la nacionalidad seleccionada fuera la española, se habría que

GUEZ BENOT, A., *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 15-88, 73-74.

169. CARRUTHERS, J., *op. cit.*, p. 890.

170. HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 316.

171. SABIDO RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 519.

172. Considerando 22. *Vid.* HAMMJE, P., *op. cit.*, pp. 317-318.

acudir a lo establecido en los artículos 17 a 26 CC para el establecimiento de la nacionalidad española, así como al artículo 9.9 y 10 para la concreción de la ley aplicable en los supuestos de doble nacionalidad y de apatridia.

41. Por último, las partes igualmente podrán elegir la ley del foro como ordenamiento rector de la separación judicial o el divorcio. Un criterio que únicamente jugaría una vez que se interpusiera la demanda y difícilmente de forma previa dadas las limitaciones de sumisión existentes en el ámbito jurisdiccional¹⁷³, por lo que se podría estimar como una verdadera «cápsula flotante»¹⁷⁴. Esta alternativa fomentaría una plena coincidencia entre el *fórum* y el *ius*, de evidente vinculación con el litigio en cuestión. Una solución que favorecería la previsibilidad y una buena administración de la justicia, así como obligaría a tener presente los criterios de jurisdicción establecidos en el Reglamento Bruselas II *bis* –con los que habría de conjugarse¹⁷⁵–.

La opción a favor de la *lex fori*, sin embargo, sería susceptible de ocasionar algún problema en la práctica, desde el momento en que la aproximación de ambos Reglamentos europeos difiere sensiblemente. Así, ya se ha puesto de manifiesto que mientras el Reglamento Bruselas II *bis* fomentaría una actuación estratégica e interesada por parte de cada cónyuge, el Reglamento Roma III fomentaría la colaboración y el acuerdo entre las partes. Algo que, unido a las amplias posibilidades que abre el artículo 3 del primero y la tendencia al «legeforismo» en el segundo –como se advierte de una atenta lectura de sus artículos 8, 10, 12 y 13– no favorecerá que las partes acuerden seleccionar la ley aplicable, sino que el demandante elija un foro –con su ley– conveniente a sus propósitos. Algo que, de alguna manera, podría ser estimado como una elección indirecta de la ley aplicable al fondo de la controversia, favoreciéndose entonces el *fórum shopping*¹⁷⁶.

Efectivamente, fuera de recibir una crítica total, se trataría de una postura perfectamente legítima y de un punto de conexión directamente vinculado con el litigio –al jugar junto a unos foros en modo alguno

173. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Article 5», *op. cit.*, pp. 552-553.

174. MÖRS DORF-SCHULTE, J., *op. cit.*, p. 814.

175. También, ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas...», *op. cit.*, p. 58 y 62; CARRUTHERS, J., *op. cit.*, p. 887.

176. Vid. CAMPUZANO DÍAZ, B., «El Reglamento (UE) Núm. 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», *R.D.C.E.* 2011, pp. 561-587, p. 582; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *op. cit.*, p. 809.

exorbitantes—, pero únicamente conveniente a los intereses particulares del cónyuge demandante y, en consecuencia, favorecedor de posturas competitivas y no colaborativas o promotoras del acuerdo —esto es, a la tantas veces censurada «carrera a los Tribunales»—. En cualquier caso, también es cierto que el mismo vendrá a coincidir en muchos casos, con la ley de la residencia habitual común de los cónyuges, el de la residencia de uno de ellos o la de su nacionalidad común¹⁷⁷.

3.1.4.4. *La validez del acuerdo de elección de ley aplicable*

42. Por su parte, los artículos 6 y 7 Reglamento Roma III se refieren respectivamente al consentimiento y la validez material del acuerdo de elección de ley aplicable, así como a su validez formal. De este modo, cabría destacar lo siguiente:

a) Según el primero de estos preceptos, la existencia y la validez del acuerdo de elección de ley aplicable se regirán por lo dispuesto en la ley putativa del pacto¹⁷⁸. Una cuestión que podría encontrar cabida en nuestro artículo 90 CC¹⁷⁹. Sin embargo, en el caso de que uno de los cónyuges negara haber dado su consentimiento, podrá alegar su inexistencia de conformidad con el ordenamiento del país donde se situara su residencia habitual —localizada temporalmente en el momento en que se presentara la demanda¹⁸⁰—. Eso sí, siempre y cuando no resultara razonable establecer la validez de su consentimiento en virtud de lo establecido en la ley putativa del mencionado acuerdo. Una cautela que habrá de ser interpretada de forma restrictiva¹⁸¹.

b) El artículo 7, por su parte, se refiere a la validez formal del pacto en virtud del cual las partes seleccionaran la ley rectora de la

177. HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 319.

178. *Vid.* art. 10 Reglamento Roma I. Aunque sin establecer una sanción al respecto de su invalidez, GONZÁLEZ BEILFUS, C., «Article 5», *op. cit.*, p. 547.

179. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección...», *op. cit.*, p. 8; SABIDO RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 520.

180. Y ello, ante el riesgo de que resultara aplicable un ordenamiento menos riguroso y permisivo con principios como la integridad de consentimiento o igualdad de oportunidades, utilizando como cauce procesal el del incidente de previo pronunciamiento (390 y ss. LEC) como señala ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA («El pacto de elección...», *op. cit.*, pp. 9 y 10).

181. BARUFFI, M.C., «Il regolamento sulla legge applicabile ai «divorzi europei», *Il Diritto dell'Unione Europea* 2011, núm. 4, pp. 876-893, p. 886.

separación judicial o del divorcio¹⁸². Un aspecto que tendría el objetivo de que el consentimiento fuera informado y libre¹⁸³. De ahí que imponga unas exigencias relativamente altas, si es comparado con otros instrumentos europeos¹⁸⁴. Para empezar y como regla general, en su numeral 1º se contempla que este convenio habrá de celebrarse por escrito –entendiendo por estos también aquellos menos habituales efectuados «*por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio*», como resulta habitual recoger en los instrumentos europeos y permiten adaptar la solución al medio digital¹⁸⁵–, así como contar con la firma de ambos cónyuges y fijar la fecha. De este modo, el legislador europeo concibe estas exigencias como una salvaguardia de mínimos de la toma de conciencia por parte de los cónyuges, de la naturaleza del acuerdo que están celebrando¹⁸⁶.

c) En los siguientes apartados se contemplan diversas soluciones particulares relativas a la validez formal del *pactum de lege utenda*, motivadas por la vinculación que posee el acuerdo con la relación; para los casos en los que se contemplaran exigencias adicionales en determinados ordenamientos¹⁸⁷. De este modo, el numeral 2º establece que se habrán de respetar las exigencias que se pudieran prever en la normativa del país de la residencia habitual común de los cónyuges¹⁸⁸. Un lugar donde, a su vez, se sitúa el medio social del matrimonio.

En el 3º dispone, por su parte y con una finalidad práctica, que caso de no coincidir dicha residencia habitual y caso de que los requisitos formales previstos por sus leyes fueran distintos, la validez formal se garantizará si cumplieran con las disposiciones de tan una sola de estas legislaciones¹⁸⁹. Y ello, al tratarse ambos de ordenamientos vinculados, pero con un carácter alternativo inspirado en el principio *favor validitatis*. Por último, en el apartado 4º se consigna que, caso de que

182. También cuando éste se situara en un contrato matrimonial. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Article 7», en: CORNELOUP, S. (dir.), *op. cit.*, pp. 561-565, p. 561.

183. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección...», *op. cit.*, p. 15; VIALRENGO, I., «The role...», *op. cit.*, pp. 558 y 559.

184. SABIDO RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 522.

185. Crítica, MÖRSORF-SCHULTE, J., *op. cit.*, pp. 819-820.

186. Considerando 19.

187. Por ejemplo, como señala el Considerando 19, cuando en un Estado miembro participante se prevea que el convenio se inserte en el contrato matrimonial. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Uniform...», *op. cit.*, p. 43. Unas condiciones que habrán de interpretarse de forma restrictiva, según ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección...», *op. cit.*, p. 12.

188. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Article 7», *op. cit.*, p. 564.

189. *Ibid.*, pp. 564-565.

la residencia habitual de sólo uno de los cónyuges se situara en un Estado miembro participante –aun cuando residiera la otra parte en otro Estado miembro no participante–, los requisitos establecidos en dicha normativa habrán de contemplarse igualmente.

43. Desde la perspectiva española y a diferencia de otros legisladores estatales, nada se ha previsto al respecto de las exigencias formales especiales que deban cumplir tales acuerdos. Una vez que ya ha pasado la fecha establecida por el legislador europeo, para que remitiera la información correspondiente (el 21.9.2011¹⁹⁰). Por lo que, en línea de principio, los requisitos exigibles serían únicamente los previstos en el artículo 7.1 Reglamento Roma III.

De tal manera que para la forma que adopte el acuerdo de elección de ley aplicable, a salvo de situarse en unas capitulaciones matrimoniales –de necesaria instrumentalización en un documento público notarial–, no se exigirá formalidad específica alguna –esto es, distinta de las ya recogidas en el artículo 7.1–. Aunque, como señala ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, en los supuestos de mutuo acuerdo, se habría de exigir una propuesta de convenio regulador¹⁹¹.

44. Las condiciones establecidas en los artículos 6 y 7 poseen una significativa trascendencia en la lógica interna del Reglamento Roma III. Así, con ellas el legislador europeo desea atender a los intereses de las partes y, en particular, a la tutela de los intereses de aquella que pudiera concebirse como la parte «débil» dentro del matrimonio¹⁹². Y ello, al garantizar que su conformidad a que la crisis matrimonial se vea regulada por un determinado ordenamiento estatal, se constituya a partir de un verdadero y plenamente consciente «consentimiento informado» por parte de los dos cónyuges. Sin embargo, lo cierto es que las exigencias impuestas en tales preceptos no siempre van a ser

-
190. «Art. 17. Información facilitada por los Estados miembros participantes.
1. A más tardar el 21 de septiembre de 2011, los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión, en su caso, sus disposiciones nacionales relativas a:
a) los requisitos formales que sean de aplicación a los convenios sobre elección de la ley aplicable en virtud del art. 7, apartados 2, 3 y 4, y
b) la posibilidad de designar la ley aplicable de conformidad con el art. 5, apartado 3. Los Estados miembros participantes comunicarán a la Comisión cualquier modificación ulterior de dichas disposiciones.
2. La Comisión pondrá a disposición del público la información que reciba de conformidad con el apartado 1, a través de los medios que considere adecuados, en particular mediante el sitio web de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil».
191. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección...», *op. cit.*, p. 14.
192. CARRUTHERS, J., *op. cit.*, pp. 908-910.

de fácil cumplimiento para los cónyuges, al ser diversos los ordenamientos que habrán de ser consultados de cara a establecer la validez del pacto¹⁹³.

De este modo, el propio legislador europeo nos recuerda que «la elección informada de ambos cónyuges constituye un principio fundamental del presente Reglamento», estando obligado incluso el juzgador a velar por su cumplimiento¹⁹⁴. Una información que, como se ha expuesto, se refiere a la toma de conciencia plena del tipo de acuerdo que se estuviera celebrando, al igual que de los resultados –esto es, las consecuencias tanto las jurídicas como las sociales– a los que conduciría el mismo. Esto último, en términos de conocer los elementos principales del ordenamiento estatal seleccionado. Un extremo de no siempre fácil cumplimiento, sobre todo cuando la ley elegida no fuera la propia de un Estado miembro de la EU.

En este sentido, el recordatorio que realiza el legislador de la UE relativo a la conveniencia y posibilidad de acceso a dicha información normativa¹⁹⁵, habría que entenderlo llevado a cabo al respecto de los ordenamientos de los 28 Estados miembros y no en relación con el Derecho propio de terceros Estados. Algo que, como se subraya, se suministraría a través de la página web creada con tal fin informador por parte de la propia UE¹⁹⁶. Entenderlo de otro modo, chocaría frontalmente con la imposibilidad práctica de ofrecer una información actualizada y de calidad de la legislación propia de todos los países del planeta. En cualquier caso y desde una perspectiva práctica, hay que ser conscientes de que, en la mayoría de las ocasiones, serán los profesionales del Derecho, antes que las propias partes, los que buscarán y localizarán esta valiosa información¹⁹⁷.

3.2. LÍMITES Y EXCEPCIONES A LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE

45. La autonomía de la voluntad conflictual, además de verse condicionada en su aplicación práctica –tanto por la necesidad de coincidencia con ciertos elementos que reflejen la vinculación de la ley

193. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Article 5», *op. cit.*, p. 547; QUEIROLO, I./CARPANETO, L., *op. cit.*, pp. 77-78.

194. Considerando 18.

195. Considerando 17.

196. Crítica, BOELE-WOELKI, K., *op. cit.*, p. 17.

197. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Uniform...», *op. cit.*, p. 46.

seleccionada con la relación jurídica en cuestión, como lo exigencia de ciertas garantías formales que garanticen el consentimiento informado de los cónyuges–, se puede ver limitada y excepcionada en ciertas situaciones. Una serie de exclusiones con las que fundamentalmente se persiguen determinados y trascendentales objetivos de política legislativa.

No hay que olvidar, a este respecto, que nos encontramos ante un sector del ordenamiento especialmente sensible, donde confluyen destacados intereses políticos, sociales e incluso religiosos. La forma de plasmación de tales limitaciones es diversa, como se podrá apreciar. No obstante y en último extremo, por medio de estas excepciones se justificaría el desplazamiento de la ley elegida por las partes y su sustitución por la ley material del juez internacionalmente competente: la *lex fori*.

3.2.1. Regla general

46. En primer término, nos encontramos con la tradicional excepción a la ley seleccionada por los cónyuges, basada en su contradicción con los principios de orden público del ordenamiento del foro: la excepción de orden público. Para cuya aplicación se debería exigir un mínimo contacto de la relación con dicho ordenamiento¹⁹⁸. Una excepción clásica que en el Reglamento Roma III se encuentra explicitada en su artículo 12, de forma idéntica a como se consignan en otros Reglamentos europeos en el ámbito de la ley aplicable –señaladamente los Reglamentos Roma I y II¹⁹⁹– y cuya literalidad es la siguiente:

«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».

Efectivamente, los principios de orden público relevantes para la puesta en funcionamiento de este precepto serán los propios del ordenamiento del juez competente, como es habitual. Una remisión al Derecho nacional que resulta pertinente, toda vez que nos encontramos ante una materia no unificada, donde las disparidades resultan todavía notables Estado a Estado –incluso en el interior de la UE–. Por ello, resulta comprensible el mantenimiento de esta divergencia en el marco de un instrumento europeo que procura la unificación conflictual.

198. BASEDOW, J., *op. cit.*, p. 147.

199. Arts. 21 y 26, respectivamente.

47. No obstante, hay que dejar claro que la actuación del juzgador estatal distará de ser plenamente autónoma, sin poder actuar de modo plenamente libre en este ámbito. Unas limitaciones que se advierten en las siguientes consideraciones:

a) Por un lado –y como igualmente se aprecia en los otros Reglamentos mencionados–, el juego del artículo 12 ha de ser excepcional –al entrar en liza «sólo» cuando el efecto alcanzado por la ley extranjera fuera «*manifiestamente incompatible*» con los principios de orden público de la *lex fori*– y no apriorístico –al derivarse únicamente de los efectos que tendría la «*aplicación*» de la normativa seleccionada por los cónyuges²⁰⁰–. Por lo que las meras diferencias legislativas no serían suficientes como para accionar esta excepción, así como tener que atender a los efectos –y no a estimaciones– del ordenamiento foráneo desconocidos –no pudiendo actuarse a priori en relación con ordenamientos de tradición normativa distinta, como la islámica–.

A este respecto cabe señalar como en nuestra jurisprudencia existen, por un lado, muestras de este juego no automatista y sí más matizado de nuestra regla de orden público –el artículo 12.3 CC, desplazado en el ámbito de acción del Reglamento Roma III²⁰¹–. Así como, de otro lado, se advierte una actitud comprometida por parte de nuestro juzgador a la hora de probar y analizar el Derecho foráneo, para poder comprobar su eventual incompatibilidad con nuestros principios irrenunciables de orden público en el caso concreto²⁰².

b) Por otro lado, el legislador igualmente se vería limitado por lo previsto en aquellos instrumentos de origen europeo que obligan a los Estados miembros. En este sentido, en el Reglamento Roma III se recuerda la necesidad de observar lo previsto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular su artículo 21, un significativo precepto donde se prohíbe toda forma de discriminación²⁰³. Aunque en puridad, el juzgador del Estado miembro participante igualmente habría de ser consciente de las previsiones contenidas en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos elaboradas en el marco de la Organización de Naciones Unidas y por el Consejo de Europa²⁰⁴.

200. VIARENGO, I., «Il regolamento...», *op. cit.*, p. 621.

201. SAP Barcelona, de 6.4.2000 (AC 2000/1088)

202. SAP Madrid, de 28.9.2000 (AC 2000/1656)

203. Considerando 25. *Vid.* HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 336; JOUBERT, N., «Article 12», en: CORNELOUP, S. (dir.), *op. cit.*, pp. 615-621, p. 621.

204. Con carácter general, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Derechos Humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Privado* 1998,

48. En otro orden de ideas, sobresale el hecho de que el precepto analizado no establece con claridad cuál será la solución de reemplazo, en aquellos supuestos en los que se produjera la mencionada incompatibilidad²⁰⁵. Por lo que no queda claro, si la respuesta adecuada pasaría por acudir a los criterios de conexión subsidiarios en defecto de elección –el artículo 8 Reglamento Roma III– o acudir a la *lex fori*. A favor de la primera respuesta militaría la propia sistemática y coherencia interna del sistema que diseña el instrumento europeo²⁰⁶.

Ahora bien, hay que tener presente que la respuesta que tradicionalmente se ha dado en España a esta cuestión ha pasado por acudir a la *lex fori* como respuesta de reemplazo, ante el juego de la excepción de orden público. Aunque también es cierto que en los tribunales españoles encontramos muestras de un recurso a los puntos de conexión subsidiarios en el sistema²⁰⁷. En último extremo, el resultado que se ha alcanzado suele coincidir, al ser común que los cónyuges tuvieran su residencia habitual común en España (ante la imposibilidad de acudir a la ley de su nacionalidad común) y coincidir ésta con la *lex fori* –española–.

3.2.2. Reglas especiales

49. La consignación de esta excepción, con las limitaciones impuestas, podría resultar suficiente para tratar los supuestos de incompatibilidad entre la *lex causae* y la *lex fori*. Sin embargo, las peculiaridades de la materia abordada, así como la complejidad de las negociaciones y equilibrios necesarios para su aprobación –aunque mutilada en su alcance territorial–, condujo a que el Reglamento Roma III haya incorporado dos nuevos preceptos que igualmente se refieran a principios de orden público. A partir de los cuales, aunque con una diversa formulación, de algún modo se especializa lo establecido en el artículo 12 –el cual contaría con una naturaleza de regla general en este ámbito–. De un análisis apriorístico de esta realidad normativa plural se derivaría que la inclusión de estas dos previsiones arrojaría un resultado ciertamente distorsionador para el sistema, resultando compleja la relación que guardan con el artículo 12.

pp. 541-558, pp. 545– 550.

205. VIARENGO, I., «Il regolamento...», *op. cit.*, p. 622.

206. BARUFFI, M.C., *op. cit.*, p. 889; SABIDO RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 528.

207. SAP Madrid, de 28.9.2000 (AC 2000/1656)

3.2.2.1. *Aplicación de la ley del foro*

50. Para empezar, hay que tomar en consideración lo dispuesto en su artículo 10 –titulado «*Aplicación de la ley del foro*»–, donde se incluye una nueva excepción a la lineal aplicación la ley seleccionada por las partes, en favor del ordenamiento propio del juez competente. Una exclusión concebida como una regla especial de orden público²⁰⁸ que, como se aprecia en el citado precepto, se plantea en relación con dos situaciones distintas como se deriva de su literalidad:

«Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro».

51. Así, de un lado, se acudirá a la *lex fori* en aquellos casos en los que la normativa foránea –también en los casos de elección por los cónyuges– no contemplara la posibilidad del divorcio. Sin para ello incorporar exigencia alguna de proximidad con dicho ordenamiento²⁰⁹, pudiendo fomentar una suerte de *law shopping* en este ámbito²¹⁰. Algo que exigiría una perspectiva práctica en su aplicación, para evitar un empeoramiento en las circunstancias de los cónyuges²¹¹. Una referencia tan directa a dicha institución que, en línea de principio, haría pensar en que la respuesta sería distinta en los casos de separación judicial²¹².

Pues bien y en cualquier caso, con esta previsión el legislador europeo se decantaría con claridad por un principio *favor divortii*²¹³ y, de algún modo, se podría estimar que estaría plasmando un principio fundamental del Derecho de Familia Europeo. En consecuencia, con esta primera regla se estaría dando una respuesta particular y de corte objetivo a la regla general de excepción de orden público que se encuentra prevista en el artículo 12²¹⁴.

Desde un punto de vista sistemático, resultaría criticable su ubicación en un precepto distinto de aquel donde se sitúa la regla general,

208. HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 334; JOUBERT, N., «Article 10», en: CORNELOUP, S. (dir.), *op. cit.*, pp. 595-603, p. 602.

209. HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 333; JOUBERT, N., «Article 10», *op. cit.*, p. 602.

210. JOUBERT, N., «Article 10», *op. cit.*, p. 596.

211. BASEDOW, J., *op. cit.*, p. 149.

212. Sin embargo, JOUBERT, N., «Article 10», *op. cit.*, p. 597.

213. HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 333.

214. CADET, F., *op. cit.*, p. 80.

no quedando claro el sentido de su ubicación en un artículo distinto –además de anterior–, así como la relación que ambos guarda. A su vez y desde la óptica de su finalidad, resulta sorprendente como se ha incorporado una solución material llamado a afectar a la normativa sustantiva en materia de divorcio propia de los Estados miembros participantes, cuando el legislador europeo se había marcado como propósito el no incidir en ese ámbito normativo.

A su vez, hay que tener en consideración, como se ha puesto de manifiesto por los autores, que una regla de este tipo plantea el riesgo de que la decisión, una vez adoptada de forma lineal y ante la eventualidad de que no se viera afectado el orden público en el caso concreto, no pudiera ser reconocida en otros Estados miembros. Algo que derivaría en una situación claudicante, si se tratara del país del que provinieran los cónyuges²¹⁵.

52. De otro lado, igualmente se aplicaría la ley del juez competente, en detrimento de la *lex causae* –incluso tras resultar elegida por las partes–, en los supuestos en los que a pesar de regular la institución del divorcio, dicha legislación lo hiciera de forma discriminatoria –esto es, violando así lo establecido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea–.

En este caso y a diferencia de la regla anterior, nos encontraríamos ante una previsión de naturaleza meramente narrativa, ya no se estaría incorporando novedad alguna a la regla general de orden público. Sino que con ella únicamente se estaría recordando al juzgador estatal, la necesidad de tener en cuenta los derechos que se prevé en la mencionada Carta. Por lo tanto, este precepto incluiría un recordatorio que estimamos innecesario a todas luces y que, como máximo, debería figurar en un Considerando el Reglamento Roma III y no en su articulado²¹⁶. Sin embargo, algunos autores han dado la bienvenida a esta clarificación²¹⁷.

3.2.2.2. Diferencias en las legislaciones nacionales

53. También el artículo 13 («Diferencias en las legislaciones nacionales») dispone una regla especial de orden público, aunque el tiempo la habría vaciado parcialmente de contenido. Planteada como una norma

215. CAMPUZANO DÍAZ, B., «El Reglamento...», *op. cit.*, p. 583.

216. Como ya se hace, de hecho, en su Considerando 25.

217. BOELE-WOELKI, K., *op. cit.*, p. 19.

material imperativa²¹⁸, su motivación se encontraría en lograr el consenso político entre los participantes en el Reglamento Roma III, ante la diversidad normativa existente en esta materia –no ya tanto en materia de separación o divorcio, sino incluso en materia matrimonial²¹⁹–, al permitir que estos mantuvieran su regulación al respecto de cuestiones especialmente sensibles y vinculadas directamente con sus valores y principios fundamentales²²⁰.

Como ya se ha señalado al respecto del artículo 10 y de modo apriorístico, su ubicación en un precepto distinto a donde se localiza la solución general de excepción de orden público –artículo 12–, plantearía problemas de coordinación entre ambos artículos. Una descoordinación que, como se verá y si se examina junto al artículo 10, se tornaría en incongruencia. Todo lo cual permitiría criticar el modo en el que el legislador europeo se habría enfrentado a esta tradicional excepción. Pues bien, si comenzamos por su literalidad, el citado precepto dispone lo siguiente:

«Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento obligará a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de la aplicación del presente Reglamento».

54. La primera situación contemplada –conocida como la «excepción maltesa»– chocaría frontalmente con lo consignado en el artículo 10 Reglamento Roma III. Y ello, al permitir –pero sin obligar– al juez de aquel Estado miembro participante cuya regulación no contemplara la institución del divorcio, aplicar su normativa material y, de esta manera, excepcionar la legislación foránea que sí previera dicha institución –como antes se habría señalado, el silencio que guardaría con respecto a la separación judicial, nos haría pensar que esta institución quedaría fuera de su ámbito de aplicación²²¹–.

218. GUZMAN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el art. 13 del Reglamento Roma III», en ES-PLUGUES MOTA.C./PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012, pp. 521-536, pp. 525-526.

219. JOUBERT, N., «Article 13», en: CORNELOUP, S. (dir.), *op. cit.*, pp. 623-629, p. 625.

220. GUZMAN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales...», *op. cit.*, pp. 522-523.

221. HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 337.

El resultado al que conduciría esta regla no sería otro que el de no dictar sentencia de divorcio alguna y, en este sentido, se podría concebir como una regla de desvinculación *–opt-out–* que permitiría a los jueces de los Estados miembros participantes a no aplicar las soluciones previstas en el Reglamento –la ley foránea determinada según sus reglas de conflicto²²²–. Por lo que podríamos cuestionarnos ¿Qué otro sentido tendría sino participar en un Reglamento en materia de divorcio, para un Estado miembro que no regula esta institución²²³?

Como consecuencia de lo dispuesto en este precepto, por una parte, se minaría la fuerza del principio *favor divortii* antes expuesto –al analizar el artículo 10–, de una manera incomprensible desde una óptica jurídica –claro está, fuera del ámbito de la negociación política²²⁴–. Pero al margen de esta contradicción, de otra parte, se podría privar de efectos a la *professio iuris* llevada a cabo por las partes. Así, si la normativa extranjera aplicable en principio, partiera de una elección *ex* artículo 5, con esta excepción se afectaría negativamente a la posibilidad de elegir la normativa aplicable al divorcio, cuando ésta se encontraba relacionada estrechamente con la relación.

Sin embargo y afortunadamente para la lógica interna del Reglamento, en la actualidad esta solución se encuentra vacía de contenido y sin virtualidad práctica alguna, toda vez que en nuestros días la posibilidad del divorcio se encuentra prevista igualmente en la normativa de Malta, en tanto que único Estado miembro de los participantes donde no se permitía este modo de disolución matrimonial. En consecuencia, superada esa disparidad normativa en el interior de los participantes en el Reglamento Roma III, la conocida como la «excepción maltesa» no plantea problema alguno en la actualidad.

55. La segunda regla contenida en el artículo 13 se refiere a la imposibilidad de acudir a la normativa extranjera conforme a la que se hubiera decretado el divorcio, cuando las disposiciones del ordenamiento del foro «no consideren válido el matrimonio en cuestión». Según esta regla, siempre y cuando la *lex fori* estimara que el matrimonio que se pretende disolver no fuera válido, el juez local competente sencilla-

222. GUZMAN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales...», *op. cit.*, pp. 527.

223. En el mismo sentido, BOELE-WOELKI, K., *op. cit.*, p. 21.

224. GUZMAN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales...», *op. cit.*, p. 524.

mente no iniciaría procedimiento de divorcio alguno²²⁵. Como en los supuestos anteriores, el silencio que guardaría al respecto de la separación judicial, debería interpretarse de forma restrictiva, entendiendo que no se vería cubierta por el precepto.

Efectivamente, esta regla permitiría al juez local desterrar, de un lado, prácticas prohibidas y condenadas, como serían los casos de los matrimonios con menores, de los matrimonios poligámicos o de los matrimonios forzados²²⁶. Unos supuestos que, sin embargo, no precisarían de una solución específica como la presente, pudiendo reconducirse igualmente a una clausula general de orden público. De modo similar a como se habría expuesto, su carácter innecesario o narrativo no incidiría en una crítica a la solución prevista, sino a su ubicación en una regla especial y a dudar de la necesidad de que conste en un precepto (*black letter rule*) y no en los Considerandos del Reglamento.

No obstante y a su vez, este precepto posibilitaría al juez nacional repudiar, de otro lado, aquellos sistemas «demasiado» progresistas, tal y como serían aquellos que prevén la posibilidad de matrimonios entre personas del mismo sexo²²⁷. Una realidad con una creciente aceptación entre los Estados miembros de la UE²²⁸, aunque no autorizada en todos ellos hoy por hoy. Una vez más, nos encontramos con una regla resultado de la negociación política que socavaría para este colectivo de personas el juego del principio *favor divortii* –presente en el artículo 10–.

56. Las consecuencias prácticas de esta solución resultan, a mi juicio, criticables en nuestros días. Más aún en un marco de creciente reconocimiento de las uniones de personas del mismo sexo. Así, además de poner en tela de juicio el juego de la libertad individual de estas personas –en forma de optar por este tipo de relación, así como de elegir una concreta ley como rectora de su divorcio–, iría en contra de su libertad de movimiento en el interior de la UE²²⁹ y contradice el prin-

225. Vid. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «La cuestión previa de la «existencia de matrimonio» en el proceso de divorcio con elemento extranjero», Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2013), vol. 5, núm. 2, pp. 140-208. Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1814/845> [fecha de visita 16.12.2013]; JOUBERT, N., «Article 10», *op. cit.*, p. 6278.

226. GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales...», *op. cit.*, p. 528.

227. *Ibid.*, 528.

228. Como sería el caso de Bélgica, España, Francia, Holanda o Suecia.

229. GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales...», *op. cit.*, p. 533; JOUBERT, N., «Article 13», *op. cit.*, p. 629.

cipio de reconocimiento mutuo²³⁰, así como les perjudicaría la posibilidad de ejercer su derecho de acceso a la justicia –al no poder acceder al divorcio en aquellos Estados miembros donde no se otorgue validez a este tipo de uniones–²³¹.

Junto a ello, esta respuesta resulta plenamente contradictoria con los propios objetivos del Reglamento Roma III, al excluir de su ámbito de aplicación cuestiones preliminares –como sería, en este caso, la de la validez del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo²³²–, e incluso con los propios del Reglamento Bruselas II *bis*, el no impediría que circularan las sentencias de divorcio en este tipo de situaciones –aun cuando seamos plenamente conscientes de que en ambos planos no tienen por qué darse soluciones paralelas²³³–. En esta línea, cabe recordar que en virtud de lo dispuesto en su artículo 25 («*Diferencias en el Derecho aplicable*»):

«No podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad matrimonial alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos».

La respuesta podría tolerarse, caso de ofrecerles a los cónyuges un foro donde poder presentar su demanda de divorcio. Sin embargo, en un marco en donde no se garantiza la *prorrogatio fori* a las partes y en donde el criterio de la residencia habitual marca la conexión entre el litigio y el foro competente, la posibilidad de poder acudir a unos

230. HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 338; JOUBERT, N., «Article 10», *op. cit.*, p. 629. Al respecto del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho de Familia Europeo, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Relaciones e interacciones...», *op. cit.*, pp. 135-142 y 165-171.

231. BOELE-WOELKI, K., *op. cit.*, p. 20; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *Diario La Ley* 2012, núm. 7913, pp. 1-14, p. 6; VIARENGO, I., «Il regolamento...», *op. cit.*, p. 623; SABIDO RODRÍGUEZ, M., *op. cit.*, p. 529.

232. En su Considerando 10 se consigna, entre otros extremos, que «(...) Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate». *Vid.* BOELE-WOELKI, K., *op. cit.*, p. 20; GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales...», *op. cit.*, p. 535; HAMMJE, P., *op. cit.*, p. 338.

233. VIARENGO, I., «Il regolamento...», *op. cit.*, p. 623.

órganos jurisdiccionales «convenientes» para sus intereses les podría obligar a variar su domicilio y, en consecuencia, tener que esperar –de 6 meses a 1 año, según las circunstancias del caso–, para poder presentar su demanda de divorcio.

Un panorama poco favorecedor a su derecho de acceso a la justicia que, sin embargo, no va acompañado de una alternativa –en términos de ofrecerles un *fórum necessitatis*– que garantizaría su acceso a los tribunales en los supuestos mencionados²³⁴. Por todo ello, la conjunción de las actuales respuestas en los ámbitos del *fórum* y el *ius*, al respecto de este tipo de situaciones, resulta reprochable en la actualidad.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES

57. A pesar de que pueda resultar sorprendente, igualmente se advierte la presencia de la autonomía de la voluntad en el ámbito del reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras en materia de crisis matrimoniales. Un juego que se advierte tanto al respecto de las resoluciones extranjeras –principalmente las judiciales–, como de los acuerdos de mediación familiar celebrados en el extranjero. A ambos extremos se dedicarán los siguientes apartados de forma diferenciada.

Ahora bien, de forma inicial, destaca el hecho de que este principio se ha ido instalando paulatinamente en este particular sector, donde se habría subrayado la función de «caballo de Troya» que desplegaría, al poder ser utilizado para forzar reformas normativas en el país de acogida de la decisión extranjeras, al respecto de ámbitos prohibidos en éste²³⁵.

4.1. RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

58. Para empezar y en primer lugar, el juego de la voluntad de las partes se encuentra facilitado en virtud de la creciente relajación de las condiciones de reconocimiento presentes en los más recientes instrumentos internacionales en este ámbito. Esta circunstancia se apre-

234. ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas...», *op. cit.*, p. 64; CAMPUZANO DÍAZ, B., «El Reglamento...», *op. cit.*, p. 585.

235. YETANO, T. M., *op. cit.*, p. 180.

cia de modo evidente en el sistema presente en los artículos 21 a 39 del Reglamento Bruselas II *bis*. De esta manera, este instrumento europeo establece un sistema particularmente beneficioso, que facilita el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras en materia de separación y divorcio.

En esta línea, cabe destacar como el Reglamento Bruselas II *bis* se basa en un sistema de reconocimiento automático, que asimismo permite un reconocimiento incidental y la actualización de datos del Registro Civil, sin necesidad de procedimiento alguno (artículo 21). Un modelo que, a su vez, excluye la posibilidad de controlar la competencia judicial del juez de origen (artículo 24), así como de la ley aplicable al fondo de la controversia por parte del juez extranjero (artículo 26). Junto a ello, en dicho instrumento no se precisa la firmeza de la resolución de origen, pudiéndose suspender el procedimiento en tales casos (artículo 27). A su vez, por lo que hace a las causas de denegación, éstas se encuentran consignadas en el artículo 22 y se encuentran limitadas a los supuestos siguientes:

- «a) *si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido;*
- b) *si, habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere notificado o trasladado al mismo el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución;*
- c) *si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, o bien*
- d) *si la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes, siempre y cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido».*

59. Junto a ello, en segundo lugar, también se habría ido incorporando el principio autonomista en este ámbito, al reconocerse decisiones extranjeras que hubieran sido dictadas, no ya por autoridades judiciales, sino por otro tipo de autoridades públicas extranjeras, a pesar de que no fueran conocidas en el país de destino de la decisión y cuando éstas contaran con funciones jurisdiccionales²³⁶. Una opción

236. En el mismo sentido, el Principio C.1 de la Resolución del *Institut de Droit International* emitida en su sesión de Carcovia de 2005, «Différences culturelles et

ciertamente especializada que abriría a las partes la posibilidad de disolver su matrimonio por medio de cauces no estrictamente jurisdiccionales y que incluiría los supuestos de disoluciones puramente «privadas» –e incluso repudios–, pero que hubieran pasado por el tamiz o control de una autoridad pública local que las homologara. De este modo, se otorgaría eficacia en España a este tipo de disoluciones administrativas no estrictamente jurisdiccionales –y, en consecuencia, no permitidas en nuestro país–, por el hecho de que determinadas autoridades del país de origen de la decisión contara con unas funciones equivalentes a las del juez²³⁷.

Esta actitud claramente abierta por parte de nuestro juzgador, con la que se evitaría la proliferación de situaciones claudicantes en este ámbito y con la que se respetaría la decisión de las partes de acudir a una disolución privada o a una autoridad distinta de la judicial –autorizada en el país de origen–, para finalizar con su relación matrimonial, habría permitido reconocer en España este tipo de resoluciones provenientes de países tan distantes –no sólo geográficamente– como son Cuba, Egipto, Japón, México o Marruecos²³⁸.

60. En tercer lugar, la autonomía de la voluntad igualmente tendría hueco en el análisis de las causas de denegación de reconocimiento y ejecución, con el objeto de permitir su posterior eficacia en España. Y ello, a pesar de que en origen se hubieran conculcado principios esenciales como el de acceso a la justicia. Así, a modo de ejemplo, nuestros tribunales no han encontrado dificultad a la hora de dotar de eficacia a una sentencia extranjera, a pesar de que ésta se hubiera dictado en rebeldía en origen, siempre y cuando las partes presentaran de mutuo acuerdo la solicitud de *exequatur* con posterioridad²³⁹.

order public en droit international privé de la famille». GAUDEMET-TALLON, H., *op. cit.*, p. 125.

237. SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de libertad personal...», *op. cit.*, p. 228.

238. *Vid.* AGUILAR GRIEDER, H., «Multiculturalidad...», *op. cit.*, pp. 252-253; CARRAS-COSA GONZÁLEZ, J., «Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo», en: CALVO CARAVACA, A.L./IRIARTE ÁNGEL, J.L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 39-66; ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional...*, *op. cit.*, pp. 302-320; GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcios sin intervención judicial y repudio. Exequátur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico», AC 1999, pp. 181 y ss.

239. AAP Barcelona, de 19.5.2006 (JUR/2006/271096). *Vid.* AGUILAR GRIEDER, H., «Crisis matrimoniales internacionales y conflictos de civilizaciones», *Revista Aranzadi Doctrinal* 2012, pp. 143-165, pp. 161-162.

Junto a ello, como señalan los autores, el hecho de que no se lleve a cabo un control de la ley aplicada en origen –por parte del juez de destino– y que ésta no coincida con la respuesta dispuesta en nuestro ordenamiento, habría sido entendido como un supuesto de ejercicio del principio autonomista de forma «oculta»²⁴⁰.

61. En cuarto y último lugar, un nuevo ejemplo de flexibilización e incorporación del principio de autonomía de la voluntad lo encontramos en la recepción no automatista y selectiva de las resoluciones de separación y divorcio extranjeras²⁴¹. Tal y como habría sucedido, en relación con nuestro sistema, las decisiones de repudio extranjeras en España. Una flexible postura que implicaría una relajación de los principios de orden público en el sector del reconocimiento, tanto por analizar las peculiaridades de la disolución en el caso concreto y el papel desempeñado por las partes en la mismo²⁴², como por entender que este expediente ha de jugar un papel distinto del que desempeña cuando se trata de crear una situación en nuestro país²⁴³. Y ello, manifestando el interés del juzgador en que se llevara a cabo un análisis de justicia material en relación con el caso concreto, más que una aplicación lineal de la normativa procesal. Para lo que se tendría en cuenta, las consecuencias de dicha repudiación y el propio papel de la mujer repudiada en el proceso en origen y, sobre todo, su participación activa en sede de reconocimiento²⁴⁴.

En este sentido, nos encontramos con ciertas decisiones españolas en las que se han reconocido tales decisiones foráneas de repudio unilateral, porque fuera la propia mujer la que solicitara su reconocimiento en nuestro país –dotándoseles de un efecto equivalente a las de una disolución matrimonial por consentimiento mutuo dictada en nuestro país²⁴⁵–, en aras de permitirle contraer nuevas nupcias en España; ex-

240. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de Ley...*, *op. cit.*, p. 211.

241. GAUDEMET-TALLON, H., *op. cit.*, pp. 126-127.

242. *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C., «Multiculturalidad and Spanish Private International Law: the beginning of a great friendship?», en: NAFZIGER, J.A.R./SYMEONIDES, S.C. (eds.), *Law and Justice in a Multistate World. Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, 2002, Adrsley, New York, Transnational Publishers, pp. 255-274, pp. 273-274; QUIÑONES ESCAMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona. Fundación «la Caixa», 2000, pp. 164-172.

243. AGUILAR GRIEDER, H., «Multiculturalidad...», *op. cit.*, p. 239; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Derechos Humanos...», *op. cit.*, pp. 546-547.

244. En un sentido similar, el Principio C.2 de la Resolución del *Institut de Droit International* emitida en su sesión de Carcovia de 2005, «Différences culturelles et order public en droit international privé de la famille». *Vid.* GAUDEMET-TALLON, H., *op. cit.*, pp.131-132.

245. Así, CADET, F., *op. cit.*, p. 83; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Divorcios extranjeros sin intervención judicial...», *op. cit.*, p. 59.

plicitándose, de este modo, los principios de libertad de las personas y el respeto del *ius nubendi* recogidos en nuestro texto constitucional²⁴⁶.

4.2. RECONOCIMIENTO DE ACUERDOS EXTRANJEROS DE MEDIACIÓN EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

62. La Unión Europea ha advertido que unos de los mayores desafíos a los que se enfrenta la mediación transfronteriza, por lo que respecta a su promoción y a su desarrollo en la práctica, se vincula a la regulación que realice al respecto de la circulación internacional de los acuerdos de mediación y, en particular, a la facilidad que prevea sobre la ejecución de éstos en el extranjero²⁴⁷. Un extremo vinculado a su ejecutibilidad y que encuentra su base en el mandato presente en el artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE²⁴⁸. Una exigencia prevista por el legislador europeo que, en último extremo, ha supuesto un cambio normativo que estaría llamado a favorecer el empleo de la mediación en situaciones internacionales²⁴⁹.

Ahora bien, será el legislador nacional el que concrete los casos en los que el acuerdo de mediación resultará ejecutivo en origen²⁵⁰. A este respecto, el legislador español ha previsto en el artículo 25 Ley 5/2012 dos formas distintas de que el acuerdo de mediación cuente con esta eficacia en nuestro país: o bien a través de su elevación a una escritura

246. Entre otras, ATS, de 24 de septiembre de 1996. Nota de ARROYO MONTERO, R., *R.E.D.I.* 1997, p. 237. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Divorcios extranjeros sin intervención judicial...», *op. cit.*, p. 60. Subraya este carácter «protector» del orden público, frente su tradicional naturaleza defensiva, AGUILAR GRIEDER, H., «Multiculturalidad...», *op. cit.*, pp. 249 y 257-258.

247. PALAO MORENO, G., «La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa», en: AA.VV., *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 231-241, pp. 237-238.

248. Vid. ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: «fuera de los tribunales también hay justicia», *La Ley* 2009 (7165), pp. 1-21, pp. 6-7.

249. TELL, O., «La nouvelle Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale comme outil de promotion de la médiation familiale internationale», Document of the European Council CONF-FL-SP (2009) 15 F, Estrasburgo, 16/03/2009, p. 3.

250. BARONA VILAR, S., «La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de la Justicia», en: BLASCO GASCÓ, F. P./CLEMENTE MEORO, M./ORDUÑA MORENO, F. J./PRATS ALBENTOSA, L./VERDERA SERVER, R. (eds.), *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, Tirant lo blanch, 2011, vol. I, pp. 227-250, p. 249.

pública intervenida por un Notario español, o bien a partir de su homologación judicial. Por lo que, en todo caso y de forma contraria a lo que acontece con los laudos arbitrales, los acuerdos de mediación no contará en nuestro país con un carácter ejecutivo *per se* y, salvo en los supuestos previstos legalmente, únicamente contarán con un carácter contractual.

En consecuencia, la ejecutibilidad del acuerdo de mediación dependerá del deseo de las partes, entrando nuevamente el principio autonomista en este ámbito²⁵¹. Y ello, al tratarse de los sujetos que bien acordarán que se lleve a cabo la homologación judicial de su acuerdo o los legitimados para solicitar su protocolización notarial. En el primer caso y tratándose de una mediación intra-judicial, el artículo 25.4 dispone que se habrá que acudir al sistema previsto en la LEC para determinar su ejecutabilidad. En el segundo supuesto, las partes tendrán que facilitar al Notario no solo el acuerdo de mediación, sino también la documentación relativa a la primera y última sesión. De éste modo, el Notario podrá efectuar un control de legalidad y de los requisitos exigibles, como se prevé en el artículo 25.2.

63. En el caso de que se planteara la ejecución de un acuerdo de mediación en el extranjero, los preceptos a tener en cuenta serán los artículos 25.3 y 27 Ley 5/2012; los cuales diferencian entre los supuestos en los que el acuerdo se hubiera alcanzado en España o fuera de nuestro país²⁵².

a) En el primer supuesto, nuestro legislador no diferencia entre los Estados de la UE y terceros países, al establecer la exigencia de su protocolización por parte del Notario español –sin perjuicio de lo establecido en la normativa internacional o europea aplicable–; disponiendo así requisitos más exigentes que los previstos para los supuestos de ejecución de tales acuerdos en el interior de España.

b) En el otro caso, donde tampoco se distingue entre las situaciones intra- o extra-europea, se ha de tomar en consideración si dicho acuerdo cuenta o no con un carácter ejecutivo en el país de origen. Así, en el primer escenario, el artículo 27.1 su ejecución dependerá de

251. BARONA VILAR, S., «Incorporación de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto-ley 5/2012, de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en: ESPLUGUES MOTA, C./PALAO MORENO, G. (eds.), *op. cit.*, pp. 377-394, p. 394.

252. IGLESIAS BUHIGUES, J. L./PALAO MORENO, G./ESPINOSA CALABUIG, R. «Art. 27», en: CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), *op. cit.*, pp. 275-302.

que la autoridad extranjera ejerciera funciones similares a las de la española –sin perjuicio de lo consignado con los instrumentos internacionales o europeos que nos obliguen²⁵³–. Algo que obligará a analizar comparativamente las funciones desarrolladas por ambas autoridades.

Mientras que, en la segunda situación, su numeral 2º requiere su elevación a escritura pública por parte de un Notario español –sin prever la posibilidad de que se trate de un Notario extranjero que ejerza funciones equivalentes al nuestro–, a solicitud de las partes o de una de ellas con el consentimiento de las partes –poniendo de manifiesto, una vez más, el importante alcance del principio autonomista en este ámbito–.

64. A su vez, de un lado, la autoridad competente para llevar a cabo el proceso de ejecución del acuerdo de mediación foráneo se sitúa en el sistema general de Derecho internacional privado español ante el silencio de la Ley 5/2012²⁵⁴. Por lo que haría al control que nuestra autoridad judicial podría ejercer sobre el acuerdo de mediación extranjero –de otro lado–, en cualquiera de los casos señalados y en virtud de lo dispuesto en el artículo 273 Ley 5/2012, no se podrá ejecutar el acuerdo de mediación extranjero que contradiga de forma manifiesta nuestro orden público²⁵⁵. En este sentido, la referencia en exclusiva que se realiza a este motivo de denegación haría pensar que el juego del principio de autonomía de la voluntad no tendría peso alguno en este momento, afectando ello al eventual control de la «mediabilidad» de la materia en España²⁵⁶.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El principio de autonomía de la voluntad ha irrumpido con fuerza en el ámbito del Derecho de Familia –Internacional y Europeo– durante los últimos años, llegando a ocupar un lugar destacado en la gestión legal de las crisis matrimoniales internacionales en la actuali-

253. *Ibid.*, pp. 278-286.

254. *Vid.* YBARRA BORES, A., «Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español», *R.E.E.I.* (2012), pp. 1-26, p. 26 [disponible en: <http://www.reei.org>] [fecha de visita 16.12.2013].

255. Entre nosotros, con anterioridad a la Ley 5/2012, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *op. cit.*, p. 238; YBARRA BORES, A., *cit.*, p. 232. Con posterioridad, IGLESIAS BUHIGUES, J. L./PALAO MORENO, G./ESPINOSA CALABUIG, R. «Art. 27», *op. cit.*, pp. 295-302.

256. PALAO MORENO, G., «Autonomía de la voluntad y mediación...», *cit.*, p. 12.

dad. En el presente Curso se han analizado con profundidad el contexto socio-jurídico y los numerosos motivos que han enmarcado y justificado esta paulatina penetración. Junto a ello, en el mismo se han ido desgranado las numerosas ventajas y los innegables riesgos que ciertamente lleva aparejado el recurso al principio autonomista en este ámbito, que obligarían a llevar a cabo una aproximación equilibrada de este expediente. Todo ello, limitando su alcance a las situaciones de disolución del vínculo matrimonial, sin aproximarse a las consecuencias que se derivarían de este acto.

Para ello, se han considerado los tres ámbitos clave del sistema de Derecho internacional privado a la luz de este principio –resolución de controversias, determinación de la ley aplicable, así como el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras–, con el fin de estudiar el alcance del principio autonomista al respecto de estos peculiares litigios y para cada uno de los mencionados sectores.

2. Así, para empezar y por lo que respecta al sector de la resolución de las controversias internacionales, se ha destacado en creciente (pero aún limitado) alcance de la sumisión en el ámbito jurisdiccional, así como la importancia que ha adquirido recientemente la Mediación como mecanismo de resolución de este tipo de conflictos (un ámbito donde la libertad destaca como el principio rector básico). Por un lado y por lo que respecta a la competencia judicial internacional, destacarían los grandes beneficios que se desprenderían de un empleo (aun cuando condicionado a la existencia de conexión con el foro e informado) de la sumisión –en un medio altamente fragmentado y complejo como es el analizado–, frente al casi inexistente reconocimiento que se le garantizaría en el Reglamento Bruselas II *bis*. Algo que aconsejaría profundizar en este ámbito, favoreciendo una actitud «consensualista» en los cónyuges, en línea con la malograda Propuesta de reforma del citado instrumento iniciada en 2006.

Por otro lado y en relación con el recurso a los mecanismos complementarios a la justicia estatal en este ámbito, sobresale el impulso que habría obtenido la «Mediación familia Internacional» gracias a la incorporación en nuestro ordenamiento de la Directiva 2008/52, en virtud de la Ley 5/2012. Una institución fundamentada en la libertad y en la voluntariedad, con la que se facilitaría a las partes una adecuada gestión de su conflicto, y que afectaría a todas las fases del procedimiento de mediación transfronterizo (desde el pacto de sometimiento inicial al acuerdo de mediación final).

3. Asimismo, un sector donde realmente se ha ido asentando con inusitada fuerza la autonomía de la voluntad, ha sido el relativo al de la determinación de la ley aplicable a la separación y el divorcio con elementos de extranjería. Los últimos avances europeos en la materia hablan por sí solos, incorporando una verdadera revolución en el ámbito comparado en el marco de la UE. En esta línea, el artículo 5 del Reglamento Roma III con la generosidad con la que se acoge este principio, supone un giro radical en la normativa europea en este ámbito y ofrece una respuesta absolutamente novedosa para la gran mayoría de los Estados parte del mismo.

Sin embargo, la amplitud que este instrumento hace del principio de autonomía de la voluntad (en su dimensión conflictual), choca frontalmente con las diversas excepciones que recoge el mencionado instrumento, al dar entrada al expediente del orden público. Las cuales ponen de manifiesto no sólo una evidente inclinación del legislador europeo a favorecer el recurso a la separación y al divorcio (*favor divortii*), pero también la necesidad de conjugar esta aproximación con las diferencias existentes entre los Estados parte al respecto de cuestiones puntuales que han obligado a establecer ciertas concesiones a las concepciones arraigadas en dichos Estados.

4. También son diversos los ejemplos del recurso a la autonomía de la voluntad al respecto del reconocimiento y la ejecución de resolución judiciales extranjeras, así como en relación con la circulación internacional de los acuerdos de mediación. Un ámbito, significadamente el primero, donde se aprecia una tendencia hacia la flexibilización de los planteamientos tradicionales en este ámbito. En este sentido, la aceptación de disoluciones «privadas» no dictaminadas por una autoridad judicial (pero con funciones equivalentes a las jurisdiccional) o la aceptación de determinados repudios, podrían de manifiesto esta tendencia.

Igualmente se han producido avances significativos en el ámbito de la Mediación transfronteriza, al preverse mecanismos que faciliten la circulación internacional de los acuerdos de Mediación, en la recientemente aprobada Ley 5/2012. De este modo, la autonomía de la voluntad encontraría un nuevo ámbito de desarrollo digno de mención.

5. Ahora bien, lejos de confinar su importancia a aspectos puntuales del contencioso matrimonial transfronterizo como los mencionados, la autonomía de la voluntad está llamada a desempeñar un papel primordial en la coordinación del complejo y altamente fragmentado marco normativo internacional y europeo relativo a los litigios inter-

nacionales de familia, en un contexto altamente internacionalizado y crecientemente multicultural.

De ahí que, aunque ciertamente limitado en función de la protección de intereses superiores –como sería el del menor–, en un medio especialmente sensible como el familiar, se aconsejaría profundizar en el recurso al principio de la voluntad –con los condicionantes y garantías apropiadas– en relación con otros ámbitos del contencioso familiar internacional que se encuentran directamente relacionados con la disolución del vínculo conyugal –tal y como serían el régimen económico, los alimentos, la responsabilidad parental...–. Todo ello, con el fin de permitir a las partes llevar a cabo una eficaz y respetuosa gestión legal de este tipo de conflictos, permitiéndoles coordinar de modo eficaz el complejo normativo en el que se desarrollan estos litigios.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABARCA JUNCO, A. P., «Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español. La reforma del artículo 107 del Código civil», en: AA.VV., *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, 2005, pp. 1095-1115.
- ABARCA JUNCO, P./GÓMEZ GENE, M., «Arbitraje familiar internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2012), vol. 4, Núm. 1, pp. 5-19 (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1461/601>).
- AGUILAR GRIEDER, H., «Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el DIPr», MORÁN GARCÍA, G. (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho Comparado*, A Coruña, Universidade da Coruña, 2003, pp. 235-264.
- ALEXANDER, N., *International and Comparative Mediation. Legal Perspectives*, Austin, Kluwer Law International, 2009, pp. 78-81.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divortii* en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, *La Ley* núm. 3457/2011, pp. 1-17.
- «La cuestión previa de la «existencia de matrimonio» en el proceso de divorcio con elemento extranjero», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), vol. 5, Núm. 2, pp. 140-208 (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1814/845>).

- AMORES CONRADI, M.A., «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ», *R.E.D.I.* 1989, pp. 113-156.
- ANCESCHI, A., *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Turín, Giappichelli, 2000.
- AÑOVEROS TERRADAS, B., «La autonomía de la voluntad como principio rector de la normas de Derecho Internacional privado comunitario de la familia», en: FORNER DELAYGUA, J./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./VIÑAS FARREÉ, R. (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 119-131.
- AÑOVEROS, B., «The impact and application of the Brussels II bis Regulation in Spain», en: BOELE-WOELKI, K./GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (eds.), *Brussels II bis: Impact and Application in the Member States*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 279-295.
- ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales», en: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 2009, pp. 39-64.
- *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- ARTUCH IRIBERRI, E., «La libertad individual y las parejas ante el Derecho Internacional privado», *R.E.D.I.* 2002.1, pp. 41-63.
- BARATTA, R., «Verso la «comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto de famiglia», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2005, pp. 573-606.
- *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2004.
- BARONA VILAR, S., «Incorporación de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto-ley 5/2012, de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en: ESPLUGUES MOTA, C./PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia. Tirant lo blanch, 2012, pp. 377-394.
- «La incorporación de la Mediación en el nuevo modelo de la Justicia», en: BLASCO GASCÓ, F. P./CLEMENTE MEORO, M./ORDUÑA MO-

- RENO, F. J. / PRATS ALBENTOSA, L. / VERDERA SERVER, R. (eds.), *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Valencia, Tirant lo blanch, 2011, vol. I, pp. 227-250.
- BARUFFI, M.C., «Il regolamento sulla legge applicabile ai «divorzi europei», *Il Diritto dell'Unione Europea* 2011, núm. 4, pp. 876-893.
- BASEDOW, J., «European Divorce Law. Comments on the Rome III Regulation», en: AA.VV., *Confronting the frontiers of Family and Succession Law. Liber amicorum Walter Pintens*, Cambridge/Amberes/Portland, Intesentia, 2012, vol. I, pp. 135-150.
- BLAKE, S. / BROWNE, J. / SIME, S., *A practical approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 271; BÜHRING-UHLE, CH., *Arbitration and Mediation in International Business*, La Haya, Kluwer Law International, 2006 (2ª ed.).
- BOELE-WOELKI, K., «For better or for worse: the Europeanization of international divorce law», *Yearbook of Private International Law* 12 (2010) pp. 1-26.
- BONOMI, A., «Globalización y Derecho Internacional Privado», en: FARRAMIÑAN GILBERT, J.M. (coord.), *Globalización y Comercio Internacional. Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 2005, Madrid, BOE/AEPDIRI, pp. 223-237.
- BUCHER, A., «La famille en droit international privé», *Recueil des Cours* 2000 (283), pp. 9-186.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., «La mediación ante el secuestro internacional de menores», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* 2011, núm. 1, pp. 1-35 (www.riedpa.com).
- CADET, F., *L'ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, París, L'Harmattan, 2005.
- CALDERÓN CUADRADO, Mª P., «La Directiva de mediación y su trasposición al ordenamiento español. Una advertencia desde la Carta de los Derechos Fundamentales», en: ESPLUGUES MOTA, C. / PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia. Tirant lo blanch, 2012, pp. 395-409.
- CALDERÓN CUADRADO, Mª P. / IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La mediación como «alternativa» a la jurisdicción»: en: DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.), *Acceso a la justicia y auxilio judicial en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters, 2011, pp. 27-96.

- CAMPUZANO DÍAZ, B., «Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código civil», en: AA.VV., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 177-192.
- «El Reglamento (UE) Núm. 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», *R.D.C.E.* 2011, pp. 561-587.
 - «Uniform conflicts of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation», en: CAMPUZANO DÍAZ, B./CZEPELAK, M./RODRÍGUEZ BENOT, A./RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, A. (eds.), *Latest developments in EU Private International Law*, Cambridge / Antwerp / Portland /, Intersentia, 2011, pp. 23-48.
- CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992. PALSSON, L., «Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws», *Recueil des Cours* 1986 (199), pp. 313-413.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito», en: CALVO CARAVACA, A. L./CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *El Derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 213-227.
- «Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo», en: CALVO CARAVACA, A. L./IRIARTE ÁNGEL, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 39-66.
 - *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2000.
- CARRUTHERS, J., «Party autonomy in the legal regulation of adult relationships. What place for party choice in Private International Law?», *I.C.L.Q.* 2012, pp. 881-913.
- DE BOER, TH. M., «The second revision of the Brussels II regulation: jurisdiction and applicable law», en: BOELE-WOELKI, K./SVERDRUP, T. (eds.), *European Challenges in contemporary family law*, Cambridge / Antwerp / Portland, Intersentia, 2008, pp. 321-341.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Derechos Humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Privado* 1998, pp. 541-558.
- «El Derecho internacional privado ante la globalización», *AEDIPr* 2001, pp. 37-87.
- DIAGO DIAGO, M^a P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad», en: CALVO CARA-

- VACA, A.L. / CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.), *El Derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 271-294.
- ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 204-208.
- ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- ESPLUGUES MOTA, C., «Multiculturality and Spanish Private International Law: the beginning of a great friendship?», en: NAFZIGER, J.A.R. / SYMEONIDES, S.C. (eds.), *Law and Justice in a Multistate World. Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, 2002, Adrsley, New York, Transnational Publishers, pp. 255-274.
- ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- ESPLUGUES MOTA, C. / AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. «Artículo 3», en: CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, pp. 45-70.
- FIORINI, A., «Rome III –choice of law in divorce: is the Europeanization of Family Law going too far?», *International Journal of Law, policy and the Family* 22 (2008), pp. 175-205.
- GANNAGÉ, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Revue critique de droit international privé* 1992, pp. 425-454.
- GAUDEMET-TALLON, H., «La desunion du couple en droit international privé», *Recueil des Cours* 1991 (226), pp. 9-280.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común», *AEDIPr* 2004, pp. 117-186.
- GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III», en ESPLUGUES MOTA, C. / PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012, pp. 521-536.
- «Divorcios sin intervención judicial y repudio. Exequátur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico», *AC* 1999, pp. 181 y ss.

- HAMMJE, P., «Le nouveau règlement (UE) núm. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé* 2011, pp. 291-308.
- HODSON, D., *A practical guide to International Family Law*, Bristol, Family Law, 2008.
- IGLESIAS BUHIGUES, J. L./PALAO MORENO, G./ESPINOSA CALABUIG, R. «Artículo 27», en: CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, pp. 275-302.
- IGLESIAS, J. L./ESPLUGUES, C./PALAO, G./ESPINOSA, R./AZCARRAGA, C., «Spain», en: IGLESIAS, J. L./ESPLUGUES, C./PALAO, G. (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier, 2011.
- JAGTENBERG, R.W., «Cross-Border Mediation in Europe: Prospects and Pitfalls», en: BARRETT, G. (ed.), *Creating a European Judicial Space. Prospects for improving Judicial Cooperation in Civil Matters in the European Union*, Colonia, Bundesanzeiger, 2001.
- JAYME, E., «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1993, pp. 295-304.
- «Identité culturelle et integration: le droit international privé post-moderne», *Recueil des Cours* 1995 (251), pp. 9-268.
- JURCYS, P., «Party Autonomy in International Family Law: A Note from the Economic Perspective» (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127081).
- KRUGER, TH., «Rome III and parties' choice», (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2173334).
- MANKOWSKI, P., «Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht», *IPRax* 2004, pp. 282-290.
- MANSEL, H. P., «Pateiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswhal und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrecht», en: LEIBLE, S./UNBERATH, H. (ed.), *Brauchen wir ein Rom 0-Verordnung?*, Jena, JNV, 2013, pp. 241-292.
- MARTINY, D., «Objectives and values of (Private) International Law in Family Law», en: MEEUSEN, J./PERTEGÁS, M./STRAETSMANS, G./SWENNEN, F. (eds.), *International Family Law for the European Union*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 69-99.
- MÖRSDORF-SCHULTE, J., «Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III)», *RebelsZ* 2013, pp. 786-827.

- MUIR WATT, H., «La «conduit des conduites» et le droit international privé de la famille: réflexions sur la gouvernementalité à la lumière du règlement Rome III», en: CORNELOUP, S. (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, París, Université de Bourgogne / Lexis Nexis, 2013, pp. 729-740.
- NAGY, C. I., «What functions may party autonomy have in international family law and succession law? An EU perspective», *NIPR* 2012, pp. 576-585.
- NASCIMBENE, B., «La proposta di modifica del regolamento N. 2201/2003 nel quadro della libera circolazione delle persone», en: CARBONE, S.M./QUEIROLO, I. (ed.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 207-218.
- *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione Europea*, Milán, Giuffrè, 2011.
- NORTH, P. M., «Development of Rules of Private International Law in the field of Family Law», *Recueil des Cours* 1980 (166), pp. 9-118, p. 27.
- NTOKOLSKAIA, M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2006, pp. 313-365.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D., «La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: «fuera de los tribunales también hay justicia», *La Ley* 2009 (7165), pp. 1-21.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *Diario La Ley* 2012, núm. 7913, pp. 1-14.
- «The Law Applicable to International Mediation Contracts», *InDret* 2001/1, pp. 1-16 (<http://www.indret.com/es/>).
- PALAO MORENO, G., «Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-ley 5/2012», *La Ley* 2012 (4991), pp. 10-12.
- «Crisis matrimoniales internacionales: cinco elementos a tomar en cuenta», en: AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Valencia, Universitat de València, 2008, vol. II, pp. 1610-1632.
- «La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa», en: AA.VV., *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 231-241.
- «La Mediación Familiar Internacional», en: AA.VV., *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Valencia, Editorial práctica de Derecho, 2003, pp. 61-88.

- «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», *A.C.* 2001, pp. 529-576.
- «Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes», en: PARRA ARANGUREN, F., (ed.), *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 308-354.
- PÉREZ DAUDÍ, V., «La mediación y las medidas cautelares», *InDret* 2012/3, pp. 1-16 (<http://www.indret.com/es/>).
- PERTEGÁS, M., «Beyond nationality and habitual residence: other connecting factors in European Private International Law in Family matters», en: MEEUSEN, J./PERTEGÁS, M./STRAETSMANS, G./SWENNEN, F. (eds.), *International Family Law for the European Union*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 319-340.
- PHILIPS, P. F., «European Directive on Commercial Mediation: What It provides and It Doesn't», en: ROVINE, A. W. (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 311-318.
- QUEIROLO, I., «L'intervento comunitario in materia di separazione e divorzio: la proposta Bruxelles II-Bis e le ricadute sul diritto internazionale privato italiano», en: CARBONE, S. M./QUEIROLO, I. (ed.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Turín, Giappichelli, 2008, pp. 219-225.
- QUEIROLO, I./CARPANETO, L., «Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento «Roma III»», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2012, pp. 59-86.
- QUIÑONES ESCAMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona. Fundación «la Caixa», 2000.
- REQUEJO ISIDRO, M., «Regulation (EC) 2201/03 and its personal scope. ECJ, November 29, 2007 Case C-68/07, *Sundenlind López*», *Yearbook of Private International Law* 2008, pp. 579-591.
- RIGAUX, F., «*Ius communicationis et droit international privé*», en: MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *La escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, AEPDIRI, 1993, pp. 67-76.
- ROCA TRÍAS, E., «Globalización y Derecho de Familia. Los trazos comunes del Derecho de Familia en Europa», *Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.* 2001, pp. 25-43.

- *Libertad y familia* (Discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como Académica de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y
- RODRÍGUEZ BENOT, A., «Tráfico externo, Derecho de Familia y multiculturalidad en el ordenamiento español», en: RODRÍGUEZ BENOT, A., *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 15-88.
- SABIDO RODRÍGUEZ, M., «La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho Internacional Privado español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2013, pp. 499-534.
- SALAMÉ, G., *Le devenir de la famille en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
- SALERNO, F., «I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimonial», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2007, pp. 63-84.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., «Reglamentación comunitaria relativa a las crisis matrimoniales y la particular «crisis» entre los Reglamentos que la integran», en: FORNER DELAYGUA, J./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./VIÑAS FARREÉ, R. (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 799-820.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de libertad personal en el Derecho Internacional Privado de la familia», *Revista Facultad de Derecho Univ. Gr.* 2001, pp. 207-230.
- «Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional Privado de fin de siglo», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria– Gasteiz* 1996, pp. 149-173.
- SCHERPE, J. M., *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2012.
- TELL, O., «La nouvelle Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale comme outil de promotion de la médiation familiale internationale», Document of the European Council CONF-FL-SP (2009) 15 F, Estrasburgo, 16.03.2009.
- VAQUERO LÓPEZ, C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿Una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?», *AEDIPr* 2011, pp. 957-980.
- VENTURI, P., «Osservazioni sulla mediazione familiare nell'ottica del diritto internazioanle privato e processuale italiano», en: MARCELLO

- DI FILIPPO, M. / CAMPUZANO DÍAZ, B. / RODRÍGUEZ BENOT, A. / RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 211-222.
- VERSCHRAEGEN, B., «Moving to the same destination? Recent trends in the Law of Divorce», en: ANTOKOLSKAIA, M. (ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Amberes/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 159-167.
- VIARENGO, I., «Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti», *Riv.dir.int. pr.proc.* 2011, núm. 3, pp. 601-624.
- VIARENGO, I., «The role of party autonomy in cross-border divorces», *NIPR* 2010, pp. 555-561.
- VON OVERBECK, A., «L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé», en: AA.VV., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 619-636.
- WAUTELET, P., «La dissolution du mariage en droit international privé –compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères», en: WAUTELET, P. (coord.), *Actualités du contentieux familial international*, Bruselas, Larcier, 2005, pp. 69-142.
- YBARRA BORES, A., «Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español», *R.E.E.I.* (2012), pp. 1-26 (<http://www.reei.org>).
- YETANO, T. M., «The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law», *Journal of Private International Law* 2010, pp. 155-193.
- ZABALO ESCUDERO, M. E., «armonización del Derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo», en: AA.VV., *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 185-197.