

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN LA SOCIEDAD LÍQUIDA INTERNACIONAL DEL SIGLO XXI

Marriage and Divorce in the International Liquid Society of the 21st Century

Esperanza Castellanos Ruiz*

SUMARIO: 1. MATRIMONIO Y DIVORCIO INTERNACIONAL: CUESTIONES INTRODUCTORIAS. 2. MATRIMONIO INTERNACIONAL. 2.1. El derecho a contraer matrimonio. 2.2. Sistemas matrimoniales. 2.3. Matrimonio internacional celebrado en España: autoridad competente del expediente matrimonial y de la celebración del matrimonio. 2.4. Ley aplicable a la celebración del matrimonio. 2.4.1. Ley aplicable a la capacidad matrimonial. 2.4.2. Ley aplicable al consentimiento matrimonial. 2.4.3. Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio. 3. DIVORCIO INTERNACIONAL. 3.1. Consideraciones introductorias y normativa reguladora. 3.2. Reglamento Bruselas II ter 2019/1111 de 25 junio 2019. 3.2.1. Ámbitos de aplicación. 3.2.1.1. Ámbito de aplicación material. 3.2.1.2. Ámbito de aplicación espacial. 3.2.1.3. Ámbito de aplicación espacial temporal. 3.2.1.4. Ámbito de aplicación personal. 3.2.2. Tribunales competentes en materia de crisis matrimonial. 3.2.2.1. Caracteres de los foros en materia matrimonial. 3.2.2.2. Relación de foros en materia matrimonial. 3.3. Reglamento Roma III 1259/2010 de 20 diciembre 2010. 3.3.1. Ámbitos de aplicación. 3.3.1.1. Ámbito de aplicación material. 3.3.1.2. Ámbito de aplicación espacial. 3.3.1.3. Ámbito de aplicación temporal. 3.3.1.4. Ámbito de aplicación personal. 3.3.2. Ley aplicable en materia de crisis matrimoniales. 3.3.2.1. Caracteres de las normas de conflicto en materia matrimonial. 3.3.2.2. Listado de puntos de conexión en material matrimonial. 4. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Los matrimonios internacionales y su posible disolución constituyen un sector del Derecho de familia internacional eternamente controvertido cuya complejidad jurídica se pondrá de manifiesto en las reflexiones que siguen. Son muchos los problemas jurídicos que pueden plantearse a cualquier ciudadano nacional español o nacional extranjero, residente en España, que quiera contraer matrimonio con un nacional extranjero o que quiera contraer matrimonio en el extranjero, es decir, en todas aquellas

* Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Proyecto de Investigación de generación de conocimiento 2021 modalidad investigación orientada tipo B (PID2021-124298OB-I00), Investigadores principales: J. Carrascosa González/ E. Castellanos Ruiz: “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (Orden CNU/320/2019, de 13 de marzo, Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020).

situaciones en las que hay un elemento extranjero, bien por la nacionalidad de los contrayentes, bien por la residencia habitual de los futuros esposos. Para intentar dar solución a los problemas de Derecho internacional privado, en primer lugar, se estudiarán los problemas de Derecho internacional privado más importantes sobre la ley aplicable a la formación del matrimonio. En concreto, se tratarán los requisitos necesarios para poder contraer en España matrimonio en forma civil o religiosa. Una vez que el matrimonio extranjero es celebrado válidamente, según las distintas leyes aplicables al matrimonio, en los casos internacionales, se pasará en segundo lugar a la cuestión relativa al divorcio internacional. Si el matrimonio que pretende disolverse es extranjero, bien por la nacionalidad de los cónyuges o por su residencia habitual, se planteará dónde se puede presentar la demanda de divorcio; por ejemplo, un nacional español que reside en Italia y se ha casado con un nacional italiano, si puede presentar la demanda en Italia o si la puede presentar en España por ser nacional español. Una vez precisada la competencia de los tribunales o autoridades, como los notarios, para conocer del divorcio internacional, hay que solucionar el problema de la ley aplicable a ese divorcio.

Palabras clave: matrimonio internacional, divorcio internacional, Reglamento Bruselas II ter, Reglamento Roma III, litigación internacional

ABSTRACT: International marriages and their possible dissolution constitute an eternally controversial sector of international family law whose legal complexity will be revealed in the reflections that follow. There are many legal problems that can arise for any Spanish national or foreign national, resident in Spain, who wishes to marry a foreign national or who wishes to marry abroad, that is, in all those situations in which there is a foreign element, either by the nationality of the contracting parties, or by the habitual residence of the future spouses. To try to solve the problems of private international law, first of all, the most important problems of private international law on the law applicable to the formation of marriage will be studied. Specifically, the necessary requirements will be discussed to be able to marry in Spain in a civil or religious manner. Once the foreign marriage is validly celebrated, according to the different laws applicable to marriage, in international cases, the question related to international divorce will be passed in second place. If the marriage that intends to dissolve is foreign, either because of the nationality of the spouses or because of their habitual residence, it will be considered where the request for divorce can be filed; for example, a Spanish national who resides in Italy and has married an Italian national, if he can file the claim in Italy or if he can file it in Spain because he is a Spanish national. Once the competence of the courts or authorities, such as notaries, to hear international divorce has been specified, the problem of the law applicable to that divorce must be solved.

Keywords: international marriage, international divorce, Brussels II ter Regulation, Rome III Regulation, international litigation

1. MATRIMONIO Y DIVORCIO INTERNACIONAL: CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Reflexionar sobre el matrimonio y el divorcio internacional en Derecho internacional privado supone pisar suelo sagrado en el templo de los conflictos de jurisdicciones y conflictos de leyes. Los matrimonios internacionales y su posible disolución constituyen un sector del Derecho de familia internacional eternamente

controvertido cuya complejidad jurídica se pondrá de manifiesto en las reflexiones que siguen. Son muchos los problemas jurídicos que pueden plantearse a cualquier ciudadano nacional español o nacional extranjero, residente en España, que quiera contraer matrimonio con un nacional extranjero o que quiera contraer matrimonio en el extranjero, es decir, en todas aquellas situaciones en las que hay un elemento extranjero, bien por la nacionalidad de los contrayentes, bien por la residencia habitual de los futuros esposos.

Para intentar dar solución a los problemas de Derecho internacional privado, en primer lugar, se estudiarán los problemas de Derecho internacional privado más importantes sobre la ley aplicable a la formación del matrimonio. En concreto, se tratarán los requisitos necesarios para poder contraer en España matrimonio en forma civil o religiosa.

Una vez que el matrimonio extranjero es celebrado válidamente, según las distintas leyes aplicables al matrimonio, en los casos internacionales, se pasará, en segundo lugar, a la cuestión relativa al divorcio internacional. Si el matrimonio que pretende disolverse es extranjero, bien por la nacionalidad de los cónyuges o por su residencia habitual, se planteará dónde se puede presentar la demanda de divorcio; por ejemplo, un nacional español que reside en Italia y se ha casado con un nacional italiano, si puede presentar la demanda en Italia o si la puede presentar en España por ser nacional español. Una vez precisada la competencia de los tribunales o autoridades, como los notarios, para conocer del divorcio internacional, hay que solucionar el problema de la ley aplicable a ese divorcio. Así, se examinará si la ley aplicable permite el divorcio sin tener una causa o, por el contrario, exige una causa para poder divorciarse; o si es posible que la ley aplicable al divorcio no admita la disolución del matrimonio, con lo cual no haya posibilidad de finalizar el matrimonio.

Cuando tenemos elementos extranjeros ya no podemos aplicar el Derecho español y los jueces españoles o notarios españoles o autoridades públicas españolas no son siempre las competentes, sino que tenemos que determinar qué tribunal es competente o qué autoridad es competente y cuál es la ley aplicable a esa disolución matrimonial y lo mismo ocurre con el matrimonio, al tener un elemento extranjero son muchas las formas admitidas de celebración que las propias permitidas en España y ¿de qué va a depender la validez del matrimonio? pues va a depender de la ley aplicable a la celebración del matrimonio.

Para poder solucionar todos estos problemas de Derecho internacional privado, hay que tener en cuenta que vivimos en una sociedad líquida ¿a qué me estoy refiriendo con este concepto?

La realidad líquida, en la que vivimos actualmente, está llena de incertidumbres, cambios continuos y adaptaciones al momento, como hacen los líquidos que adaptan su forma al recipiente en el que están. Las personas vivimos en una reali-

dad constantemente cambiante en un mundo líquido. Adaptarnos a esta realidad en las relaciones de pareja, con elementos extranjeros, es una necesidad y un reto en este momento de divorcios y separaciones masivas.

Todo lo que tenemos en la modernidad es cambiante y con fecha de caducidad, en comparación con las estructuras fijas del pasado, según el filósofo polaco ZIGMUNT BAUMAN. Esta realidad cambiante, mucho más cuando las situaciones traspasan las fronteras, ha condicionado las soluciones que el legislador español o el legislador europeo han ofrecido para solucionar los problemas que plantean los matrimonios y divorcios internacionales

Son muchos los factores de toda índole, los que inciden en las relaciones de familia transfronterizas y en el aumento de matrimonios internacionales. Si sumamos al factor de la globalización, la crisis económica, el de la multiculturalidad de la sociedad actual y la libre circulación de las personas de distintas nacionalidades con diferentes residencias habituales es difícil evitar pensar en los múltiples ordenamientos jurídicos que se entrelazan a la hora de materializar de manera efectiva las consecuencias jurídicas que plantea la celebración del matrimonio y mucho más la disolución matrimonial. Lo importante no es por qué se plantea el divorcio sino las consecuencias jurídicas que conlleva el mismo.

Según datos de nuestro CGPJ más del 20 % de los divorcios que se plantean ante jueces o tribunales españoles son divorcios transnacionales y por tanto deben incluirse en el rompecabezas jurídico que tenemos intención de resolver. Según las estadísticas del INE, publicadas en 2022, respecto de los datos de 2021, el 11,9% de los divorcios que se plantean ante jueces o tribunales españoles uno de los cónyuges tenía nacionalidad extranjera y el 7,7% ambos eran extranjeros. No recoge, sin embargo, los datos de los divorcios presentados en España donde los dos cónyuges son españoles, pero con residencia en el extranjero, bien de uno de ellos, o del matrimonio, que también habría que incluirlos en los divorcios que deben regularse por las normas de Derecho internacional privado objeto de estudio. En 2021, es el 17,4% de los matrimonios celebrados con cónyuges de distinto sexo, los que al menos uno de ellos era extranjero.

Según los últimos datos recabados por Eurostat, extraídos en mayo de 2022, en 2020 se produjeron en la UE unos 1,4 millones de matrimonios y unos 0,8 millones de divorcios, según los datos más recientes disponibles para todos los Estados miembros de la Unión Europea.

En toda la Unión Europea y otros países europeos, es posible contraer matrimonio civil. Sin embargo, la relación entre un matrimonio civil y un matrimonio religioso no es la misma en todos los países. En 15 países (Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, España y Suecia, así como Noruega y el Reino Unido) un matrimonio religioso tiene consecuencias para el matrimonio civil en el sentido que un matrimonio religioso

sea reconocido por el estado como equivalente a un matrimonio civil. Francia afirma que un matrimonio religioso no tiene consecuencias para el estado civil, a menos que se haya contraído en el extranjero. El divorcio es el tipo de separación entre cónyuges que confiere a ambas partes el derecho a volver a casarse en virtud de disposiciones civiles, religiosas o de otro tipo, según las leyes de cada país. El divorcio es posible en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

2. MATRIMONIO INTERNACIONAL

2.1. El derecho a contraer matrimonio

Que el matrimonio es una institución jurídica compleja se refleja claramente tanto en Derecho internacional privado español como en Derecho internacional privado europeo¹.

El derecho a contraer matrimonio —*jus connubii*— libremente, del que goza toda persona, está recogido en el art. 32 de la Constitución España de 27 diciembre 1978, en el art. 16 de la Declaración universal de los Derechos Humanos, en el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950, celebrado en el marco del Consejo de Europa. Sin embargo, el alcance del *jus connubii* en estos textos internacionales no está nada claro, pues no cubren el derecho de toda persona a contraer matrimonio con otra persona del mismo sexo. Por otro lado, el art. 9 Carta de Derechos fundamentales de la UE de 12 diciembre 2007, indica que “[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. De esta forma, cada Estado miembro tiene la libertad de configurar el matrimonio como una unión entre personas del mismo y/o de diferente sexo, y de denominar “matrimonio” a la unión entre personas del mismo sexo. Por ello, resulta perfectamente legítimo que un concreto Estado reserve la institución del “matrimonio”, exclusivamente, a personas de distinto sexo, desde el punto de vista de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. Está claro que, en Derecho español, hoy en día el matrimonio se entiende como la unión para toda la vida entre varón y mujer, entre dos varones o entre dos mujeres.

Es una institución jurídica que es al mismo tiempo universal, porque existe en todos los Estados, y también particular, porque su significado, regulación y con-

1 A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *CDT*, vol. 14, n.º 2, 2022, pp. 194-261, especialmente pp. 195-199.

tenido difiere de país a país con bastante normalidad, variando según el círculo cultural estudiado².

En la actualidad, el debate se ha planteado en el terreno de la no discriminación. Los tribunales europeos refrendan así el movimiento de protesta contra la familia tradicional que se desarrolla desde hace varios años a raíz de las reivindicaciones de personas que reclaman su identidad sexual para obtener el reconocimiento de un derecho al matrimonio y a fundar una familia. La desarticulación contemporánea de la familia se fundamenta, pues, en la pluralidad de comportamientos individuales de los que se pretende derivar el acceso igualitario a los derechos previstos en los textos jurídicos fundamentales citados, que rigen el derecho al matrimonio y a crear una familia³.

Esta orientación parece haber adquirido hoy un carácter irreversible, aunque avanza con relativa lentitud, incluso a veces de forma caótica.

2.2. Sistemas matrimoniales

Si caótica es la construcción del concepto de matrimonio en Derecho internacional privado, más aún lo es diferenciar los sistemas matrimoniales válidos en cada Estado, atendido a sus peculiaridades jurídicas y culturales, cuando pretender reconocer fuera del Estado donde se ha celebrado el matrimonio. La diversidad de modelos de familia, basadas en el matrimonio de personas del mismo sexo y de distinto sexo, monoparentales, parejas de hecho, o reconstruidas, formadas por agregación de individuos procedentes de familias anteriores ya disueltas; la multiculturalidad de la familia producida por modelos de familia extranjeros que reflejan concepciones culturales de la familia propias de otras sociedades del planeta, como la familia basada en matrimonios poligámicos o los matrimonios privados; y la internacionalización de la familia, que se aprecia en una profunda y creciente dispersión internacional de las familias, donde la libre circulación de personas en la UE y el acelerado proceso de globalización hacen que sea frecuente encontrar familias cuyos miembros viven en diferentes países, familias que se

-
- 2 B. AUDIT / L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 8ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, pp. 523-546; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "El matrimonio", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado*, parte especial, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 289-328; M.A. AMORES CONRADÍ, "Art.107 CC", en AA.VV., *Comentario del Código civil publicado por el Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pp. 424-427; H. FULCHIRON, "Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du 'mariage pour tous'", *Journal de droit international Clunet*, 2013, núm. 4, pp. 1055-1113.
 - 3 A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

trasladan de un país a otro y familias formadas por miembros que ostentan diferentes nacionalidades, ponen de manifiesto la dificultad de determinar, en muchas ocasiones, la validez del matrimonio. Este matrimonio puede celebrarse en forma religiosa, en forma privada, en forma civil, en la forma legalmente admitida elegida por los cónyuges o en una forma de doble matrimonio alternativo, civil y religioso⁴.

2.3. Matrimonio internacional celebrado en España: autoridad competente del expediente matrimonial y de la celebración del matrimonio

La válida prestación del consentimiento matrimonial de los contrayentes supone la celebración del matrimonio. Cuando el matrimonio se celebra en España es obligatorio instruir un expediente matrimonial. El expediente matrimonial es la documentación necesaria previa a la celebración del matrimonio en España. Se instruye ante por las autoridades públicas españolas y es indiferente que el matrimonio a celebrar sea entre cónyuges españoles, entre extranjeros o entre cónyuge español y extranjero. Como se verá a continuación, son tres las leyes aplicables a la validez de un matrimonio, la ley aplicable a la capacidad matrimo-

4 Los Estados siguen diferentes “sistemas matrimoniales” en sus respectivas legislaciones. Los más relevantes son los que siguen: (a) *Matrimonio obligatorio en forma religiosa*. Este sistema está hoy en declive, pues atenta contra el *jus connubii*, ya que o bien cierra el matrimonio a los no creyentes o bien les obliga a declarar sobre sus creencias. Se siguió en España desde el Concilio de Trento hasta la Ley de 1870; (b) *Matrimonio obligatorio en forma religiosa, pero con forma civil subsidiaria para los no creyentes*. También este sistema está hoy en declive. Se siguió en España en el período 1938-1978; (c) *Matrimonio mediante acto puramente privado*. Fue el sistema seguido en Occidente hasta el Concilio de Trento, incluida España (matrimonio clandestino o “a yuras”). Hoy subsiste, con ciertas limitaciones, en Escocia y en algunos Estados de USA, así como en algunos Estados musulmanes, pero pierde fuerza ante el deseo irrefrenable del Estado de controlar los actos de sus ciudadanos; (d) *Matrimonio en forma civil obligatoria*. Propagado tras la Revolución Francesa, lo siguen numerosos Estados (Francia, Bélgica, Países Bajos, Bélgica, Suiza, Hungría, Rumanía, Alemania, Honduras, etc.); (e) *Matrimonio a celebrar en la forma legalmente admitida libremente elegida por los cónyuges*. El matrimonio es una institución civil, regida por el Derecho Civil, pero puede accederse a ella a través de ceremonia civil o religiosa (España, Italia, Portugal, Noruega, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Reino Unido, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, y numerosos Estados de USA); (f) *Sistema del doble matrimonio alternativo*. Existen dos matrimonios distintos, regidos unos por la Ley civil y otros por normativas religiosas. Su regulación es diferente, tanto en cuanto a la forma como en cuanto al fondo. Para algunos autores, este sistema es el hoy vigente en España (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ / P. DE PABLO CONTRERAS / M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, Ed. Colex, Madrid, 2007). Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

nial, al consentimiento conyugal y a la forma de celebración del matrimonio. Pues bien, en el expediente matrimonial se controlan los tres aspectos.

Para determinar los supuestos en los que la instrucción del expediente matrimonial es obligatoria, hay que partir de que el matrimonio solo puede celebrarse en España si al menos uno de los contrayentes tiene su domicilio en España (art. 58 Ley 20/2011 del Registro Civil).

Si el matrimonio a celebrar en España es en forma civil, hebrea o evangélica, la celebración del matrimonio requerirá la previa tramitación de un acta o expediente a instancia de los contrayentes, donde se acredite el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil⁵. De esta forma, la tramitación del acta es competencia del Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes; y la instrucción del expediente corresponderá al Letrado de la administración de justicia o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes, en la demarcación que corresponde al instructor del expediente matrimonial o acta (art. 238 RRC). El matrimonio no puede celebrarse en España si ninguno de los contrayentes tiene domicilio en España puesto que no existe autoridad competente para instruir el expediente matrimonial previo o el acta⁶.

Si el matrimonio se celebra ante funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero uno o los dos contrayentes debe residir en el extranjero y la tramitación del expediente previo podrá corresponder al funcionario diplomático o consular Encargado del registro civil competente en la demarcación consular donde residan. Finalizado con éxito el expediente, los cónyuges pueden solicitar que una delegación en favor de una autoridad civil española ante la que se desea prestar el consentimiento, como un alcalde o juez español⁷.

En el matrimonio a celebrar en España en forma islámica o canónica, no es preciso instruir un expediente matrimonial previo por parte de las autoridades civiles españolas. La instrucción del expediente se rige por las reglas propias de dichas confesiones religiosas. En particular, en el caso del matrimonio canónico, es posible en ciertos casos instruir el expediente canónico en España y celebrar el matrimonio en España incluso cuando ninguno de los contrayentes está domiciliado en España⁸.

5 RDGRN [2ª] 15 septiembre 2004.

6 Consulta de la DGRN 23 diciembre 2004.

7 Consulta de la DGRN 9 junio 2004 y Consulta de la DGRN 25 octubre 2005.

8 RDGRN [16ª] 14 noviembre 2019 respecto a una inscripción de matrimonio canónico celebrado en España entre contrayentes domiciliados en Londres.

En el caso de matrimonio a celebrar ante autoridades extranjeras, solo es necesario instruir el expediente matrimonial en España cuando el matrimonio se va a celebrar en España⁹. Los contrayentes pueden, sin embargo, instar que se instruya en España el expediente matrimonial, aunque el matrimonio se celebre en el extranjero, ante funcionario diplomático o consular español correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes; o, ante autoridad civil española en España, con indicación al instructor de que desean celebrar el matrimonio en el extranjero con arreglo a las formas previstas en la Ley del país de celebración del matrimonio (art. 252 RRC), siempre que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España; o, ante las autoridades extranjeras del país de celebración del matrimonio, si es que la instrucción del expediente es exigida por las leyes de dicho país. El Encargado del registro Civil español debe controlar que se han respetado los “requisitos legales” exigidos para la celebración del matrimonio. Se trata de un control legal *a posteriori*¹⁰.

2.4. Ley aplicable a la celebración del matrimonio

Deben concurrir diversos requisitos legales para que un matrimonio internacional sea válido, y en su caso, inscribible en el Registro Civil español. El Derecho de la UE carece de normas de DIPr. que señalen la Ley aplicable a la formación del matrimonio. En consecuencia, en España, la Ley reguladora del matrimonio se determina con arreglo a las normas de conflicto del Derecho español, con independencia del país donde se haya celebrado el enlace. En DIPr. español no existe una sola Ley aplicable a todos los requisitos del matrimonio, sino que existen normas de conflicto que determinan, de modo separado, la Ley aplicable a la capacidad matrimonial (art. 9.1 CC); la Ley aplicable al consentimiento matrimonial (art. 9.1 CC); y la Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio (arts. 49 y 50 CC).

2.4.1. Ley aplicable a la capacidad matrimonial

La capacidad matrimonial es la aptitud de una persona para contraer matrimonio, por ejemplo, la edad mínima para contraer matrimonio, personas con las que un sujeto puede o no contraer matrimonio, cualidades físicas o psíquicas exigidas para el matrimonio, etc.

9 RDGRN [2^a] 15 septiembre 2004

10 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

La capacidad para contraer matrimonio se rige por la Ley nacional de cada contrayente, *ex art.* 9.1 CC, puesto que se trata de un aspecto concreto de la capacidad. Por tanto, hay que hacer una “aplicación distributiva de las Leyes nacionales”: la capacidad matrimonial de cada contrayente se rige por su la Ley nacional en el momento de la celebración del matrimonio¹¹.

Surgen problemas para determinar la nacionalidad en los supuestos de múltiple nacionalidad y en los casos de apatridia. En caso de múltiple nacionalidad del contrayente es necesario concretar la “nacionalidad prevalente” a efectos de DIPr. Ello se hará mediante los convenios de doble nacionalidad firmados por España y, en su defecto, mediante el art. 9.9 CC. Si el contrayente es apátrida, la Ley que rige su capacidad nupcial se fijará con arreglo al art. 12.1 de la Convención de Nueva York, de 28 septiembre 1954 sobre Estatuto de los apátridas. Si el sujeto tiene nacionalidad indeterminada se acudirá al art. 9.10 CC.

Conectado con la cuestión de la capacidad matrimonial se encuentra el régimen jurídico de los impedimentos matrimoniales, pues afectan directamente a la capacidad nupcial. Su régimen jurídico, desde un punto de vista de Derecho internacional privado, es bastante complejo, dependiendo de si afectan solo a uno de los contrayentes o a ambos.

Los impedimentos unilaterales, que afectan exclusivamente a uno de los cónyuges, como la edad, se rigen por la Ley nacional de ese cónyuge (art. 9.1 CC). Por tanto, si un contrayente dispone de capacidad matrimonial con arreglo a su Ley nacional pero el otro contrayente no dispone de tal capacidad con arreglo a su respectiva Ley nacional, el matrimonio no es posible. En caso de celebración el matrimonio sería nulo. Ahora bien, si con arreglo a la Ley nacional de un contrayente, el impedimento no existe o existiendo, ha sido correctamente dispensado con arreglo a dicha Ley nacional, el matrimonio es válido. Si el matrimonio lo contrae un español menor de edad en otro país, es nulo, dado que la capacidad nupcial de un español se rige por la Ley española sea cual fuere el país de celebración del matrimonio¹².

Los impedimentos bilaterales afectan a los dos cónyuges e impiden contraer matrimonio con ciertas personas concretas, por ejemplo, el impedimento de parentesco. La opinión mayoritaria considera que es de aplicación a estos impedimentos la Ley nacional del contrayente que establezca el régimen jurídico más estricto o riguroso¹³. Sin embargo, esta solución es completamente injusta para

11 J.M. BISCHOFF, “Mariage”, *E.Daloz DI*, vol.II, 1969, pp. 285-307.

12 Antes de 2015, era posible dispensar este impedimento por el juez español, con anterior redacción del art. 48.III CC.

13 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

el cónyuge cuya Ley nacional no prevé tal impedimento y además va en contra del *favor matrimonii*, pues prevalece la Ley más rígida, que es la que no permite la celebración del matrimonio¹⁴.

¿Cómo afecta el orden público internacional a los impedimentos matrimoniales? El problema de los impedimentos matrimoniales y su posible dispensa está muy relacionado con la excepción del orden público internacional. En este sentido, hay que preguntarse cuándo debe intervenir el orden público internacional español. Y la respuesta debe ser muy clara en los siguientes supuestos: ante Leyes extranjeras que impiden contraer matrimonio por diversidad de religión o raza o de personas consagradas, como ocurre en la mayoría de los países islámicos; Leyes extranjeras que admiten un matrimonio entre parientes muy cercanos; Leyes extranjeras que admiten el matrimonio de niños, cuyo límite absoluto está en la aplicación de una Ley extranjera que permite contraer matrimonio a una persona menor de dieciséis años de edad; o Leyes extranjeras que impiden el matrimonio de los transexuales, pues aunque los Estados no permitan la posibilidad de cambio de sexo en su legislación interna, el Convenio Europeo de Derechos Humanos obliga a los Estados a que trate al sujeto de modo no discriminatorio y le permita contraer matrimonio de acuerdo con su nuevo sexo¹⁵.

Sin embargo, no debe intervenir el orden público internacional español si las Leyes extranjeras admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁶. En algunas ocasiones, el orden público internacional español intervendrá sólo parcialmente en el caso de las Leyes extranjeras que permiten el matrimonio poligámico. Veamos por separado cada uno de estos dos supuestos, tan relevantes en el mundo actual.

14 Resolución Circular de la DGRN 29 julio 2005.

15 Así lo indica la doctrina española (P OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español*, Pamplona, Aranzadi, 2002), así como la jurisprudencia francesa (Sent CA Paris 14 junio 1994) e italiana (Sent. Trib. Milano 17 julio 2000). La RDGRN [3ª] 24 enero 2005 estimó que la Ley de Costa Rica era contraria al orden público internacional español al impedir, en todo caso, el cambio de “sexo legal” de un ciudadano de dicho país, lo que, en dicho momento, le impedía contraer matrimonio civil con otra persona en España; (c) Si un extranjero obtiene de las autoridades españolas un “cambio de sexo”, dicha declaración es plenamente eficaz en España, aunque el sujeto sea nacional de un país cuyas Leyes no admitan el “cambio de sexo”; (d) El TEDH ha declarado que los arts. 8 y 12 CEDH 1950 obligan a los Estados partes en dicho convenio a admitir el derecho a contraer matrimonio de toda persona que ha cambiado legalmente de sexo en dichos Estados partes (STEDH 12 junio 2003, *Kück*, STEDH 11 julio 2002, *Goodwin*). El CEDH 1950 no obliga a ningún Estado parte a introducir la posibilidad de cambio de sexo en su legislación interna. Sin embargo, una vez que el sujeto ha cambiado de sexo, el convenio obliga al Estado a que trate al sujeto de modo “no discriminatorio” y le permita contraer matrimonio en sintonía con su nuevo sexo.

16 J. GUILLAUMÉ / S. GODECHOT-PATRIS, “Autour de l’arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 2015”, *JDI Clunet*, 2015, pp. 597-613.

La posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo afecta a la capacidad nupcial. Por tanto, la Ley nacional de cada contrayente regulará la cuestión de saber si dicho contrayente puede contraer matrimonio con persona de su mismo sexo, *ex art.* 9.1 CC. Esta tesis es la seguida en España por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —anterior DGRN—. Sin embargo, aún existen ordenamientos jurídicos que no permiten contraer matrimonio con personas del mismo sexo. La pregunta que surge de inmediato es la siguiente: ¿es válido en España el matrimonio entre personas del mismo sexo, si uno de los cónyuges es nacional de un país que no lo admite, teniendo en cuenta que en España sí se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo? Para dar una solución a este problema se han elaborado dos tesis, la positiva y la negativa¹⁷.

El DIPr. español no contiene una respuesta específica a la cuestión, por lo que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —anterior DGRN— ha acogido una “tesis positiva” en virtud de la cual toda persona, española o extranjera, puede contraer matrimonio con persona del mismo sexo en España, siempre que las autoridades españolas sean internacionalmente competentes para autorizar y celebrar el matrimonio. Esta tesis positiva potencia el *jus connubii*, que es un derecho con fundamento constitucional¹⁸. Por tanto, se permite la celebración en España de matrimonios entre personas del mismo sexo, aunque la Ley nacional de los contrayentes extranjeros no lo permita.

Los fundamentos utilizados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de forma indistinta, han sido varios¹⁹: (i) “*sistema anti-bloqueo*” o “*sistema belga*”: debe admitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo si la Ley nacional de alguno de los contrayentes admite dicho matrimonio, sin que sea relevante que la Ley nacional del “otro contrayente” no admita este matrimonio. Se aplica, así, al impedimento bilateral de “identidad de sexo”, la Ley nacional “más favorable” a la validez del matrimonio. De tal modo, se “desbloquea” la celebración del matrimonio y éste es posible en multitud de casos²⁰; (ii) *el orden público internacional*: debe rechazarse la aplicación en España de toda Ley extranjera que

17 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

18 Resolución Circular DGRN 29 julio 2005, RDGRN 25 octubre 2005, RDGRN [4ª] 7 abril 2006, RDGRN [5ª] 23 noviembre 2006, RDGRN [1ª] 22 mayo 2008.

19 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

20 Este mecanismo se recoge en el art. 46 Ley belga de 6 julio 2004 (Código de DIPr.) y también ha sido seguido por el legislador francés (arts. 202-1 y 202-2 CC reformados por la loi n° 2013-404 de 17 mayo 2013 “*ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*”).

no admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues dichas Leyes vulneran el orden público internacional español (art. 12.3 CC). En su lugar se aplica el Derecho sustantivo español, que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo²¹ (iii) “sistema del requisito objetivo del matrimonio”: la “diferencia de sexo” entre los contrayentes no debe calificarse como una cuestión atinente a la “capacidad nupcial”, sino como un “requisito objetivo de la institución matrimonial”, y como no existe norma de conflicto en DIPr. español que designe la Ley aplicable a la cuestión, debe regirse por la Ley material española, ya que es España el país más vinculado con el supuesto²².

El inconveniente que presenta esta teoría es el aumento de matrimonios claudicantes, carentes de todo efecto jurídico en el país de procedencia de los ciudadanos que contraen matrimonio válido en España. Son “matrimonios claudicantes” que no superan el “cruce de frontera”²³. Este inconveniente, sin embargo, no tiene por qué llegar a ser preocupante puesto que, si el matrimonio se celebra en España, al menos uno de los contrayentes debe tener su domicilio en España, pues en caso contrario no se podrá instruir el expediente matrimonial por autoridad española en España (art. 238 RRC) ni celebrar el matrimonio civil en España (art. 57 CC). Esta circunstancia significará, en la mayoría de los casos, que los efectos sustanciales de dicho matrimonio se producirán en España, al no haber intención de volver a su país de origen, por lo que, como señalan los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, solo son matrimonios “aparentemente” claudicantes²⁴.

-
- 21 Resolución-Circular DGRN 29 julio 2005, RDGRN 1 junio 2006, Consulta de la DGRN 20 octubre 2005, RDGRN [5ª] 23 noviembre 2006 [matrimonio en España entre varones suizos], RDGRN [7ª] 29 noviembre 2006 [matrimonio entre varones ingleses]]. Este enfoque también ha sido adoptado por la Cour de cassation francesa frente a la Ley marroquí, que no permitía el matrimonio, en Francia, de dos varones, incluso cuando un convenio internacional franco-marroquí indicaba que la capacidad matrimonial quedaba sujeta a la Ley nacional de cada contrayente (Sent. cour Cass Francia 28 enero 2015).
 - 22 Este mecanismo ha sido defendido por la Resolución-Circular DGRN 29 julio 2005, RDGRN [6ª] 26 octubre 2005, RDGRN 1 junio 2006, RDGRN [4ª] 7 abril 2006, RDGRN [5ª] 23 noviembre 2006.
 - 23 Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.
 - 24 A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *Diario La Ley*, núm. 6391 de 2 de enero de 2006, pp. 1-11 y *La Ley*, 2006, nº 1, pp. 1149-1164; ID., “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, núm. 2007, 15 febrero 2006, pp. 5-51; ID., “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho, Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Murcia*, 2005,

Por el contrario, otras Resoluciones de la antigua DGRN consideran que los extranjeros nacionales de países cuyas Leyes no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, no pueden contraer matrimonio en España porque es una cuestión de “capacidad matrimonial” y la capacidad matrimonial se rige por la Ley nacional de cada contrayente (art. 9.1 CC). Además, el hecho de que una Ley extranjera impida el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede considerarse contraria al orden público internacional español. Solo cabría admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo en España en caso de “reenvío de retorno” en favor de la Ley española (art. 12.2 CC), es decir, cuando las normas de conflicto del Derecho del país cuya nacionalidad ostenta el contrayente indiquen que la capacidad matrimonial se rige por la Ley del domicilio del contrayente o del país de celebración del matrimonio y tal país es España²⁵.

El gran inconveniente de esta tesis negativa es el bloqueo que se produce a la celebración del matrimonio, lo que daña el *jus connubii*. Además, una Ley extranjera cuya aplicación impida tal matrimonio vulnera el orden público internacional español y debe rechazarse su aplicación en España, pues la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo se ha convertido, en la actualidad, en un rasgo que define la sociedad española.

La importante STJUE 5 junio 2018, C-673/16, *Coman-Hamilton* abordó este problema del matrimonio entre personas del mismo sexo en un país que no se admitía, en relación con un ciudadano rumano (Coman) que contrajo matrimonio en Bruselas con un nacional norteamericano (Hamilton)²⁶. El Sr. Hamilton deseaba trasladarse a vivir a Rumanía con su cónyuge el Sr. Coman, visto que el Sr. Hamilton era cónyuge del Sr. Coman y la Directiva 2004/38/CE de 29 abril 2004 [derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros] reconoce el derecho de un cónyuge de ciudadano de la UE a entrar y residir libremente en el Estado miembro donde reside su cónyuge ciudadano de la UE. El Código Civil de Rumanía prohíbe los matrimonios entre personas del mismo sexo y las autoridades rumanas denegaron dicha petición. Frente a ello, el TJUE afirmó todo lo contrario²⁷. Para el TJUE el concepto de cónyuge empleado por la Directiva 2004/38 es neutro desde el punto de vista del género y puede, por tanto, incluir al cónyuge del mismo sexo del ciudadano de la Unión de que se trate. Además, el estado civil

n.23, pp. 11-70; ID., “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, marzo / abril 2007, pp. 443-475.

25 RDGRN [6ª] 1 junio 2006 y RDGRN [6ª] 2 junio 2006.

26 ECLI:EU:C:2018:385.

27 *Vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de personas, matrimonios entre personas del mismo sexo y la sentencia del TJUE de 5 junio 2018 en el asunto *Coman-Hamilton*”, *ACCURSIO DIP BLOG* (entrada de 25 de julio de 2018).

de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio, constituye materia objeto de competencia exclusiva de los Estados miembros. Los Estados miembros pueden libremente admitir o rechazar en sus legislaciones el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, al ejercitar dicha competencia los Estados miembros no pueden vulnerar las libertades de circulación de los ciudadanos de la UE. Si un Estado miembro (Rumanía) pudiera denegar la residencia de un „cónyuge“ por la razón de que no admite, en su Derecho, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se vulneraría la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE. El cónyuge ciudadano europeo vería obstaculizado su derecho a circular y circular libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 21 TFUE). Dicho ciudadano europeo se vería privado de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que es nacional acompañado de su cónyuge. En este sentido, el Estado miembro de destino puede invocar su orden público para evitar dicha circulación de personas en casos justificados. En efecto, dicho orden público solo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. En tal sentido, el Estado miembro de destino no está obligado a reconocer un matrimonio, con plenos efectos constitutivos y civiles, entre personas del mismo sexo válidamente contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado. Su orden público puede, en tal caso, ser invocado. Sin embargo, reconocer la existencia de dicho matrimonio y la cualidad de cónyuge del ciudadano no europeo, *“al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado”*, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el Derecho nacional y que pertenece al ámbito de la competencia reguladora de los Estados miembros. El matrimonio entre personas del mismo sexo sigue estando prohibido en el Estado miembro de destino. Por ello, el TJUE indica que la obligación de reconocimiento de ese matrimonio y de ese cónyuge con dicho objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado no atenta contra la identidad nacional ni amenaza el orden público del Estado miembro afectado.

Con esta solución el TJUE, se permite garantizar el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7 CDFUE y art. 8 CEDH 1950). Según el TEDH, una pareja formada por personas del mismo sexo es una familia y tiene derecho a su “vida familiar”. Ello se traduce, en un escenario internacional, en que una familia que vive como tal en un Estado parte tiene derecho a trasladarse a otro Estado parte y a seguir siendo considerada como tal en ese otro Estado parte.

Respecto al matrimonio poligámico muchos son los problemas que se han planteado desde el punto de vista de Derecho internacional privado español²⁸.

28 A. BAINHAM, “Family Law in a Pluralistic Society: A View From England and Wales”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 295-

El Derecho islámico clásico admite la poligamia bajo su modalidad de poliginia con un máximo de cuatro esposas legales y un número no determinado de concubinas²⁹. El número de familias poligámicas en Europa es elevado, aunque las cifras no son nunca exactas. Se estima, por ejemplo, que en 2008 existían en Italia 14.000 familias poligámicas. Pues bien, para determinar el tratamiento jurídico del matrimonio poligámico en DIPr. español, hay que distinguir entre matrimonio poligámico que pretende celebrarse en España y matrimonio poligámico que ya se ha celebrado en país extranjero.

Si el matrimonio poligámico se va a celebrar en España, con arreglo al art. 9.1 CC, la ley reguladora de la capacidad nupcial es la Ley nacional de cada contratante. Pues bien, en ocasiones, la Ley nacional de un contratante, o de ambos, es una Ley extranjera que permite a una persona contraer nuevo matrimonio sin haber disuelto el anterior matrimonio. Ello conduce a un matrimonio poligámico, cuyo orden público internacional español debe intervenir para impedir la aplicación en España de la Ley nacional del contratante extranjero que le permite contraer matrimonio poligámico (art. 12.3 CC)³⁰. En consecuencia, la capacidad

307; J.M. BISCHOFF, "Le mariage polygamique en droit international privé. Droit international privé", *TCFDIP*, 1980, pp. 91-103; ID., "Mariage", *E.Dalloz DI*, vol.II, 1969, pp. 285-307; B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, 1993; B. BOURDELOIS, "Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007", *JDI Clunet*, 2007, pp. 934-943; A. BUCHER, "La famille en droit international privé", *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186; A. BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2004; C. CAMPIGLIO, "Matrimonio poligámico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo", *RDIPP*, 1990, pp. 853-908; M.J. CERVILLA GARZÓN, "Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de Seguridad Social", *CDT*, 11, 1, 2019, pp. 233-264; M. CHARFI, "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *RCADI*, 1987, vol.203, pp. 321-454.

29 Así lo recoge el Corán, *surat 4, ayat 3*. Alrededor de cincuenta Estados admiten plenamente la poligamia en sus Derechos civiles a todos los efectos legales. Es el caso de Afganistán, Algeria, Bahrain, Bangladesh, Brunei, Birmania, Burkina Faso, Camerún, Chad, Islas Comores, Congo, Djibouti, Egipto, Etiopía, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irán, Iraq, Jordania, Kuwait, Libia, Malaysia, Maldivas, Mali, Mauritania, Marruecos, Niger, Omán, Pakistán, Qatar, Arabia Saudita, Senegal, Singapur, Somalia, Sudáfrica, Sri Lanka, Sudán, Siria, Tanzania, Togo, Uganda, Emiratos Árabes Unidos, Yemen, Zambia. En otros países sólo se admite en ciertas regiones (Eritrea y Nigeria). Algunos Estados admiten la poligamia exclusivamente para musulmanes (India, Malasia, Singapur, Filipinas).

30 La DGRN entiende que "es claro que en este punto la ley extranjera ha de quedar excluida (...) por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. art. 12-3 CC) que impide la inscripción de un matrimonio poligámico en el Registro Civil español, lo que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer" y que el matrimonio poligámico es "contrario a la concepción española de la institución matrimonial" (RDGRN [10^a] 17 enero 2019 [matrimonio celebrado en Gambia]; RDGSJYFP [34^a] 2 febrero 2021 [matrimonio en Marruecos]; RDGSJYFP [10^a]

nupcial del contrayente en cuestión quedará sujeta a la Ley sustantiva española, Ley que impide la válida celebración de este matrimonio en España. pues el sujeto carece de capacidad matrimonial para contraer un matrimonio si está vinculado por matrimonio anterior en virtud del “impedimento de ligamen”. En definitiva, el matrimonio poligámico nunca podrá celebrarse válidamente en España porque el varón carece de capacidad matrimonial³¹.

Ahora bien, si el matrimonio poligámico ha sido celebrado en el extranjero los problemas que suscita son de “reconocimiento de decisiones” y no de “determinación de la Ley aplicable” al mismo. El matrimonio ya se ha celebrado y consta en una “decisión extranjera” cuyos efectos jurídicos intentan hacerse valer en España. Si la Ley nacional del contrayente admite este matrimonio poligámico, el orden público internacional español interviene contra el reconocimiento en España del acta registral extranjera en la que conste la celebración de un matrimonio poligámico. Dado que el matrimonio ya se ha celebrado y es válido en un país extranjero, resultaría profundamente perjudicial, en especial para la segunda esposa, que el segundo matrimonio fuera considerado como total y completamente “inexistente” en España, a todos los efectos legales, por el mero hecho de “cruzar la frontera”, en especial cuando los contrayentes residen habitualmente en Estados que admiten la poligamia o cuando la primera esposa es nacional de un Estado que admite la poligamia³². La solución consiste en aceptar un orden público internacional “atenuado” que consiste, por un lado, en impedir la aplicación de la Ley extranjera que admite el matrimonio poligámico en relación con los efectos jurídicos “nucleares” de dicho matrimonio poligámico. Así, el matrimonio poligámico jamás podrá ser inscrito en el Registro Civil español y no surtirá los efectos propios anudados a dicha inscripción registral. Tales efectos deben rechazarse porque su admisión en España dañaría la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Pero, por otro lado, se admiten otros efectos jurídicos “periféricos” derivados de los matrimonios poligámicos legalmente celebrados en un país extranjero³³. Entre los efectos periféricos deben subrayarse: reagrupación

16 noviembre 2020 [matrimonio en Senegal]; RDGSJYFP [4^a] 16 noviembre 2020 [matrimonio en Argelia]; RDGRN [3^a] 27 julio 2018 [matrimonio en Senegal]; RDGRN [36^a] 21 abril 2017 [matrimonio islámico celebrado en Marruecos].

- 31 Vid., A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.
- 32 C. CAMPIGLIO, “Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana”, *RDIPP*, 2008, pp. 43-76: Id.; “Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *RDIPP*, 1990, pp. 853-908.
- 33 M.L. LABACA ZABALA, “El matrimonio polígamo islámico y su transcendencia en el ordenamiento jurídico español”, *noticias jurídicas* (versión on line).

familiar³⁴; derechos sucesorios de la segunda esposa, con arreglo al Derecho estatal que regule la sucesión *mortis causa* del causante varón polígamo³⁵; derecho de alimentos y pensión por desequilibrio post-divorcio para el segundo cónyuge de la segunda o ulterior esposa que debe ser considerada como “esposa” a efectos de percibir alimentos y/o pensión por desequilibrio post-divorcio³⁶; derecho a pensión de viudedad por parte de las distintas esposas, pues la legislación española reguladora de la Seguridad Social concede, en ciertas condiciones, una pensión de viudedad a todas las esposas, con soluciones distintas dependiendo de que exista un Convenio internacional aplicable al respecto³⁷ o de que no exista convenio internacional de Seguridad Social que contenga una previsión aplicable³⁸;

34 El marido polígamo puede reagrupar consigo a cualquiera de sus esposas, a su libre elección, pero sólo a una de ellas. También puede reagrupar a sus hijos (art. 17 LOEXIS 2000 y art. 53 RD 557/2011 de 20 abril [Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000], así como art. 4.4 Directiva 2003/86/CE sobre derecho a la reagrupación familiar).

35 La admisión de derechos sucesorios de la segunda esposa y de sus hijos con el causante no vulnera el orden público internacional español. Si la Ley reguladora de la sucesión parte de la existencia de una sola esposa, los derechos hereditarios que corresponden a esa “esposa” se distribuirán a partes iguales entre las varias esposas. Es también una solución seguida en Francia *Vid.*, B. BOURDELOIS, “Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 934-943.

36 La cuantía de estos derechos económicos se fija con arreglo a la Ley aplicable a los alimentos, Ley que se determina a través de las normas de conflicto contenidas en el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

37 En el caso de que el fallecido cotizante dejara varias esposas con las que está legalmente casado con arreglo a su Ley nacional, disponen todas estas esposas de un derecho a esta pensión de viudedad si existe un Convenio internacional aplicable al respecto. Existe una sola pensión de viudedad y no “varias pensiones”, pensión única que deberá repartirse en igual proporción entre las esposas supérstites. Según el art. 23 del Convenio hispano-marroquí de 8 noviembre 1979 “*la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación*”. Pues bien, en dicho supuesto, existe una sola pensión de viudedad y no “varias pensiones”, pensión única que deberá repartirse en igual proporción entre las esposas supérstites. Así lo ha indicado la STS CA 24 enero 2018 [soldado marroquí y pensión para dos esposas], que subraya, con pleno acierto, que “*si el Estado Español reconoce [en el citado convenio bilateral España-Marruecos] esos efectos atenuados a las situaciones de poligamia de súbditos marroquíes, no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad*”.

38 En este caso, la legislación debe ser interpretada para adaptarla al caso de múltiples mujeres potenciales perceptoras de la pensión de viudedad. Se han mantenido varias tesis al respecto: (i) solo corresponde la pensión de viudedad a la primera esposa: STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [poligamia y matrimonio en Senegal]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [matrimonio celebrado en Gambia], STSJ Cataluña núm. 5255/2003, Social, 30 julio 2003 [esposas gambianas], aunque con interesantísimo voto particular contrario; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [segundo matrimonio contraído en Méjico]): el segundo matrimonio es nulo para el DIPr. español y no produce ningún

filiación de los hijos comunes³⁹; régimen económico del matrimonio poligámico⁴⁰; cláusula de anulación del matrimonio por poligamia⁴¹; o disolución por divorcio del matrimonio poligámico⁴².

2.4.2. *Ley aplicable al consentimiento matrimonial*

En Derecho sustantivo español, para que exista matrimonio debe concurrir un válido consentimiento matrimonial, por eso deben manifestar expresamente

efecto jurídico (vid. en Francia, Sent. Cass. Francia 5 noviembre 2015 [bigamia y pensión de viudedad]). (ii) se reparte proporcional por tiempo de matrimonio: STSJ Madrid núm. 456/2002, Social, 29 julio 2002. (iii) o, se reparte a partes iguales entre todas las esposas del fallecido: A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. T. I: Africa del Norte y América Latina*, 2006; a favor de esta postura. STSJ Madrid 29 julio 2002 [esposas marroquíes]; Sent. Juzgado Social núm.3 La Coruña 13 julio 1998, confirmada por la STSJ Galicia, Social, 2 abril 2002 [esposas senegalesas], STSJ Andalucía 30 enero 2003 [esposas marroquíes], que aplica el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social y concede la pensión al 50% a las dos esposas viudas; STSJ Andalucía 18 junio 2015 [polígamo marroquí].

- 39 La filiación se rige, según el art. 9.4 CC, con arreglo a la Ley de la residencia habitual de los hijos o, a falta de residencia habitual del hijo o cuando dicha Ley no admite la filiación del hijo, con arreglo a su Ley nacional, y en su defecto, con arreglo a la Ley sustantiva española. El principio del interés superior del menor aconseja considerar que existe “matrimonio” válido entre el varón y su segunda esposa a la hora de otorgar, con arreglo al Derecho extranjero, una filiación “matrimonial” a los hijos. Deben operar las presunciones matrimoniales de paternidad y maternidad incluso en relación con nacidos de cónyuges polígamos.
- 40 Las Leyes extranjeras que admiten el matrimonio poligámico establecen un riguroso sistema de “separación de bienes”. Ello evita, en muchos casos los difícilísimos problemas de una posible “sociedad de ganancias” entre el varón polígamo y sus esposas, ya que el régimen económico matrimonial está sujeto, en general, a la Ley nacional común de los cónyuges (art. 9.2 CC). En los casos en que el régimen económico matrimonial se regule por otras leyes, es posible defender que la existencia de un régimen económico matrimonial es un efecto periférico del matrimonio y que debe quedar sujeto a su propia Ley, que se determina con arreglo al Reglamento 2016/1103.
- 41 La *Shari’a* musulmana admite que en el contrato matrimonial se inserte una cláusula en cuya virtud el varón se compromete a no contraer matrimonio poligámico con más esposas, y en el caso de que el varón no respete su compromiso, la primera esposa del varón puede solicitar la anulación o nulidad del matrimonio. La aplicación en España de un Derecho extranjero que admita esta causa de nulidad del matrimonio no vulnera el orden público internacional español.
- 42 Debe considerarse que el matrimonio existe a los efectos de poder solicitar el divorcio en España. En este sentido, la sentencia de la Cour de cassation Francia 17 noviembre 2021, en relación con un matrimonio entre cónyuges libios, estima que un matrimonio válido según la ley del país de celebración, que es, además la ley de la nacionalidad común de los cónyuges (Libia) debe ser considerado válido en Francia a los efectos de que la esposa pueda solicitar el divorcio. El orden público internacional francés debe atenuarse para permitir este divorcio en Francia.

su voluntad auténtica y libre de querer constituir un matrimonio como verdadera unión conyugal.

No existe en DIPr. español una norma de conflicto específica que indique cuál es la Ley aplicable al “consentimiento matrimonial” y por eso se han propuesto varias soluciones al respecto⁴³. La tesis sostenida por la jurisprudencia española y por la DGRN es la “tesis de la Ley nacional”⁴⁴. Según esta tesis, el consentimiento matrimonial afecta al “estado civil” de la persona. Por ello, debe aplicarse el art. 9.1 CC de forma que el consentimiento matrimonial de cada contrayente debe regirse por la respectiva Ley personal de cada uno de ellos en el momento de celebración del matrimonio. Se debe aplicar la Ley nacional de cada contrayente a su respectivo consentimiento matrimonial, es decir, de forma distributiva⁴⁵.

Pues bien, la Ley nacional de cada contrayente regula si el consentimiento es aparente o real; los vicios del consentimiento: violencia, miedo o temor reverencial, error sobre las cualidades esenciales del otro contrayente; la existencia y efectos legales del consentimiento matrimonial viciado o simulado; el plazo para el ejercicio de las acciones y personas; o si determinadas personas, —padres, tutores—, deben dar su consentimiento adicional al enlace o pueden oponerse al mismo, cualquiera sea la nacionalidad de las personas que deben dar dicho permiso adicional o que pueden formular su oposición al matrimonio⁴⁶.

Hay que rechazar la aplicación de la Ley nacional del contrayente, en cuestión, al consentimiento matrimonial, cuando produce efectos contrarios al orden público internacional español. Así sucede en los siguientes supuestos⁴⁷: Leyes que admiten el matrimonio concertado por terceros; Leyes que admiten el matrimonio sin consentimiento matrimonial; y, Leyes que admiten un “matrimonio temporal”. También debe intervenir el orden público internacional español en relación con los matrimonios simulados o de complacencia. A continuación, se analizarán brevemente cada uno de ellos.

43 Vid., A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

44 RDGRN [19ª] 10 septiembre 2019.

45 C. BRIÈRE, “Nullité du mariage pour défaut de consentement”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 147-153; E. RALSER, “Nota Sent. Cass Francia 25 mayo 2016”, *RCDIP*, 2017, pp. 668-674. Esta tesis se sigue también en DIPr. belga (art. 36.1 LDIPr. Bélgica 2004); art. 3 Code Francia (Sent. Cass Francia 25 mayo 2016).

46 Vid., A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

47 J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de derecho*, Universidad de Murcia. Número 21, 2003, pp. 109-143.

Resulta contraria al orden público internacional español la aplicación de Leyes extranjeras que admiten el “matrimonio concertado” por padres o familiares de los contrayentes, sin que los propios contrayentes hayan emitido o expresado su consentimiento matrimonial o en contra de la voluntad de los contrayentes⁴⁸. El “matrimonio concertado” es una práctica muy frecuente en ciertos países, como India, Afganistán, Guinea Ecuatorial o Bangladés⁴⁹. Ahora bien, para aplicar la excepción de orden público hay que ir al caso concreto. Por ello, si los sujetos no se opusieron al matrimonio concertado y no impugnan la validez ante autoridades españolas la validez de dicho matrimonio, dicho enlace debe considerarse válido en España, pues en realidad, a pesar de que el enlace fue concertado por terceros, sí hubo matrimonio con consentimiento matrimonial⁵⁰.

También resultan contrarias al orden público internacional español las Leyes que admiten el matrimonio sin consentimiento matrimonial. Para que exista un matrimonio válido en España debe concurrir, inexcusablemente, un consentimiento matrimonial de los contrayentes. Dicha exigencia se extrae de la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecha en Nueva York el 10 diciembre 1962 (art. 1: “[n]o podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley”), así como del art. 45 CC. Resulta contraria, por tanto, al orden público internacional español la aplicación de Leyes extranjeras que permiten el matrimonio aun cuando los contrayentes no desean, en ningún

48 RDGRN [9^a] 14 octubre 2019 [matrimonio entre español y marroquí]; RDGRN [27^a] 14 octubre 2016 [matrimonio celebrado en Ghana]; RDGRN [3^a] 23 septiembre 2016 [matrimonio en Ghana], Consulta de la DGRN 2 diciembre 2004, Consulta de la DGRN 13 junio 2005 [matrimonio en Argelia], RDGRN [184^a] 28 agosto 2015 [matrimonio celebrado en Guinea], RDGRN [42^a] 25 enero 2012 [matrimonio consuetudinario celebrado en Guinea Ecuatorial]: “el denominado matrimonio consuetudinario de Guinea Ecuatorial admite, con plena eficacia civil, [el matrimonio en el que se observa] la falta de consentimiento de una de las partes (pues) la mujer es entregada por su familia al marido a cambio de una dote”.

49 Particularmente significativo es el caso de Bangla-Desh, país que dispone de “una de las tasas de matrimonio infantil más altas del mundo y la más alta de Asia”, pues “el 52 % de las niñas de Bangladés están casadas al cumplir los 18 años de edad y el 18 %, al cumplir los 15” (vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 6 abril 2017, sobre Bangladés, en particular los matrimonios infantiles (2017/2648(RSP)) (DOUE C 298 de 23 agosto 2018), así como Resolución del Parlamento Europeo, de 4 julio 2018, titulada “Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados: próximas etapas” (2017/2275(INI)) (2020/C 118/07, DOUE C-118 de 8 abril 2020).

50 Vid., A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

caso, “formar una familia”. Es lo que la DGRN llama un “*consentimiento abstracto descausalizado y desconectado de la finalidad institucional del matrimonio*”⁵¹.

Son también contrarias al orden público internacional las Leyes que admiten un “matrimonio temporal”, como ocurre en Egipto⁵². La aplicación de estas Leyes provoca una vulneración de un principio básico del Derecho matrimonial español: el consentimiento matrimonial no puede ser sometido a término, modo ni condición. Por eso, tales Leyes son inaplicables en España, ya que el orden público internacional español lo impide (art. 12.3 CC)⁵³.

Igualmente son contrarios al orden público internacional español los matrimonios internacionales de complacencia, por ser “matrimonios simulados” celebrados entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros, con el solo objetivo de obtener beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería, normalmente a cambio de un precio. La mayoría de los países europeos combaten con energía estos falsos matrimonios⁵⁴. Así, en España la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —antes DGRN— ha adoptado distintas “tácticas legales” para combatir los “matrimonios de complacencia” y ha expuesto su

51 Tales Leyes extranjeras permiten, *de facto*, un matrimonio sin “consentimiento matrimonial”: RDGRN [7ª] 3 junio 2016 [matrimonio en Cuba], RDGRN [14ª] 12 mayo 2014 [matrimonio en República Dominicana], RDGRN [2ª] 30 junio 2011 [matrimonio civil entre varón nigeriano y mujer alemana], RDGRN [20ª] 23 septiembre 2011 [matrimonio en Perú].

52 Matrimonio “*Mutaa*”.

53 Vid., A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

54 M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / H. GRIEDER MACHADO, “El matrimonio de conveniencia”, *BIMJ*, núm. 1879, 2000, pp. 3213-3224; A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Matrimonio de conveniencia: argumentos vergonzantes y pradojas inocuas”, *Direito* vol. 16, 2007, pp. 29-51; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *AC*, 9-15 feb. 1998, pp. 129-140; ID., “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 119-158; ID., “Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, 4 enero 2007, pp. 1-11; ID., “Reflexiones sobre la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006: los matrimonios de complacencia a examen”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. RODRÍGUEZ RODRIGO (Dirs.), *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Colex, 2007, pp. 135-178; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2002, núm. 20, pp. 7-34; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Homenaje R. Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 247-273; P. VILLAFRUELA CHAVES, “Los llamados ‘matrimonios de conveniencia’ en la doctrina de la DGRN correspondiente al bienio 2000-2001”, *Homenaje R. Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 325-339.

doctrina en la Instrucción DGRN de 31 enero 2006 sobre los matrimonios de complacencia⁵⁵.

Por un lado, puede existir un control previo a la celebración del matrimonio simulado. Se contiene en la “Instrucción DGRN de 9 enero 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”. En dicha Instrucción, la DGRN exige que, en el trámite de audiencia de cada uno de los contrayentes por separado que debe llevarse a cabo en la instrucción del expediente matrimonial, el instructor del expediente pueda interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la “verdadera intención matrimonial” de los mismos⁵⁶. Cuando un contrayente es español, basta acreditar con arreglo al Derecho español (art. 9.1 CC) que el consentimiento del contrayente español es “simulado”, sin que sea preciso acreditar que también es “simulado” el consentimiento del contrayente extranjero con arreglo a su Ley nacional⁵⁷. Sin embargo, cuando ambos contrayentes son extranjeros, la Ley que rige la autenticidad de su consentimiento es la Ley nacional respectiva de cada contrayente (art. 9.1 CC). Sin embargo, esta “táctica preventiva”, en la práctica, no funciona, puesto que solo es necesario instruir el expediente matrimonial previo, en España, cuando el matrimonio se va a celebrar en España⁵⁸, por lo que los sujetos pueden contraer un “matrimonio de complacencia” en el extranjero sin haber instruido un expediente previo ante autoridad española.

Por ello, el control que realmente funciona es el posterior a la celebración del matrimonio. Cuando se presenta la certificación extranjera de celebración del matrimonio para su inscripción en el Registro Civil español, el Encargado del Registro Civil español debe controlar la “legalidad” de dicho matrimonio “conforme a la Ley española”. Por tanto, el Encargado debe controlar que existe consentimiento válido con arreglo a la Ley nacional de cada contrayente (art. 9.1 CC). Ahora bien, cuando uno de los contrayentes es español, basta comprobar con arreglo a la Ley española que no existe consentimiento matrimonial del contrayente español y el matrimonio se considera simulado y no accede al Registro Civil⁵⁹. A través de una “entrevista” a los cónyuges se acredita el verdadero consentimiento matrimonial. Debe ser un “control suficiente”⁶⁰. La DGRN exige que el consentimiento matri-

55 BOE núm. 41 de 17 febrero 2006.

56 RDGRN [1ª] 22 septiembre 2009 [matrimonio en República Dominicana], RDGRN [1ª] 27 enero 2009, RDGRN [13ª] 5 noviembre 2008 [matrimonio entre portugués y brasileña], RDGRN [8ª] 13 abril 2009, RDGRN [2ª] 11 mayo 2009, RDGRN [10ª] 31 enero 2012 [autorización de matrimonio en España entre nacional búlgaro y dominicano].

57 C. BRIÈRE, “Nullité du mariage pour défaut de consentement”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 147-153.

58 RDGRN [2ª] 15 septiembre 2004.

59 Instrucción DGRN de 31 enero 2006, sobre los matrimonios de complacencia.

60 Una entrevista “sumaria” o “meramente formularia” no prueba la ausencia de consentimiento matrimonial: RDGRN [5ª] 13 junio 2006, RDGRN [1ª] 27 septiembre 2006.

monial sea un consentimiento para “formar una unión conyugal como comunidad de vida”, un consentimiento para formar una familia⁶¹. Para acreditar la presencia de un verdadero consentimiento matrimonial, la DGRN utiliza un “método basado en presunciones” (art. 386 LEC), a través de ciertos indicios: los “datos básicos personales mutuos”⁶² y las “relaciones personales recíprocas”⁶³. Por tanto, si los contrayentes desconocen los “datos personales básicos recíprocos” y tampoco se prueba que han mantenido “relaciones personales”, la DGRN estima que el consentimiento es “simulado”, de modo que no se inscribirá o no autorizará la celebración del matrimonio⁶⁴.

Si se trata de averiguar el consentimiento respecto de un matrimonio entre extranjeros celebrado ante autoridad extranjera, la DGRN indica que la Ley aplicable es la Ley nacional de cada cónyuge (art. 9.1 CC)⁶⁵. No procede aplicar las normas jurídicas españolas sobre consentimiento matrimonial cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero entre extranjeros, pues en estos casos no existen “*puntos de conexión que justifiquen la aplicación de la ley española sobre ausencia de consentimiento matrimonial*”⁶⁶. Ahora bien, en el caso de que la Ley nacional de los cónyuges admita como válido un matrimonio celebrado sin haber acreditado la existencia de auténtico consentimiento matrimonial, o permita un matrimonio simulado o sin consentimiento matrimonial, debe estimarse que dicha Ley produce efectos contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 y 45 CC) y, en tal caso, el matrimonio no se considera válido para el Derecho español y, en consecuencia, no se inscribirá en el Registro Civil español. La RDGRN [33^a] 19 enero 2018 señaló: “*dado el carácter esencial del*

61 RDGRN [2^a] 7 febrero 2005.

62 RDGRN [1^a] 7 septiembre 2005, RDGRN [1^a] 5 diciembre 2005, RDGRN [4^a] 1 febrero 2008.

63 RDGRN [2^a] 13 noviembre 2002, RDGRN [2^a] 23 noviembre 2002, RDGRN [1^a] 28 noviembre 2002, RDGRN [3^a] 21 diciembre 2002, RDGRN 23 enero 2003, RDGRN [3^a] 3 febrero 2003, RDGRN [4^a] 26 febrero 2003, RDGRN [2^a] 3 marzo 2003, RDGRN [1^a] 29 abril 2003, RDGRN [2^a] 29 abril 2003, entre otras muchas.

64 Los elementos que no sirven para inferir claramente el “conocimiento mutuo de datos personales” o la existencia de “relaciones personales”, son, en principio, irrelevantes.

65 RDGRN 21 mayo 2005, RDGRN [1^a] 26 mayo 2005, RDGRN [2^a] 14 junio 2005, RDGRN 3 septiembre 2005, RDGRN [4^a] 28 septiembre 2005, RDGRN [2^a] 18 noviembre 2005, RDGRN [1^a] 24 mayo 2006, Instrucción DGRN de 31 enero 2006 sobre matrimonios de complacencia, RDGRN [2^a] 28 junio 2006 [matrimonio entre marroquíes celebrado en Marruecos], entre otras muchas.

66 RDGRN [26^a] 10 septiembre 2019 [matrimonio entre colombianos]; RDGRN [4^o] 22 febrero 2019 [matrimonio en República Dominicana]; RDGRN [4^a] 22 enero 2019 [matrimonio en Marruecos]; RDGRN [10^a] 12 mayo 2017 [matrimonio entre dominicanos]; RDGRN [29^a] 21 abril 2017 [matrimonio entre contrayentes dominicanos]; RDGRN [19^a] 16 diciembre 2016 [matrimonio celebrado en el extranjero]; RDGRN [9^a] 29 julio 2016 [matrimonio en República Dominicana], entre otras muchas.

*consentimiento matrimonial para la validez del matrimonio en nuestro Derecho, hay excepción de orden público respecto de la ley extranjera que admite la validez del consentimiento matrimonial simulado (...) y, en particular, el convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 [BOE del 29 mayo 1969], cuyo artículo primero exige para la validez del matrimonio el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, debe ser considerada de orden público*⁶⁷.

2.4.3. Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio

La precisión de la Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio se realiza con arreglo a distintas normas de conflicto españolas bastante confusas. Hay que distinguir varios grupos de casos⁶⁸: a) Matrimonio celebrado en España entre español y extranjero; b) Matrimonio celebrado en España entre extranjeros; c) Matrimonio celebrado en el extranjero entre españoles o entre español y extranjero; d) Matrimonio celebrado entre extranjeros en el extranjero.

- a) Según el art. 49 CC, la Ley reguladora de la forma del matrimonio celebrado en España entre español y extranjero es, exclusivamente, la Ley española. Se aplica, pues, la Ley del lugar de celebración del matrimonio (*Lex Loci Celebrationis*). En España se admiten diversas formas de celebración del matrimonio, por lo que los contrayentes pueden optar entre las siguientes formas de celebración del matrimonio: matrimonio en forma civil.; matrimonio en cualquiera de las formas religiosas legalmente previstas en España (art. 49.2 CC)⁶⁹.

67 En este mismo sentido, *vid.*, RDGRN [3ª] 9 octubre 2019 [matrimonio en la República Dominicana entre boliviano y dominicana]; RDGRN [13ª] 22 febrero 2019 [matrimonio en República Dominicana]; RDGRN [4º] 22 febrero 2019 [matrimonio en República Dominicana]; RDGRN [4ª] 9 marzo 2018 [matrimonio en Nigeria]; RDGRN [8ª] 11 mayo 2018 [matrimonio en República Dominicana]; RDGRN [2ª] 23 marzo 2018 [matrimonio en República Dominicana], entre muchas otras.

68 *Vid.*, A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

69 Están legalmente previstas en España la *forma canónica* (Acuerdo jurídico con la Santa Sede de 3 enero 1979), la *forma de las iglesias Evangélicas* (Ley 24/1992, de 10 noviembre 1992), la *forma hebrea* (Ley 25/1992, de 10 noviembre 1992), la *forma islámica* (Ley 26/1992, de 10 noviembre 1992). La Disp Adicional Quinta de la LJV 15/2015 también permite la celebración en España del matrimonio “*en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España*”. Hasta el momento, han sido declaradas de “notorio arraigo en España” la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), la Iglesia de los

- b) La forma del matrimonio celebrado en España entre contrayentes extranjeros se rige por cualquiera de las Leyes indicadas por el art. 50 CC. Dicho precepto es una norma de conflicto con puntos de conexión alternativos. Su objetivo es potenciar la validez formal del matrimonio. Los cónyuges pueden elegir la Ley aplicable a la forma de celebración de su matrimonio. En concreto, podrán elegir cualquiera de las siguientes Leyes estatales: Ley del lugar de celebración del matrimonio, Ley española o Ley extranjera correspondiente a la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes. Los contrayentes pueden elegir, también, cualquiera de las formas de celebración del matrimonio legalmente previstas en la Ley nacional de cualquiera de los contrayentes⁷⁰.
- c) La forma del matrimonio celebrado en el extranjero entre español y extranjero o entre españoles se rige por cualquiera de las Leyes que recoge el art. 49.1 y 2 CC. Estos preceptos operan como una norma de conflicto con varios puntos de conexión alternativos. En consecuencia, los contrayentes pueden elegir que la forma de su matrimonio se ajuste a cualquiera de las formas legalmente previstas en cualquiera de las siguientes Leyes: Ley del lugar de celebración del matrimonio (*Lex Loci Celebrationis*), o Ley española (*Lex Patriae*)⁷¹.
- d) La ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio celebrado entre extranjeros en el extranjero no se regula en DIPr. español, es decir, no existe una norma de conflicto específica que señale cuál es la Ley aplicable a la forma de celebración de este matrimonio. En este caso, para colmar la laguna hay que aplicar el art. 11 CC o bien el art. 50 CC, por analogía. De este modo, el matrimonio será válido si se ha celebrado en

Testigos de Jehová (2006), las Comunidades Budistas que forman parte de la Federación de Comunidades Budistas de España (2007) y la Iglesia Ortodoxa (2010). Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto de estas confesiones extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, que será enviada al Registro Civil para su inscripción.

70 RDGRN [41^a] 4 diciembre 2018 [matrimonio celebrado en Consulado de Marruecos en Madrid]; RDGRN [27^a] 28 octubre 2016 [matrimonio en Consulado de Marruecos en España]; RDGRN [13^a] 20 noviembre 2015 [matrimonio consular en España entre español y ucraniana], RDGRN [31^a] 22 enero 2014 [matrimonio celebrado en España en el Consulado de Marruecos en Algeciras entre contrayentes marroquíes uno de los cuales adquiere posteriormente la nacionalidad española], RDGRN [14^a] 22 febrero 2012 [matrimonio consular celebrado en Consulado de Marruecos en Barcelona entre española y marroquí], entre otras muchas.

71 Es importante probar que una concreta forma de celebración del matrimonio surte efectos legales en el país donde se ha celebrado el enlace. Ello requiere la prueba del Derecho extranjero. Si ello no se prueba, el matrimonio es nulo para el ordenamiento español por defecto de forma: STSJ Madrid Social 13 julio 2016 [matrimonio celebrado en Japón en forma ortodoxa que no produce efectos civiles en Derecho japonés].

una forma, civil o religiosa, legalmente prevista bien en la Ley del país de celebración del enlace (*Lex Loci Celebrationis*)⁷², o bien en la Ley personal de cualquiera de los contrayentes (*Lex Patriae*)⁷³.

3. DIVORCIO INTERNACIONAL

3.1. Consideraciones introductorias y normativa reguladora

El divorcio es la causa principal de la disolución del matrimonio *intervivos*. Se trata de una institución jurídica complicada porque no solo produce la disolución del vínculo matrimonial, sino que, paralelamente, índice directamente en otras esferas jurídicas. El divorcio incide sobre el régimen económico del matrimonio, sobre las relaciones personales entre los cónyuges, sobre los derechos hereditarios, sobre posibles cambios de nombre, sobre las relaciones paterno-filiales con los hijos comunes o a cargo de los cónyuges, sobre la capacidad matrimonial, sobre el nombre y apellido de los cónyuges, etc. Por ello, la regulación jurídica del divorcio que de por sí ya es complicada, se agrava cuando se trata de regular divorcios en los que existen elementos extranjeros, es decir, cuando se trata de regular un divorcio transfronterizo⁷⁴.

El número de matrimonios mixtos ha crecido de manera exponencial por el hecho, por un lado, de que los cónyuges ostentan nacionalidades diferentes, y, por otro lado, por el hecho de que los matrimonios están deslocalizados, es decir, formados por sujetos con la misma nacionalidad pero que residencia habitual en otro país. Según datos de nuestro CGPJ más del 20 % de los divorcios que se plantean ante jueces o tribunales españoles son divorcios transnacionales. Según las estadísticas del INE, publicadas en 2022, respecto de los datos de 2021, el 11,9% de los divorcios que se plantean ante jueces o tribunales españoles uno de los cónyuges tenía nacionalidad extranjera y el 7,7% ambos eran extranjeros. No recoge, sin embargo, los datos de los divorcios presentados en España donde los dos cónyuges son españoles, pero con residencia en el extranjero, bien de uno de ellos, o del matrimonio, que también habría que incluirlos en los divorcios que de-

72 RDGRN [5ª] 3 febrero 2009 [matrimonio entre ciudadanos de Bangladesh celebrado en dicho país según hindú].

73 La RDGRN [1ª] 16 marzo 2002 estimó nulo un matrimonio entre dos peruanos celebrado en Perú en forma canónica, pues en el Derecho del Perú sólo surte efectos legales el matrimonio en forma civil.

74 H. GAUDEMET-TALLON, "Le Règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000", *JDI Clunet*, 2001, pp. 381-430; C. GORNATI DE CIUCEIS, "Problemi di diritto internazionale privato in tema di effetti del matrimonio invalido", *RDIPP*, 1985, pp. 507-528; L. PALS-SON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, 1974; ID., "Marriage and Divorce", Chapter 16, vol.III, *IECL*, Tubinga, 1978, pp. 105-159.

ben regularse por las normas de Derecho internacional privado objeto de estudio. En la UE, los divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad en la UE fueron, en el año 2020, un total de 170.000, según los últimos datos recabados por Eurostat, extraídos en mayo de 2022, de un total de unos 1,4 millones de matrimonios y unos 800.000 divorcios en la UE, según los datos más recientes disponibles para todos los Estados miembros de la Unión Europea. Ello supone que más del 20% de los divorcios en la UE son divorcios “transfronterizos”. Por otro lado, las parejas matrimoniales internacionales (formadas por personas de distinta nacionalidad y, especialmente, en el caso de sujetos procedentes de ambientes sociales y culturales alejados entre sí), son “parejas de alto riesgo”, cuyos índices de fracaso son más elevados que los que se observan en parejas culturalmente homogéneas o parejas matrimoniales meramente nacionales⁷⁵

El divorcio internacional se regula, en el ámbito de la Unión Europea, en dos Reglamentos de la UE⁷⁶. Por un lado, la regulación de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de divorcio, nulidad y separación judicial se contiene en el Reglamento Bruselas II ter 2019/1111 de 25 junio 2019⁷⁷. Y, por otro lado, la precisión de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio se realiza con arreglo a las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma III 1259/2010 de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada⁷⁸.

3.2. Reglamento Bruselas II ter 2019/1111 de 25 junio 2019

3.2.1. Ámbitos de aplicación

El Reglamento Bruselas II-ter es, probablemente, el instrumento internacional en Derecho de familia más importante dentro de la Unión Europea⁷⁹. En realidad,

75 A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa; C. GORNATI DE CIUCEIS, “Problemi di diritto internazionale privato in tema di effetti del matrimonio invalido”, *RDIPP*, 1985, pp. 507-528; L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, 1974; ID., “Marriage and Divorce”, Chapter 16, vol.III, *IECL*, Tubinga, 1978, pp. 105-159.

76 Consientes de las repercusiones internacionales del divorcio, la Conferencia de La Haya de DIPr. elaboró el Convenio de La Haya de 12 junio 1902 sobre conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y de separación de cuerpos, firmado, pero no ratificado por España, y que jamás entró en vigor para España. Tampoco fue incorporado al Derecho español el Convenio de La Haya de 1 junio 1970 sobre reconocimiento de divorcios y de separación de cuerpos.

77 DOUE L 178 de 3 julio 2019.

78 DOUE L 343 de 29 de diciembre de 2010.

79 La bibliografía y la jurisprudencia sobre los Reglamentos Bruselas II, Bruselas II-bis, perfectamente válida para la interpretación de Bruselas II-ter.

ya lo fue el Reglamento Bruselas II bis, de donde se han tomado la mayoría de las disposiciones sin grandes cambios. A su vez, el Reglamento Bruselas II bis (Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000) está copiado prácticamente del Reglamento Bruselas II sin variaciones importantes (Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000). Y el Reglamento Bruselas II había adoptado las disposiciones del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre el mismo tema, que nunca entró en vigor. Por lo tanto, la bibliografía dedicada al Convenio y a los distintos Reglamento predecesores también puede servir de orientación para el Reglamento actual. Por ejemplo, el informe explicativo referente al Convenio puede ser útil en este contexto.

Para que el Reglamento Bruselas II ter pueda aplicarse deben cumplirse una serie de elementos que afectan a su ámbito de aplicación material, espacial, temporal y personal. Veamos brevemente cada uno de ellos.

3.2.1.1. Ámbito de aplicación material

En cuanto al ámbito de aplicación material, según el art. 1 Reglamento Bruselas II ter se aplica a las “materias civiles” relativas a) al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental; siempre que esté conectado el litigio con distintos Estados. No se ocupa de las causas del divorcio, de la ley aplicable al divorcio, ni de cuestiones conectadas, como las obligaciones de alimentos, las consecuencias patrimoniales del divorcio y las sucesiones⁸⁰. Solo se aplica a los casos internacionales.

Ninguno de estos tres conceptos —divorcio, separación legal y nulidad matrimonial— está delimitado en el Reglamento Bruselas II ter. Simplemente, su Considerando 9 se refiere a la “disolución del matrimonio”. Es el mismo concepto que el Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, utiliza para fijar la ley aplicable: “disolución o la relajación del vínculo matrimonial”⁸¹. El Reglamento Bruselas II ter se refiere al divorcio, el paradigma de disolución del vínculo matrimonial, pero además incluye la separación legal y a la nulidad matrimonial, por tanto, cualquiera de estas tres instituciones disuelve el matrimonio, extinguen, atenúan o debilitan las obligaciones derivadas del matrimonio.

Ahora bien, como cuestión previa a una “disolución, separación o nulidad del matrimonio” es necesario que exista un matrimonio válidamente celebrado. Sin

80 Considerando 9.

81 Considerando 10, párrafo 2 Reglamento Roma III.

embargo, el concepto de matrimonio no se define en el propio Reglamento, cuyo art. 2 recoge una lista de nociones jurídicas definidas a efectos del Reglamento Bruselas II ter. Dado que no se incluye el concepto de “matrimonio” se debe fijar con arreglo al Derecho del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto⁸². Son muchos los problemas que plantea la falta de uniformidad en el concepto de “matrimonio” en relación con supuestos de matrimonios poligámicos, matrimonios entre personas del mismo sexo, matrimonios revocables, matrimonios temporales, uniones civiles registradas o no registradas⁸³. La explicación de la ausencia de un concepto europeo de “matrimonio” radica en que a pesar de que ello provoca una fractura en la coherencia en la aplicación del Derecho europeo en cada Estado miembro, se trata del precio a pagar para garantizar la duradera reserva de soberanía en el sector del Derecho de familia de cada Estado miembro⁸⁴.

El Reglamento Bruselas II-ter sólo regula las resoluciones que implican la disolución o relajación del matrimonio pronunciada por autoridades públicas y en procedimientos civiles⁸⁵. Es aplicable a todo “procedimiento público civil”, sea judicial o no lo sea, relativo a crisis matrimoniales: divorcio, separación legal y nulidad del matrimonio⁸⁶. Por tanto, sólo se aplica por los órganos con “funciones jurisdiccionales” de los Estados miembros⁸⁷.

El Reglamento sólo se aplica en casos en los que el divorcio, separación legal o nulidad son internacionales, esto es, supuestos con elementos extranjeros⁸⁸. El elemento internacional requerido sigue sin definirse en el Reglamento Bruse-

-
- 82 P. HAMMJE, “La notion de divorce au sens du règlement Rome III – (CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16)”, *Revue critique de droit international privé*, 2018, pp. 899-912.
- 83 Sobre las críticas a que no exista un concepto de derecho uniforme sobre “matrimonio” en los Reglamentos de la Unión Europea, vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa; M. GUZMÁN ZAPATER, “La falta de una noción común de matrimonio: ¿una anomalía del derecho internacional privado europeo?”, en *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, en M.V. CUARTERO RUBIO / J.M. VELASCO RETAMOSA (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp.129-145, especialmente pp. 132-139.
- 84 F. PESCE, “La nozione di ‘matrimonio’: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, vol. 55, pp. 777-818; ID., “La corte di cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico”, *CDT*, 2021, vol. 13, n. 1, pp. 552-573.
- 85 U.P. GRUBER, “Article 1”, en S. CORNELOUP (dir.), *Droit européen du divorce*, Paris, Lexis Nexis, 2013, pp. 193-211.
- 86 *Ibid.*, pp. 198-200.
- 87 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.
- 88 AAP Madrid 13 febrero 2017, JUR\2017\87380; SAP Tarragona 23 noviembre 2018, ECLI:ES:APT:2018:1505.

las II ter. Sin embargo, ya no supone ningún problema. Las normas reguladoras de la competencia judicial internacional se aplican si existe cualquier elemento extranjero en el litigio, desde el punto de vista del juez que conoce del asunto. Por tanto, los litigios que están conectados exclusivamente con un solo ordenamiento jurídico están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter. Ahora bien, si no existe ningún tribunal competente, conforme a los foros establecidos en el Reglamento, es inaplicable para determinar la competencia judicial internacional, aunque el litigio contenga elementos extranjeros. En este supuesto, habrá que aplicar residualmente las normas de competencia judicial de producción interna. Sin embargo, hay que hacer una importante apreciación, pues así como en materia de responsabilidad parental la aplicación de las normas nacionales está prevista en el propio Reglamento Bruselas II ter en su art. 14, sin embargo, en materia matrimonial, los nacionales europeos o residentes en la Unión Europea que no puedan presentar su demanda conforme a los foros previstos en el Reglamento Bruselas II ter no pueden acudir, en ningún caso, a los foros de producción interna, pues el art. 6.2 Reglamento Bruselas II ter lo prohíbe. Esta es una gran novedad del Reglamento respecto a su predecesor, el Reglamento Bruselas II bis.

Por tanto, es el conjunto de foros del Reglamento, considerados en su totalidad, los que definen su ámbito de aplicación internacional de manera integral⁸⁹. De esta forma, con carácter general, puede decirse que si una de las partes, ya sea demandado o demandante, tiene su residencia habitual en un Estado miembro, el Reglamento Bruselas II ter es aplicable para determinar el tribunal competente. Ahora bien, el simple hecho de que el demandado tenga su residencia en un tercer Estado, fuera de la Unión Europea, no implica automáticamente la inaplicabilidad del Reglamento Bruselas II ter. Así veremos, por ejemplo, que la nacionalidad puede otorgar la competencia en virtud del Reglamento Bruselas II ter. Estos foros de competencia judicial internacional solo reparten o distribuyen competencia judicial entre Estados miembros y, consecuentemente, el Reglamento Bruselas II ter solo soluciona los problemas de litispendencia entre Estados miembros y no en relación con terceros Estados, no miembros de la UE (art. 20 Reglamento Bruselas II ter). Pero incluso, aunque el litigio se refiera a ciudadanos que residan o sean nacionales de un tercer Estado, puede que el Reglamento Bruselas II ter sea aplicable si existe un foro de competencia judicial internacional europeo. Ergo, la suficiente conexión o vinculación con la Unión Europea viene determinada por los foros de competencia judicial internacional,

89 U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, "Introduction", en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (EDS.), *Brussels IIbis Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, p. 20; C. NOURISSAT, "Le règlement Bruxelles II bis: conditions générales d'application", en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, p. 7.

aunque desde un punto de vista objetivo, *a priori*, pueda parecer que el litigio no está lo suficientemente vinculado como para que un juez de un Estado miembro pueda conocer de ese divorcio, por ejemplo, para conocer del divorcio de un norteamericano que viva en China. Como el Reglamento Bruselas II ter no limita su aplicabilidad a un concreto contacto o vínculo con la Unión Europea, ni establece un específico ámbito de aplicación espacial, si un tribunal de un Estado miembro puede conocer el caso debe declararse competente⁹⁰. En este supuesto, sin embargo, si el ciudadano norteamericano que vive en China fuera el demandado, de no poder aplicarse los foros de competencia judicial internacional europeos del Reglamento Bruselas II ter, el art. 6.1 permite que los jueces puedan aplicar los foros de su Derecho nacional, pues en este caso sí se admite el carácter residual de los foros internos.

Según el art.1.4 del Reglamento Bruselas II ter no se aplica: a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparen, ni a la anulación y revocación de la adopción; c) al nombre y apellidos del menor; d) a la emancipación; e) a las obligaciones de alimentos; f) a los fideicomisos y las sucesiones; g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones del Derecho penal cometidas por los menores⁹¹.

3.2.1.2. Ámbito de aplicación espacial

Por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, el Reglamento solo es aplicable para fijar la competencia internacional de las autoridades de los Estados miembros, y no de terceros Estados. Se aplica, por tanto, por los tribunales y autoridades públicas de todos los Estados de la UE, excepto Dinamarca⁹². Como es natural, no se aplica en el Reino Unido, que no es en la actualidad un Estado miembro de la Unión Europea. El 29 de marzo de 2017, el Reino Unido notificó oficialmente al Consejo Europeo su intención de abandonar la UE activando el art. 50 del Tratado de la Unión Europea, y, tras sucesivas prórrogas, esta salida finalmente se produjo el 31 de enero de 2020 después de que la UE ratificara el Acuerdo de Retirada el día anterior.

90 E. PATAUT, "The external Dimension of Private International Family Law", en M. CREMONA/H.-W. MICKLITZ (eds.), *Private Law in the External Relations of the UE*, Oxford, 2016, pp. 107- 124.

91 A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Crisis matrimoniales", *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

92 Vid. Considerando 96 y SAP Valencia 16 marzo 2004, CENDOJ 46250370102004100232.

3.2.1.3. Ámbito de aplicación espacial temporal

El Reglamento Bruselas II ter es plenamente aplicable a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados, a partir del 1 de agosto de 2022. Los aspectos de Derecho transitorio se recogen en el art. 100 Reglamento Bruselas II-ter. En principio, el Reglamento Bruselas II-ter es irretroactivo, aunque existen algunas excepciones.

3.2.1.4. Ámbito de aplicación personal

Con respecto a las cuestiones matrimoniales, el Reglamento Bruselas II ter no prescribe específicamente el ámbito de aplicación personal requerido. De esta forma, se aplica con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de los cónyuges, sean demandados o demandantes, en un Estado miembro. A diferencia del art. 4 Bruselas I bis, que exige el domicilio del demandado en un Estado miembro —salvo los foros de sumisión—, el Reglamento Bruselas II ter no exige tal vinculación, desde un punto de vista personal, de modo que la nacionalidad de las partes o la residencia habitual del demandante pueden otorgar competencia judicial internacional, con independencia del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 3 Reglamento Bruselas II ter).

El art. 6 Reglamento Bruselas II ter intenta poner cierto orden en relación con los litigios matrimoniales respecto de demandados con residencia habitual en la UE o nacionales de la UE. En concreto, el art. 6.2 recoge una regla especial en favor de cónyuges con residencia habitual en un Estado miembro o nacionales de un Estado miembro en virtud de la cual solo pueden ser demandados ante los tribunales de otro Estado miembro por los foros recogidos en el Reglamento Bruselas II-ter (arts. 3, 4 y 5 Reglamento Bruselas II ter). Por tanto, no cabe la aplicación residual de los foros de producción interna, en España recogidos en el art. 22 *quater* c) LOPJ. Esta regla especial (art. 6.2 RB II-ter) prevalece sobre la regla general, que sí permite acudir a los foros de producción interna, de la LOPJ en el caso español, en defecto de un foro europeo, siempre que el cónyuge demandado sea nacional de un tercer Estado o con residencia habitual fuera de la UE (art. 6.1 RB II-ter). Esta es una de las grandes novedades del Reglamento Bruselas II ter, en relación con su predecesor el Reglamento Bruselas II bis que, a partir de la STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind Lopez* permitía, en cualquier caso, acudir de forma subsidiaria a los foros de producción interna, si ninguno de los foros europeos declaraba su competencia en materia matrimonial, con independencia de la nacionalidad o la residencia habitual del demandado⁹³. Mención especial

93 STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind Lopez*, ECLI:EU:C:2007:740. Vid., E. GALLANT, "Nota a la STJUE 29 noviembre 2007, *López*, asunto C-68/07", *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 343-356.

hay que hacer a la STJUE de 1 agosto 2022, C-501/20, MPA y LCDNMT⁹⁴ que, paradójicamente, sigue la nueva solución recogida en el Reglamento Bruselas II ter, a pesar de que la cuestión prejudicial trataba la interpretación de los arts. 6 y 7 Reglamento II bis⁹⁵.

3.2.2. *Tribunales competentes en materia de crisis matrimonial*

3.2.2.1. Caracteres de los foros en materia matrimonial

El art. 3 Reglamento Bruselas II ter recoge siete foros distintos de competencia judicial internacional aplicables a los litigios internacionales de separación, nulidad y divorcio.

Las dos características más importantes de estos foros son dos: que son alternativos y son independientes a la autonomía de la voluntad de las partes. La tratarse de foros alternativos de competencia judicial internacional es suficiente con que concurra uno de tales los foros, para que los tribunales del Estado Miembro de que se trate se declaren competentes. Así lo indica la jurisprudencia del TJUE⁹⁶ y la española⁹⁷). Se trata de ofrecer, al mismo tiempo, diversos foros de competencia judicial internacional para, de ese modo, brindar una respuesta adaptada a la movilidad internacional de las personas con la garantía de que cada foro responde a un vínculo real entre el supuesto de divorcio y el Estado miembro cuyos tribunales resultan competentes. No hay prevalencia entre unos y otros foros y ninguno de ellos es “excepcional” en relación a otro u otros⁹⁸. Al operar de modo independiente a la voluntad de las partes, son foros objetivos, basados en circunstancias de los cónyuges, de modo que, si concurren, la oposición de una

94 STJUE de 1 agosto 2022, C-501/20, MPA y LCDNMT, ECLI:EU:C:2022:619.

95 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

96 STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, OE vs. VY, [nacional italiano y nacional alemana casados en Dublín y divorcio en Austria], FD 25; Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, OF vs. PG, FD 27; STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind*; STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* y STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*).

97 AAP Valencia 12 noviembre 2020 [residencia habitual de menores en Francia]; SAP Barcelona 2 diciembre 2019 [menor en Rumanía]; AAP Lleida 27 septiembre 2018 [menores con residencia habitual en Francia]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España]; SAP Las Palmas 20 diciembre 2017 [tribunales alemanes]; SAP Murcia 8 febrero 2018 [cónyuges españoles]; SAP Barcelona 17 mayo 2016 [divorcio y cónyuges marroquíes], STS 16 diciembre 2015 [divorcio y responsabilidad parental y proceso sobre menores en Portugal], entre otras muchas.

98 STJCE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi*.

de las partes a la competencia internacional del tribunal resulta irrelevante⁹⁹. El Reglamento Bruselas II-ter no recoge la sumisión de las partes como un foro de competencia internacional en los litigios de divorcio.

3.2.2.2. Relación de foros en materia matrimonial

En los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre¹⁰⁰:

- a) La residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda¹⁰¹.
- b) El último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de presentación de la demanda¹⁰².
- c) La residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda¹⁰³.
- d) La residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta¹⁰⁴.

99 Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 30.

100 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

101 Es irrelevante la nacionalidad de los cónyuges. Vid., en este sentido, SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España]; SAP Zaragoza 15 marzo 2016 [cónyuges argelinos con residencia en España], SAP Barcelona 23 julio 2015 [matrimonio celebrado en Marruecos], SAP Barcelona 20 enero 2015 [divorcio entre cónyuges colombianos], SAP Barcelona 2 febrero 2015 [hija con residencia en Perú], SAP León 27 febrero 2015 [divorcio entre cónyuges portugueses], entre otras muchas.

102 Es indiferente que el cónyuge que resida en tal país sea el demandante o el demandado. Vid., en este sentido, SAP Toledo 4 marzo 2020 [cónyuges rumanos]; SAP Albacete 15 junio 2011 [divorcio entre cónyuges marroquíes], AAP Teruel 25 noviembre 2010 [medidas provisionales y divorcio entre cónyuges alemanes], Sent. Cour Cass. Francia de 28 noviembre 2007 [nulidad del matrimonio de dos argelinos cuya última residencia habitual común se localizó en Francia y allí habita uno de los cónyuges], SAP Ciudad Real 11 mayo 2017 [ciudadanos rumanos].

103 Es irrelevante que el demandado sea nacional de un Estado no participante en el Reglamento Bruselas II-ter. Vid., SAP Girona 22 abril 2015 [divorcio entre cónyuge de nacionalidad hindú y cónyuge portugués].

104 Es irrelevante que dicho cónyuge sea el demandante o el demandado. Vid., AAP Badajoz 29 junio 2004.

- e) La residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda¹⁰⁵. El demandante debe ser uno de los cónyuges¹⁰⁶.
- f) La residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda siempre que el demandante sea nacional de ese Estado miembro¹⁰⁷.
- g) También son competentes los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges (art. 3.b) RB II-ter)¹⁰⁸. En el caso de Irlanda opera el criterio del *domicile* común de los cónyuges¹⁰⁹.

El concepto de residencia habitual es clave en el funcionamiento del Reglamento Bruselas II-ter. El Reglamento no define el concepto de residencia habitual, aunque puede afirmarse que el concepto de “residencia habitual” es un concepto autónomo y propio del Reglamento Bruselas II-ter que debe ser observado por todas las autoridades de todos los Estados miembros en el Reglamento Bruselas II-ter¹¹⁰. La residencia habitual se concreta en el lugar del “centro social de vida” o “lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable”. La residencia habitual de una persona es el lugar donde ésta tiene el centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intere-

105 Sobre la interpretación dada este foro, *vid.*, SAP Baleares 20 diciembre 2016 [divorcio y demandante alemán]; SAP Barcelona 18 diciembre 2013 [divorcio entre cónyuges búlgaros], SAP Madrid 25 junio 2013 [divorcio entre cónyuges con residencia habitual en diferentes países], SAP Guadalajara 2 mayo 2013 [divorcio entre cónyuges ecuatorianos], AAP Barcelona 18 julio 2012 [divorcio entre cónyuges de Bolivia], SAP Guadalajara 20 septiembre 2011 [divorcio entre actora angoleña con residencia habitual en España y demandado brasileño con residencia habitual en Brasil].

106 STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*, FD 52.

107 Este foro trata de facilitar en gran medida el acceso los tribunales por parte del sujeto que cambia de país de residencia habitual, garantizando un equilibrio entre la movilidad de las personas dentro de la UE y la seguridad jurídica. *Vid.*, STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 44.

108 No es relevante el país de residencia habitual de los cónyuges. *Vid.*, en este sentido, AAP Valencia 10 abril 2019 [divorcio entre españoles y menor residente en Australia]; AAP Barcelona 7 marzo 2018 [divorcio entre cónyuges españoles]; AAP Barcelona 13 marzo 2018 [divorcio entre españoles residentes en Francia]; SAP Barcelona 9 enero 2013 [divorcio entre española e italiano con residencia en Cataluña], AAP Barcelona 25 julio 2011 [divorcio entre cónyuges españoles con residencia habitual en Bolivia], SAP Lleida 20 mayo 2004.

109 STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*, FD 52.

110 C. CAMPIGLIO, “Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, pp. 242-249. también J. CARBONNIER, “Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille”, *Travaux du Centre National de la recherche de la logique*, Bruylant, 1984, pp. 99 y ss.

ses¹¹¹. Por tanto, representa un “*vínculo real, objetivo, serio y efectivo con el territorio del Estado miembro*”¹¹² y está constituida por dos elementos: (i) la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y (ii) una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate¹¹³. La mera “residencia pasajera” o “precaria” del sujeto en un Estado Miembro tampoco constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento Bruselas II-ter¹¹⁴.

3.3. Reglamento Roma III 1259/2010 de 20 diciembre 2010

3.3.1. Ámbitos de aplicación

El Reglamento Roma III contiene normas de conflicto multilaterales que designan la Ley estatal aplicable al divorcio y a la separación judicial. No recoge normas materiales reguladoras del divorcio o separación judicial. Tampoco autoriza la aplicación de normas de policía de los Estados miembros en estas materias. El divorcio y la separación judicial se rige, exclusivamente, por la Ley designada a través de las normas de conflicto del Reglamento Roma III. Sus principales objetivos son: potenciar la libre circulación de personas en la UE, la “*movilidad de las personas*” y “*la facilitación de la libre circulación de personas en la Unión*”¹¹⁵; y “*garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad*”¹¹⁶. A continuación, se analizará brevemente los distintos ámbitos de aplicación.

3.3.1.1. Ámbito de aplicación material

El Reglamento Roma III determina, exclusivamente, la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial cuando se trate de procedimientos civiles ante órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en el Reglamento Roma III

111 STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 38; STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio], SAP Tarragona 10 abril 2015 [divorcio entre cónyuges lituana y ruso con residencia habitual en España], Ord. Cass Italia 25 junio 2010; Sent. Cass. Francia, 14 diciembre 2005, sent. Cass Italia 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga].

112 AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España].

113 STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 57.

114 I. GALLMEISTER, “Divorce international et compétence judiciaire directe”, *Dalloz*, 9 octubre 2009.

115 Considerandos 15 y 29 Reglamento Roma III.

116 Considerando 9 Reglamento Roma III.

y se trate de supuestos internacionales¹¹⁷. El Reglamento Roma III excluye de su ámbito de aplicación material todas las cuestiones relacionadas con los procesos de disolución y relajación del vínculo matrimonial. En consecuencia, el Reglamento Roma III no es aplicable a las siguientes cuestiones¹¹⁸:

- 1º) La precisión de la Ley aplicable a la nulidad¹¹⁹ o anulación del matrimonio¹²⁰.
- 2º) La disolución y nulidad o anulación de las parejas de hecho o uniones civiles registradas que surten efectos similares a los matrimonios¹²¹.
- 3º) La separación de hecho de las personas unidas por matrimonio.
- 4º) Las cuestiones prejudiciales que puede ser necesario decidir con carácter previo a una disolución o relajación del vínculo matrimonial. De ese modo, quedan excluidas del Reglamento Roma III: la capacidad jurídica de los cónyuges o la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio. El órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro sólo podrá dictar una sentencia divorcio o separación judicial si considera que el matrimonio cuyo vínculo pretende disolverse o relajarse, existe como tal “matrimonio” en dicho Estado miembro y es “válido” en tal Estado miembro. Pues bien, la cuestión de saber si la unión que pretende disolverse o relajarse es o no es un “matrimonio” y es “válido” o no lo es se decide, por cada Estado miembro participante, con arreglo a sus normas de conflicto “nacionales”¹²².
- 5º) Los efectos jurídicos de la declaración de divorcio o separación judicial. Tales efectos jurídicos, como los que repercuten sobre el régimen económico matrimonial, se rigen por las correspondientes normas de conflicto del Estado miembro participante de que se trate¹²³.
- 6º) Los efectos jurídicos de la interposición de la demanda de divorcio o separación judicial, o del procedimiento de divorcio o separación judicial, que quedan sujetos, también, a la Ley designada por las normas de conflicto

117 Art. 1.1 Reglamento Roma III y Considerando 29 Reglamento Roma III.

118 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

119 Art. 1.1 *a contrario*, y 1.2.c) Reglamento Roma III.

120 Considerando 10, párrafo primero Reglamento Roma III.

121 Art. 1.2.b) y Considerando 10, párrafo tercero Reglamento Roma III.

122 Considerando 10, párrafo tercero Reglamento Roma III.

123 SAP Girona 18 junio 2019 [divorcio, dote y cónyuges marroquíes]; SAP Soria 26 octubre 2017 [Derecho rumano].

del Estado miembro participante de que se trate para regular cada uno de tales efectos jurídicos¹²⁴.

- 7º) Los divorcios o separaciones de tipo religioso y los divorcios o separaciones que se producen sin intervención constitutiva de órganos jurisdiccionales (divorcios privados)¹²⁵.

3.3.1.2. Ámbito de aplicación espacial

El Reglamento Roma III sólo se aplica por las autoridades competentes de los Estados miembros participantes en el mismo, al tratarse de un Reglamento en materia de cooperación reforzada, *ex. art.* 20 del TUE, en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹²⁶. Tales Estados miembros son: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Lituania, Grecia y Estonia.

3.3.1.3. Ámbito de aplicación temporal

El Reglamento Roma III es irretroactivo. Entró en vigor el día 30 diciembre 2010 (art. 21 Reglamento Roma III) y es aplicable a partir del 21 junio 2012, salvo su art. 17 que se aplica ya desde el día 21 junio 2011. El Reglamento se aplica exclusivamente a las demandas de divorcio y separación judicial interpuestas a partir del 21 junio 2012 ante tribunales de los Estados miembros participantes¹²⁷. En el caso de Estados miembros de la UE que decidan unirse al Reglamento Roma III y participar en la cooperación reforzada, el Reglamento se aplicará a partir de la fecha indicada en la Decisión correspondiente que les autorice a participar en la cooperación reforzada (art. 21.III Reglamento Roma III).

3.3.1.4. Ámbito de aplicación personal

En la aplicación del Reglamento Roma III es irrelevante la nacionalidad, la residencia habitual, el domicilio y cualquier otra circunstancia personal o profesional de los cónyuges, como indica, de modo implícito, el art. 4 Reglamento Roma III¹²⁸.

124 SAP Girona 18 junio 2019 [divorcio, dote y cónyuges marroquíes]; SAP Soria 26 octubre 2017 [Derecho rumano].

125 Auto TJUE 12 mayo 2016, C-281/15, *Sahyouni*.

126 Art. 21.IV Reglamento Roma III.

127 SAP Pontevedra 29 julio 2016 [*haddana* marroquí y divorcio entre cónyuges marroquíes]

128 P. FRANZINA, "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010", *CDT*, 2011-II, pp. 85-129; P. HAMMJE, "Le nou-

Se aplica también a sujetos cuya residencia habitual radica fuera de la UE o en un Estado miembro no participante en el Reglamento o a sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro no participante o de un tercer Estado. Se trata de un Reglamento de aplicación *erga omnes*. Se aplica, por tanto, con indiferencia de la nacionalidad, la residencia habitual y de sus circunstancias particulares¹²⁹. Es irrelevante que la Ley designada por el Reglamento para regir el divorcio o separación judicial sea la Ley de un Estado miembro participante, de un Estado miembro no participante o de un tercer Estado no miembro de UE¹³⁰.

3.3.2. *Ley aplicable en materia de crisis matrimoniales*

3.3.2.1. Caracteres de las normas de conflicto en materia matrimonial

El Reglamento Roma III contiene diversos puntos de conexión estructurados “en cascada”, para determinar la Ley aplicable a distintos tipos de divorcio / separación judicial. A cada tipo de divorcio o separación judicial corresponde una Ley estatal aplicable diferente¹³¹. Estos puntos de conexión son los mismos tanto para el divorcio como para la separación judicial.

3.3.2.2. Listado de puntos de conexión en material matrimonial

La lista de puntos de conexión que determinan la Ley reguladora del divorcio —y separación judicial—, es la siguiente (arts. 5 a 8 Reglamento Roma III)¹³²:

veau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

129 SAP Tarragona 28 julio 2021 [esposos de nacionalidad marroquí]; SAP Barcelona 20 octubre 2015 [divorcio entre cónyuges marroquíes], SAP Barcelona 29 julio 2015 [divorcio entre cónyuges alemanes], SAP Barcelona 4 febrero 2015 [cónyuges españoles antes marroquíes], SAP Barcelona 15 julio 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes].

130 Considerandos 12 y 14 Reglamento Roma III.

131 Los puntos de conexión recogidos en el Reglamento Roma III se inspiran en los que contiene el art. 55 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004, como indica el “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”, Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 7 *in fine* (F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed, Larcier, 2017).

132 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

- 1º) La Ley elegida por las partes según lo dispuesto en los arts. 5 a 7 Reglamento Roma III¹³³. Solo pueden elegir una de las Leyes estatales que se describen en el art. 5.1 Reglamento Roma III, es decir, la Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio o pacto de elección de Ley; 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 o pacto de elección de Ley; o, la Ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio o pacto de elección de Ley y en los casos de múltiple nacionalidad de los cónyuges, se aplicará la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto para determinar la nacionalidad prevalente de dicho cónyuge¹³⁴. Según dispone el art. 5, no cabe un fraccionamiento legislativo, por lo que solo se puede elegir una sola Ley¹³⁵.
- 2º) En defecto de Ley válidamente elegida por los cónyuges, la Ley del país en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a Reglamento Roma III)¹³⁶. El país de la residencia habitual de los cónyuges es aquél donde se halla el “centro habitual de intereses de la pareja” en el momento de la interposición de la demanda¹³⁷.

133 J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; J. CARRASCO-SA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000; P. 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; C. LABRUSSE, “La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère”, *TCF-DIP*, 1975/1977, pp. 111-144; A.E. VON OVERBECK, “L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé”, *Nou-veaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636.

134 Considerando 22 Reglamento Roma III. Para España deben aplicarse los convenios internacionales de doble nacionalidad firmados por España y en su defecto, el art. 9.9.II CC. En el supuesto de cónyuges apátridas, éstos carecen de nacionalidad y no pueden elegir la Ley de un país como Ley nacional del cónyuge.

135 P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, *CDT*, 2011-II, pp. 85-129; P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

136 F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed, Larcier, 2017.

137 SAP Girona 24 julio 2019 [cónyuges franceses]; SAP Barcelona 25 septiembre 2018 [divorcio entre esposos argentinos]; SAP Barcelona 12 septiembre 2018 [pensión por desequilibrio y cónyuges uruguayos]; SAP Vizcaya 6 marzo 2017 [divorcio y Ley rumana], SAP Barcelona 17 mayo 2016 [divorcio y cónyuges marroquíes], SAP Zaragoza 15

- 3º) En defecto del anterior criterio, la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.b Reglamento Roma III)¹³⁸. Se ha entendido como una residencia habitual común “prolongada” o “diferida”¹³⁹.
- 4º) A falta del anterior criterio, la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c RR-III)¹⁴⁰. Se debe fijar la nacionalidad conforme al Derecho de cada Estado. En los supuestos de múltiple nacionalidad, el Reglamento Roma III establece que *“en los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea”*¹⁴¹.
- 5º) Finalmente, en defecto de todos los anteriores criterios, la Ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (*Lex Fori*) (art. 8.d Reglamento Roma III). Se trata de una auténtica “conexión de cierre”, ante la imposibilidad de encontrar una conexión “social” o “cultural” que conduzca a una Ley de aplicación suficientemente previsible para los cónyuges. Ello significa que esta conexión “*Lex Fori*” debe operar sólo en relación con supuestos de divorcio cuyos elementos se hallan muy dispersos por diferentes Estados: cónyuges de distinta nacionalidad que

marzo 2016 [cónyuges argelinos con residencia en España], SAP Islas Baleares 12 abril 2016 [divorcio entre cónyuges argentinos], SAP Barcelona 20 octubre 2015 [divorcio entre cónyuges marroquíes].

138 SAP Barcelona 21 febrero 2020 [Derecho alemán]; SAP Madrid 7 noviembre 2019 [divorcio entre cónyuges polacos]; Sent. Tribunale di Mantova [Italia] 19 enero 2016 [divorcio entre cónyuges chinos] y antes del Reglamento Roma III, SAP La Coruña 26 abril 2007 [divorcio entre cónyuges español y suiza con última residencia habitual común en Suiza].

139 P. HAMMJE, “Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

140 SAP Pontevedra 20 abril 2015 [divorcio entre cónyuges argentinos].

141 Considerando 22 Reglamento Roma III cuya solución recoge la jurisprudencia del TJUE en la materia: STJCE 11 noviembre 1999, *Mesbah*, C-179/98, FD 29, STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, STJCE 24 noviembre 1998, *Bickel y Franz*, C-274/96, FD 17, STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, C-148/02, FD 25, STJUE 12 julio 2005, *Schempp*, C-403/03 FD 19, STJUE 12 septiembre 2006, *España y Reino Unido*, C-145/04, FD 78, STJUE 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, FD 48, 51-57.

no tienen su residencia habitual en el mismo Estado ni la han tenido en el último año¹⁴².

Junto a estos puntos de conexión hay que mencionar, por último, la ley aplicable a la conversión de la separación judicial en divorcio. Con arreglo al art. 9 Reglamento Roma III, en caso de conversión de la separación judicial en divorcio, la Ley aplicable al divorcio será la Ley estatal que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el art. 5 Reglamento Roma III.

¿Cuál es el principio inspirador de esta cascada de puntos de conexión? Todos estos puntos de conexión están redactados como verdaderos “*criterios de vinculación*” que “*deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho*”¹⁴³. En este mismo sentido, se entiende la posibilidad de la elección de los cónyuges de la ley aplicable a su divorcio o separación judicial cuando señala que deben poder “*designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos*”¹⁴⁴. En definitiva, están inspirados en el principio de “proximidad”.

Y, sobre la base del principio de “proximidad”, es indiferente, para el Reglamento Roma III, el contenido material de la Ley reguladora de dicho divorcio y resulta indiferente, también, el resultado final al que conduce la aplicación de dicha Ley sustantiva, con algunas excepciones puntuales. Pueden citarse cuatro supuestos: 1º) Si la Ley reguladora del divorcio —y separación judicial— produce efectos negativos e injustos sobre la regulación jurídica fundamental de la sociedad del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. En dicho supuesto, la excepción del orden público internacional evita la aplicación de dicha Ley, ex art. 12 Reglamento Roma III¹⁴⁵; 2º) Si la Ley estatal aplicable designada conforme al Reglamento Roma III no contempla el divorcio. En este caso, el art. 10 *in primis* Reglamento Roma III ordena la aplicación de la *Lex fori*, es decir, la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto¹⁴⁶; 3º) Si la Ley estatal designada conforme al Reglamento Roma III no concede a uno de los cónyuges el divorcio, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. En tal caso, el art. 10 *in fine* Reglamento Roma III señala que se aplicará, igualmente, la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, la *Lex fori*; 4º) Si la Ley

142 F. SEATZU / J. CARRASCOSA, “La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III”, *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

143 Considerando 21 Reglamento Roma III.

144 Considerando 14 Reglamento Roma III.

145 P. FRANZINA, “The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010”, *CDT*, 2011-II, pp. 85-129.

146 Solución que no es aplicable a la separación

estatal aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio. En este supuesto, se aplicarán las Leyes a las que remite el art. 8 Reglamento Roma III, salvo que las partes hayan elegido otra Ley para regular su divorcio, conforme al art. 9.2 Reglamento Roma III.

En suma, en estos cuatro supuestos, el contenido de la Ley sustantiva aplicable sí es relevante para volver a localizar el divorcio —o separación judicial— y designar otra Ley estatal aplicable distinta a la que, en principio, debería regir el litigio, conforme a los arts. 5 y 8 Reglamento Roma III¹⁴⁷.

4. CONCLUSIONES

El matrimonio es una institución cuyo contenido jurídico varía enormemente según sea el círculo cultural examinado, que siempre ha presentado una controvertida naturaleza jurídica. En la actualidad, en palabras de A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “el matrimonio ha perdido el trono dorado que ocupaba como sede única y origen de toda familia”¹⁴⁸. Durante más de mil años, en la cultura occidental sólo había una familia posible: la familia matrimonial, la familia basada en el matrimonio canónico y más tarde la familia basada en el matrimonio también civil. No había “familia” sin “matrimonio”. Según la Organización Mundial de la Salud, se entiende por “familia” el “conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan”. Los tipos de familia actuales son muy diferentes a las familias de 50 años atrás, así como esas también lo eran respecto a las de 50 años más atrás. La evolución del concepto y los tipos de familia ha variado progresivamente al igual que lo ha hecho la sociedad y la cultura, dando lugar a una diversidad muy celebrable. Donde antes solo se podía hablar de la familia nuclear (papá, mamá e hijo/s), actualmente existen otros tipos de familia: las familias biparentales sin hijos, familias biparentales con hijos, familias homoparentales, familias reconstituidas, familias monoparentales, familias de acogida, familias adoptivas y familias extensas.

Sin embargo, la familia matrimonial aún sigue siendo mayoritaria, por lo que íntimamente relacionado con el matrimonio está la figura del divorcio interna-

147 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, en prensa.

148 A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *CDT*, vol. 14, nº 2, 2022, pp. 194-261, especialmente p. 197.

cional. El divorcio es una institución legal de frecuentísima aplicación, admitida en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Si sumamos al factor de la crisis económica, el de la multiculturalidad de la sociedad actual es difícil evitar pensar en los múltiples ordenamientos jurídicos que se entrelazan a la hora de materializar de manera efectiva las consecuencias jurídicas que plantea la celebración del matrimonio y mucho más la disolución matrimonial. Tras los conflictos de jurisdicciones y de Leyes en el sector de las crisis matrimoniales se perciben profundos conflictos de civilizaciones. Se aprecia un fuerte enfrentamiento entre diferentes y opuestas maneras de contemplar y regular las relaciones sociales.

Los Reglamentos de la UE en materia matrimonial han venido a paliar, en cierta medida, los problemas que plantean las crisis matrimoniales transfronterizas, con la elaboración de normas uniformes en materia de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo, a través del Reglamento Bruselas II ter; y normas uniformes sobre la ley aplicable a las crisis matrimoniales, con el Reglamento Roma III. El armonioso y correcto funcionamiento de un espacio de justicia en la Unión Europea que respete la idiosincrasia de los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros es vital para la Unión Europea y, por ello, con los Reglamentos de la Unión Europea, se quiere reforzar la confianza mutua en los respectivos sistemas jurídicos. En definitiva, la Unión Europea ha desarrollado un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que se garantiza la libre circulación de personas y el acceso a la justicia.

El aumento de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional y, por lo tanto, la facilitación de la libre circulación de personas en la Unión se ha conseguido gracias a los Reglamentos de la Unión Europea, en esta materia.

No se puede decir lo mismo en relación con los problemas derivados de la celebración del matrimonio, donde la Unión Europea aún no se ha pronunciado. El Derecho internacional privado europeo carece de normas comunes aplicables a la formación del matrimonio. En consecuencia, cada Estado tendrá que aplicar sus propias normas de Derecho internacional privado de producción interna, con los consecuentes perjuicios para los futuros contrayentes. Los matrimonios claudicantes pueden ser el pan de nuestro día y la excepción del orden público internacional de cada uno de los Estados el enemigo a batir. Y aunque lejos quedaron ya los conflictos de civilizaciones siguen intactos en la formación del matrimonio. Sin duda, se echa de menos un Reglamento europeo que unifique las soluciones sobre la validez del matrimonio sobre la base de la globalización, en favor de la libre circulación de las personas, teniendo en cuenta el aumento de los matrimoniales internacionales entre personas de distinta nacionalidad, distinta residencia habitual y, en general, entre ciudadanos originarios de Estados cuyos ordenamientos jurídicos están basados en diferentes valores sociales y culturales.