

Cuando la ley aplicable no contemple el divorcio se aplicará la ley del foro: interpretación restrictiva del art. 10 del Reglamento 1259/2010 proporcionada por la STJUE de 16 de julio de 2020 asunto C-249/19

María Pilar Diago Diago (1)

Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza

Where the applicable law does not provide for divorce, the law of the forum shall apply: restrictive interpretation of Article 10 of Regulation 1259/2010 provided by the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 16 July 2020

Resumen: El estudio tiene como objetivo esclarecer los criterios seguidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para operar una interpretación restrictiva del art. 10 del Reglamento 1259/2010. A su vez, se avanza la problemática que surge de que existan legislaciones de Estados miembros que no conozcan la separación judicial y se analizan posibles soluciones.

Palabras clave: Divorcio; separación judicial; ley aplicable; Reglamento 1259/2010

Abstract: The study aims to clarify the criteria followed by the Court of Justice of the European Union to operate a restrictive interpretation of Article 10 of Regulation (EU) 1259/2010. At the same time, it advances the problem that arises from the existence of legislation of Member States that do not know the separation and analyzes possible solutions.

Keywords: Divorce; legal separation; applicable law; Regulation (EU) n.º 1259/2010

I. Introducción: el art. 10 del Reglamento en su primera hipótesis y los efectos de la «magia» del tráfico jurídico externo

Una de las peculiaridades más interesantes que presenta el Reglamento 1259/2010 (2) a efectos normativos, es la inclusión de una cláusula, hasta ahora, única en cuanto a su diseño, en la legislación del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Me refiero a su art. 10 que dispone un rechazo de plano de la ley aplicable al divorcio (con independencia de que haya sido objeto de elección o no por los cónyuges) en dos hipótesis diferentes.

La primera es objeto de interpretación por la Sentencia del Tribunal de Justicia sobre la que se realiza el presente estudio. El mencionado art. 10 dispone que *cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio... se aplicará la ley del foro*. La segunda hipótesis, quizás más «exótica», concentra el motivo de la exclusión en que la ley aplicable *no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la aplicación judicial*. En ambos casos, de la misma manera, se aplicará la ley del foro.

Pues bien, el hecho de que, en la actualidad, todos los ordenamientos de los Estados miembros y, prácticamente del mundo, acepten el divorcio, hace difícil pensar que el art. 10 fuera a ser protagonista de una cuestión prejudicial que exigiera su interpretación en la primera hipótesis; es decir, cuando la ley extranjera no contempla el divorcio.

Desde una lógica primaria, de hecho, cabe esperar que esta hipótesis en la práctica tenga muy pocas posibilidades de aplicación. El divorcio, como se ha señalado, se conoce en prácticamente todas las legislaciones del mundo, excepción hecha a la del Estado de la Ciudad del Vaticano y la República de Filipinas. En el caso de la Unión Europea fue la República de Malta, el último Estado miembro en introducir el divorcio (3) .

Las dudas interpretativas se han generado, no por el primer supuesto, sino por el segundo; cuando la ley extranjera contiene una regulación discriminatoria de acceso al divorcio o a la separación judicial por motivo de sexo. Sin embargo, la «magia» del tráfico jurídico externo ha logrado de nuevo demostrar que no hay nada totalmente seguro en el ámbito del Derecho internacional Privado y «salta la sorpresa».

Como se va a ver, el trasfondo de la problemática se encuentra en una realidad que, quizás, el legislador de la Unión Europea no haya tenido suficientemente en cuenta. No todos los ordenamientos de los países de la Unión conocen la figura de la separación judicial y ello puede ser un problema cuando es necesaria para conformar un motivo de divorcio, lo que ocurre precisamente en el litigio principal.

Para abordar este estudio primero se va a proceder a analizar las particularidades del supuesto que condujo al Tribunal de Bucarest a suspender el procedimiento y a plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial. A continuación, se expondrán las distorsiones que determinados ordenamientos operan respecto del Derecho Internacional de la Unión Europea. Se pasará, después, a analizar la cláusula contenida en el art. 10 y su diferenciación con la excepción del orden público internacional. Se estudiarán, también, las diferentes argumentaciones que sostienen la respuesta del Tribunal, basadas en una interpretación literal, contextual y teleológica del precepto. Por último, se apuntarán ciertos desajustes que ponen en cuestión la respuesta dada para dirimir el litigio por el alto Tribunal.

II. Litigio principal, cuestión prejudicial y *praxis* de la jurisprudencia nacional rumana

Un matrimonio de nacionales rumanos con residencia habitual en Italia y con un hijo común nacido en Verona, sufre una crisis matrimonial y uno de los cónyuges decide interponer demanda de divorcio ante Tribunales rumanos. El coctel de elementos de extranjería está servido. Corresponde en primer lugar determinar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales rumanos. Estos, una vez analizado el Reglamento Bruselas II bis) (4) , se declaran competentes con base en el art. 3 apartado 1 letra b).

En segundo lugar, se debe determinar la ley aplicable conforme a lo establecido en el Reglamento 1259/2010. El Tribunal designa como tal, al Derecho italiano habida cuenta de que los cónyuges tenían su residencia habitual en Italia al tiempo de la presentación de la demanda y a falta de elección de ley (artículo 8). Hasta aquí todo correcto, el problema deviene de la aplicación, en el supuesto concreto, del Derecho italiano.

A lo que parece, el motivo alegado en el supuesto concreto era la separación, pero el Derecho material italiano exige una separación legal de los cónyuges que, en el caso concreto, no se había producido; además, de que debía haber transcurrido al menos tres años entre la separación legal y la fecha de presentación de la demanda de divorcio (5) .

En este punto se observa una posible falta de actualización relativa al contenido del Derecho italiano. La demanda se interpuso el 13 de octubre de 2016 y la ley italiana de mayo de 2015 (*disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*) abría la puerta al conocido como «divorcio breve». Se reducía el plazo de los tres años señalados de separación judicial, a doce meses de duración de separación interrumpida. En lo que respecta a la separación consensuada, el plazo pasaba a ser de

seis meses.

1. Al secondo capoverso della lettera b), del numero 2), dell'articolo 3 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, le parole: « tre anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale» sono sostituite dalle seguenti: «dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale da sei mesi nel caso di separazione consensuale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale» (6) .

En el supuesto concreto, no se había demostrado la existencia de resolución judicial en la que se declarase la separación judicial y, aquí vienen el problema, el Derecho rumano no conoce la separación legal. Ante esta situación el Tribunal considera que tienen que conocer los Tribunales italianos y que la demanda debía declararse inadmisible. El cónyuge interpone, entonces, recurso de apelación.

La base jurídica del recurso pivota alrededor de dos argumentos, que no resultan muy afortunados, por lo que se analizará más adelante. Por un lado, sostiene que debería haberse aplicado lo establecido en el art. 2600 apartado 2 del Código Civil rumano que según se afirma constituye la «transposición» del art. 10 del Reglamento a la legislación rumana. La aplicación de aquel precepto conducía a aplicar la ley rumana a la demanda de divorcio.

Por otro lado, se aduce la excepción de la cláusula de orden público internacional del art. 12 del Reglamento, para señalar que la ley italiana es manifiestamente incompatible con el orden público del foro. De esta manera llega a la misma conclusión, la aplicación de la ley rumana.

A la vista de lo expuesto el Tribunal del Distrito de Bucarest suspende el procedimiento y plantea la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse la expresión "cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contempla el divorcio"[, incluida en el artículo 10 del Reglamento n.º 1259/2010,] de modo restrictivo y literal, es decir, solo para el caso de que la ley extranjera aplicable no contemple el divorcio en forma alguna; o debe interpretarse en sentido amplio, de manera que incluya también los casos en los que la ley extranjera aplicable admite el divorcio, pero en condiciones extraordinariamente restrictivas, que implican un procedimiento obligatorio de separación judicial antes del divorcio, procedimiento para el que la ley del foro carece de disposiciones procesales equivalentes?»

Antes de avanzar en el estudio de la Sentencia, conviene poner de relieve algo muy importante, que da cuenta de la relevancia de la cuestión prejudicial en la práctica. El Tribunal remitente pone de relieve la *praxis* que se sigue en la jurisprudencia en casos como el planteado. De manera que, a falta de disposiciones relativas a la separación judicial en Derecho rumano, los Tribunales no examinan en cuanto al fondo las demandas de separación judicial ni las demandas de divorcio, salvo que hayan ido precedidas de separación judicial dictada por Tribunales italianos. En estos casos las demandas se declaran inadmisibles.

El argumento que emplea el órgano remitente en concreto es que

«tales demandas se declaran, respectivamente, inadmisibles, ya que el Derecho rumano no contempla ningún procedimiento de separación judicial, y prematuras, puesto que el divorcio se solicita ante los tribunales rumanos sin que los tribunales italianos hayan constatado o declarado previamente la separación judicial, o incluso infundadas, basándose en ambos fundamentos jurídicos combinados. (7)
»

III. Análisis de los argumentos en los que se basa el recurso de apelación

1. Aplicación de normativa rumana de transposición del art. 10 del Reglamento

El primer argumento que se emplea en el recurso de apelación causa, como mínimo, sorpresa. La legislación rumana ha procedido a transponer el contenido del Reglamento de referencia, como si se tratase de una Directiva. La transposición la realiza a través de un precepto del Código Civil rumano, en concreto art. 2600 apartados 2 y 3. Lo hace en los siguientes términos:

2. • *Si la ley extranjera de ese modo determinada no contempla el divorcio o lo admite en condiciones extraordinariamente restrictivas, se aplicará la ley rumana cuando uno de los cónyuges sea, en la fecha de la demanda de divorcio, nacional rumano o tenga su residencia habitual en Rumanía.*
3. • *Lo dispuesto en el apartado 2 será también aplicable al caso de que el divorcio se rija por la ley elegida por los cónyuges.»*

Puede observarse que la «adaptación» no coincide con lo que establece el art. 10. Este último precepto no impone ninguna condición relativa a la nacionalidad o residencia de uno de los cónyuges. Desde esta perspectiva el Derecho rumano se ha permitido una «creatividad» que desnaturaliza el Reglamento y que se asienta fuera de su carácter imperativo.

Recuérdese que los Reglamentos son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado Miembro, de conformidad con los Tratados. Así lo dispone, para el Reglamento 1259/2010, su art. 21. Por lo tanto, el Tribunal rumano no debe referirse a tal normativa. El marco legal lo ofrece el Reglamento directamente aplicable y, por ende, no necesita ninguna transposición o equivalencia con la legislación nacional (8) . Aún en el supuesto en que la legislación rumana hubiera optado por una incorporación material correcta, el marco normativo seguiría siendo el Reglamento 1259/2010.

2. Despliegue de la cláusula de orden público internacional: diferenciación con el art. 10 del Reglamento

El segundo argumento utilizado en el recurso de apelación, también, conducía en las pretensiones a aplicar el Derecho material rumano. La exclusión de la ley aplicable operaría a través de la activación de la excepción del orden público. Según se aducía la ley italiana sería manifiestamente incompatible con el orden público y, por consiguiente, debería excluirse.

Este argumento merece una presentación acerca de la diferencia entre la cláusula de orden público internacional, contenida en el art. 12 del Reglamento 1259/2010, y la cláusula de la aplicación de la ley de foro (art. 10); con el rechazo de plano de la ley aplicable en el supuesto en que ésta no contemple el divorcio.

La existencia del art. 10 generó cierto desconcierto cuando se aprobó el Reglamento. Ello era debido a que se acompañaba del mantenimiento dentro del Reglamento, de la clásica fórmula dedicada al orden público internacional. Así el art. 12 establece que:

Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

La concurrencia de ambas cláusulas fue objeto de comentario por algunos autores que venían a considerar al art.

10 como una mera aplicación adelantada de la cláusula general de orden público internacional (9) .

Varios argumentos vienen a contradecir tal afirmación. El mismo Considerando 24 del Reglamento no deja lugar a dudas, cuando señala que los supuestos del art. 10 deben entenderse, sin perjuicio a la cláusula relativa al orden público. Además, el *modus operandi* de tales cláusulas es diferente. Como es sabido, la excepción del orden público internacional se desplegará a la luz de las circunstancias del caso concreto. Es decir, podrá activarse (es potestad del órgano juzgador), cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro. No es el contenido de la norma extranjera *per se lo que* provoca su activación, sino el resultado concreto de su aplicación.

Sin embargo, la activación del art. 10 depende, en exclusiva, de que la ley aplicable no contemple el divorcio en la primera hipótesis y opera de manera automática, lo que deja claro el Tribunal de Justicia con la interpretación que, como se expondrá, da al precepto. La diferente operativa de las dos fórmulas explica el mantenimiento de ambas, y explica por qué la primera no es exactamente expresión de la segunda (10) .

La apelación de la Sentencia al Tribunal remitente invocaba, como se acaba de ver, precisamente la excepción de orden público internacional, señalando que la aplicación de la ley italiana era manifiestamente incompatible con el orden público. Por lo que se consideraba necesario excluir la aplicación de la norma a los procesos de divorcio y, en su lugar, aplicar la ley rumana. Ninguno de los dos argumentos apuntaba a la aplicación del art. 10.

Pues bien, obsérvese como dato muy relevante, que el Tribunal de Distrito de Bucarest no tuvo problema en enfocar sus dudas, no sobre el despliegue de la cláusula de orden público internacional, sino sobre la interpretación del art. 10 que es, en verdad, el núcleo donde se sitúa el litigio principal. Desde esta perspectiva, acierta en el anclaje normativo que provoca las dudas que se plantean en la cuestión prejudicial y que, como es evidente, no se proyecta en la excepción del orden público sino en la cláusula del art. 10.

IV. Interpretación literal, contextual y teleológica del art. 10 del Reglamento

Una interpretación literal del precepto no deja dudas acerca de que el único supuesto en el que, de manera excepcional, se excluirá la ley aplicable es cuando no contemple el divorcio. La literalidad del artículo es muy clara y no deja margen a ninguna excepción «cuando la ley aplicable no contemple el divorcio».

Así pues, como el Derecho italiano contempla el divorcio, no ha lugar a activar esta cláusula en el supuesto del litigio principal. A estos efectos da igual que las condiciones que establezca la ley de referencia sean más o menos estrictas. De la misma manera, que dará igual que la ley del foro carezca de disposiciones relativas a la separación judicial. Lo único que exige el art. 10 es que la ley aplicable no contemple el divorcio.

La contundencia de este argumento es corroborada en la Sentencia por una interpretación contextual y sistemática. Para esta última, se recurre al Considerando 26 y al art. 13 relativo a las diferencias en las legislaciones nacionales y que también recogen la expresión «no contemple el divorcio». La clarificación del Considerando puede transpolarse a la misma interpretación del artículo 10. De manera que la referencia relativa a que la ley no contemple el divorcio, según el mencionado Considerando, debe interpretarse en el sentido de que la ley carece de la figura del divorcio (11) . Lo que, como es sabido, no ocurre en el caso del Derecho italiano.

Por su parte la perspectiva teleológica viene de la mano de los Considerandos 9, 21 y 29 del Reglamento que recuerdan su objeto, que es crear un marco jurídico claro y completo, garantizando a su vez la seguridad jurídica, la previsibilidad y flexibilidad en el ámbito internacional (12) . Con todo ello se pretende facilitar la libre circulación de personas, e impedir el foro de conveniencia (*forum shopping*); el que uno de los cónyuges

fuerce la aplicación de una ley que le resulte más favorable, presentando la demanda, antes que otro, ante un determinado Tribunal.

Este punto de vista requiere de dos puntuaciones. La primera es de carácter general. Nos encontramos ante un Reglamento de cooperación reforzada y, por tanto, el objeto de acabar con el *forum shopping* se cumplirá sólo en el marco de los Estados miembros participantes. Este tipo de Reglamentos suponen un avance en la materia sobre la que versan, si bien, desde este planteamiento, es evidente, que el avance es limitado.

La segunda puntuación se refiere a la seguridad jurídica y la previsibilidad. Creo que debe ponerse el acento en que admitir una interpretación amplia, que permitiera descartar la ley aplicable que admitiera el divorcio en condiciones «extraordinariamente restrictivas», impactaría de manera negativa en la misma seguridad jurídica que se pretende con el Reglamento y haría imposible la previsibilidad. Piénsese que ello obligaría a un examen caso por caso y a una apreciación subjetiva lo que no soportaría el sistema, sin comprometerlo (13) .

Acierta, por tanto, el Tribunal con este argumento que recuerda el espíritu mismo del Reglamento. Ahora bien, desde el contexto general del art. 10, surge la duda de si este argumento podría ser utilizado en la segunda hipótesis del mismo. Debe tenerse en cuenta que el divorcio, como ya se ha señalado, se conoce en prácticamente todos los ordenamientos de los países, y que en aquellos que en los que la ruptura del matrimonio es de corte causalista, pueden existir diferentes motivos según los alegue el varón o la mujer. Ello ocurre significativamente en los ordenamientos de corte islámico. Pero, además, muchos de estos ordenamientos recogen también, motivos que pueden ser alegados indistintamente por el marido o por la mujer.

En estos supuestos (para los que en realidad se diseñó esta cláusula en su segunda hipótesis) no realizar un análisis casuístico pondría en jaque la correcta aplicación de la misma. Ahora bien, hacerlo podría redundar en la mencionada seguridad jurídica y previsibilidad. Como ya he señalado, no pocas dudas plantea la aplicación del art. 10 en esta segunda hipótesis, respecto de su aplicación en la práctica. De ahí, que sea especialmente necesaria la interpretación futura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta interesante cuestión.

Los argumentos señalados dan cobertura suficiente para que el Tribunal conteste, finalmente, en línea con lo expuesto, que el art. 10 debe interpretarse en el sentido que la expresión «*cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio*» se refiere únicamente a los casos en que la ley extranjera aplicable no contemple el divorcio en forma alguna.

Más dudas suscita el desarrollo de la Sentencia en lo que se refiere al intento de proporcionar una respuesta útil que permita dirimir el litigio al órgano jurisdiccional. A este análisis se dedica el apartado siguiente

V. Dudas acerca de las consecuencias prácticas de la interpretación del art. 10 del Reglamento 1259/2010 en la solución del litigio principal

Una vez vista la solución que proporciona la Sentencia a la cuestión prejudicial y las argumentaciones sobre las que se asienta la interpretación rígida del art. 10 del Reglamento, cabe preguntarse qué consecuencias concretas se derivan para la solución del litigio. En realidad, la respuesta a la cuestión prejudicial, sólo alcanza a determinar que el Tribunal rumano debe aplicar el Derecho material italiano, por cuanto conoce el divorcio. Poca clarificación es, si tenemos en cuenta que el problema de fondo no es otro que el Derecho rumano no conoce la separación y eso implica desajustes, en especial, de corte procesal.

Al respecto la Sentencia recuerda que, según reiterada jurisprudencia, en el marco del art. 267 TFUE, corresponde al Tribunal proporcionar una respuesta útil que le permita al órgano jurisdiccional dirimir el litigio. Tal

respuesta es especialmente bienvenida en este caso porque, como ya se ha puesto de manifiesto, detrás del supuesto concreto del litigio, existe toda una práctica jurisprudencial reiterada que opera de la siguiente forma: cuando se presentan demandas de separación judicial o demandas de divorcio que no se acompañan de la correspondiente separación judicial, dictada por Tribunal competente, tales demandas se declaran inadmisible y prematuras o incluso infundadas.

Esta práctica jurisprudencial produce el efecto de impedir un examen en cuanto al fondo de las demandas y así lo expone el Tribunal del Distrito de Bucarest. La sentencia declara al respecto, que esta práctica es contraria al efecto útil de las normas uniformes del Reglamento. Lo cual es cierto, porque al no aplicarse la ley designada por la norma de conflicto, difícilmente va a producir tal efecto.

Más interesante es el argumento que emplea el Tribunal relativo a la competencia juridical de los órganos jurisdiccionales rumanos. La competencia general deviene del art. 3 apartado 1 letra b) del Reglamento Bruselas II bis) y ello implica que los Tribunales deben pronunciarse. No se alude a la tutela judicial efectiva internacional, pero está, también, en juego. Obsérvese, además, que este Reglamento respecto del divorcio no prevé la posibilidad de declinar la competencia, tal y como sí hace en el ámbito de la responsabilidad parental, vía art. 15 (14).

Por consiguiente, las conclusiones prácticas son que los Tribunales rumanos están obligados a pronunciarse sobre las demandas y que deben aplicar el Derecho italiano. Ahora bien, la consiguiente pregunta es ¿cómo deben de operar? ¿cómo se salva en la práctica el que el Derecho rumano no contemple ningún procedimiento de separación judicial?

La contestación la proporciona la Sentencia en el apartado cuarenta y tres. En concreto señala que *dicho tribunal debe, no obstante, ya que no puede declarar él mismo tal separación, comprobar que se cumplen las condiciones de fondo previstas en la ley extranjera aplicable y hacerlo constar en el marco del procedimiento de divorcio del que conoce.*

Esta solución plantea ciertas dudas a dos niveles diferentes. El primer nivel se refiere al hecho desencadenante del litigio: la presentación de una demanda de divorcio que se debe dirimir conforme al Derecho italiano, cuando no se acompaña de la correspondiente resolución judicial que declare la separación. Para este caso la Sentencia señala que se debe comprobar las condiciones de fondo, ya que no puede declarar él mismo la separación. En este punto se observa cierta confusión relativa al Derecho material italiano, en lo que se refiere a condiciones de fondo o condiciones procesales.

El que no pueda declarar el Tribunal rumano la separación nos sitúa en el segundo nivel de la problemática ¿Podría un Tribunal cuyo ordenamiento no conoce la separación judicial realizar un pronunciamiento sobre la separación legal de un matrimonio cuando se le solicitará?

En el caso del litigio principal, no se solicita la separación sino el divorcio, para ello, queda claro que debe aplicarse el Derecho italiano, pues bien, aplíquese. En el Derecho italiano cada cónyuge puede solicitar el divorcio, entre otros supuestos, cuando el matrimonio ha estado legalmente separado durante cierto tiempo. Pues bien, en los casos de referencia no ha habido separación legal ¿influye en algo el que el Derecho rumano no contemple la separación judicial? En principio, no. Téngase en cuenta que, como ya se ha indicado, no se solicita la separación sino el divorcio.

El cónyuge o los cónyuges, bien podían haber solicitado la separación judicial ante Tribunales italianos, que son los de su residencia habitual. No lo hicieron y ahora invocan un supuesto de divorcio cuyas condiciones no cumplen. Cuando la sentencia señala que el Tribunal debe comprobar que se cumplen las condiciones de fondo, parece que

está considerando, el hecho de que no exista separación judicial, como un mero trámite procesal, pero no es este el espíritu del Derecho italiano. Interpretarlo así, implicaría retorcerlo hasta el punto en que los Tribunales italianos, aplicando su propio Derecho, no dictarían sentencia de divorcio en tales casos.

El segundo nivel de la problemática presenta muchas aristas. El art. 13 del Reglamento dedicado a las diferencias en las legislaciones nacionales, al que ya se ha hecho referencia, no contempla el hecho de que existen legislaciones como la rumana que no conocen la separación. Es evidente que ello generará problemas en la práctica, en el caso en que se solicite ante sus Tribunales una resolución judicial de separación, cuando la ley aplicable sí que la conozca. Los escollos procesales son evidentes al producirse una falta de acción. Este óbice procesal no será fácil de cubrir adecuando la legislación nacional sustantiva y procesal. Una interpretación analógica del art. 13 podría justificar la exclusión del pronunciamiento de separaciones judiciales, por los Tribunales cuyos ordenamientos no las conocen.

VI. Consideraciones finales

Este estudio ha tenido como objetivo esclarecer los criterios seguidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para operar una interpretación restrictiva del art. 10 del Reglamento 1259/2010. A su vez, se ha avanzado la problemática que surge del hecho de que existan legislaciones de Estados miembros que no conozcan la separación judicial y se han analizado posibles soluciones.

La respuesta proporcionada a la cuestión prejudicial se ajusta a la cuestión planteada. Ahora bien, queda muy corta para abordar la *praxis* que se está generando en los Tribunales nacionales, ocasionada por las diferencias entre las legislaciones. Hubiera sido deseable que el legislador de la Unión, que tan hábil estuvo en resolver esas diferencias en lo que se refiere al divorcio y al matrimonio entre personas del mismo sexo, también hubiera adelantado cómo proceder cuando las legislaciones en concurso no conozcan la separación judicial.

Esta Sentencia ha destapado la realidad de la jurisprudencia nacional rumana que, hasta ahora, declaraban inadmisibles, prematuras o incluso infundadas las demandas de divorcio que no fueran precedidas de una separación judicial previa, por el hecho de que la separación legal no se conoce en su ordenamiento. El Tribunal deja claro que deben entrar a conocer y que no cabe la exclusión del Derecho material italiano (vía art. 10), por cuanto conoce el divorcio.

Cuestión diferente es cómo deben aplicar el Derecho italiano. La respuesta debe encontrarse en el propio ordenamiento italiano en los términos que se han expuesto y que quedan lejos de considerar las condiciones requeridas, como meras condiciones procesales, «fáciles de salvar».

La Sentencia destapa, además, otra realidad y es que por los mismos motivos no se examinan en cuanto al fondo las demandas de separación judicial. No se trata de los mismos supuestos, pese a su clara relación y el Tribunal no va más allá en su respuesta. Los escollos procesales son evidentes al producirse una falta de acción y ese óbice procesal no será fácil de cubrir, adecuando la legislación nacional sustantiva y procesal.

Por último, quiero llamar la atención sobre la mala práctica que siguen determinadas legislaciones nacionales que vienen adaptar Reglamentos de la Unión Europea a sus legislaciones internas. Debe recordarse todas las veces que sea necesario, que los Reglamentos son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado Miembro, de conformidad con los Tratados, y este es el único marco normativo al que los Tribunales nacionales deben atender.

Bibliografía

- ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales», en VVAA, Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 39-64.
- DIAGO DIAGO, M.P., «El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, n.º 2, 2014, pp. 49-79.
- HAMMJE, P., «Le nouveau Règlement (UE) n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en ouvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, Vol. 100, n.º 2, 2011, pp. 291-338.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., El Divorcio internacional en la Unión Europea (jurisdicción y Ley aplicable), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- VAQUERO LÓPEZ, C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial; ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el favor divortii?», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XI, 2011, pp. 957-980.

(1)

mpdiago@unizar.es responsable editorial de la Revista científica *Bitácora Millennium DIPr*
<http://www.millenniumdipr.com/bitacora>

[Ver Texto](#)

(2) Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo del 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial DO n.º L343, de 20 de diciembre de 2010.

[Ver Texto](#)

(3) *The Malta Government Gazette* nº18784 de 29 de julio de 2011. *Vid.. nota 7 Conclusiones del Abogado General Sr. Evgeni Tanchev presentadas el 26 de marzo de 2010 Asunto C-249/19 (no disponibles en español).* ECLI:EU:C:2020:231.

[Ver Texto](#)

(4) Reglamento (UE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga al Reglamento (UE) n.º 1347/2000 DO n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003.

[Ver Texto](#)

(5) Ap. 12 de la Sentencia y 15 de las Conclusiones del Abogado General.

[Ver Texto](#)

(6) GU n.107 del 11-5-2015.

[Ver Texto](#)

(7) Ap. 30 de la Sentencia.

[Ver Texto](#)

- (8) El Abogado General señala en el ap. 22 de las Conclusiones que «*Therefore, in order to determine the law applicable to an application for divorce, such as the one at issue in the main proceedings, Romanian courts may only apply Regulation N° 1259/2010 and the referring court should not refer to the Romanian Civil Code in this respect, as it is not relevant in the present circumstances.*»

[Ver Texto](#)

- (9) *Vid..* diferentes tratamientos de la cuestiones entre otros en Arenas García, R., «Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales», en VVAA, *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 39-64; Sánchez Jiménez, M. A., *El Divorcio internacional en la Unión Europea (jurisdicción y Ley aplicable)*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013 , pp. 82-83; Hammje, P., «Le nouveau Règlement (UE) nûm. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en ouvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, vol. 100, n.º 2, 2011, pp. 291-338; Vaquero López, C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial; ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el favor divortii ?», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2011, t. XI, pp. 957-980, en concreto p. 972.

[Ver Texto](#)

- (10) *Vid..* Un análisis en mayor profundidad en Diago Diago M.P. «El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual» *REDI*, vol. LXVI n.º 2, 2014, pp. 49-79 en concreto p. 64 ss.

[Ver Texto](#)

- (11) El Considerando se refiere en realidad a la ley del Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se ha recurrido. En concreto dispone que «Las referencias del presente Reglamento al hecho de que la ley del Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se ha recurrido no contempla el divorcio deben interpretarse en el sentido de que la ley de tal Estado miembro carece de la figura del divorcio. En tal caso, no debe obligarse al órgano jurisdiccional a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del presente Reglamento.

[Ver Texto](#)

- (12) *Vid..* aps. 30 a 32 de la Sentencia y apartado dedicado al espíritu y proposición en cuestión de las Conclusiones del Abogado General aps. 51 a 58.

[Ver Texto](#)

- (13) El ap. 32 de la Sentencia señala al respecto que «exigiría un análisis caso por caso de las condiciones en las que puede pronunciarse una sentencia de divorcio de conformidad con la ley aplicable según dicho Reglamento, así como una apreciación subjetiva de la medida en que dichas condiciones pueden considerarse más restrictivas que las previstas en la ley del foro, lo que iría en contra de los objetivos de seguridad jurídica y de previsibilidad que se persiguen con el citado Reglamento o al menos comprometería, en la práctica, la consecución de los mismos.»

[Ver Texto](#)

- (14) El abogado General recuerda este extremo y concluye que el tribunal debe pronunciarse sobre la solicitud del divorcio *vid.. Conclusiones* ap. 62.

[Ver Texto](#)