

DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Introducción.– Cualquier ciudadano extranjero puede pretender acceder a los Tribunales españoles ya sea para obtener un pronunciamiento declarativo relativo a su relación matrimonial y a las medidas que del mismo se deriven, o únicamente, y en el caso de no estar casado, a estas últimas; ya sea para obtener la ejecución en España de un pronunciamiento de tal naturaleza dictado en su país de origen.

En cualquier caso, y con independencia de cuál sea la opción que se pretenda ejercitar por ciudadanos extranjeros, el principio que debe guiar la actuación de los tribunales españoles es el del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre el que hay que resaltar, por un lado, que en el inciso 1 del artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la posterior 8/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, se atribuye a los extranjeros, en una cláusula plenaria y exenta de toda clase de condicionantes, matices o limitaciones; y por otro, puntualizar a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, que esa opción legal es debida al entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva como consustancial a la condición humana, con independencia de que se sea español o extranjero, y con independencia, también, de que se esté legal o ilegalmente en nuestro territorio. (SSTC 107/1984, 99/1985 y 113/1993 entre otras)



I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS ESPAÑOLES

1. En general, normativa aplicable

Cuando un ciudadano extranjero acceda a los tribunales de justicia españoles pretendiendo una resolución judicial de separación matrimonial, nulidad o divorcio, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que a su vez remite a lo establecido en la Ley Orgánica del

Poder Judicial y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su número 1 que los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte. Además, establece en su artículo 22 apartados. 2 y 3, y en materia de familia, los correspondientes puntos de conexión a la materia de matrimonio (relaciones personales y patrimoniales y separación, nulidad y divorcio) y relaciones paternofiliales.

El sistema español de competencia judicial, no obstante, vino a ser alterado por la normativa comunitaria. Nos estamos refiriendo, en primer lugar, al **Reglamento (CE) n.º 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, que deroga –con efectos desde el 1 de marzo de 2005– el Reglamento 1347/2000. Por aplicación de este convenio hemos necesariamente a distinguir, para establecer la competencia, entre matrimonio y relaciones parentales.

2. Matrimonio

En materia de matrimonio, el art. 3.1 del Reglamento atribuye competencia para resolver las cuestiones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad del matrimonio de los cónyuges, y de forma alternativa, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- ◆ En cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges o
- ◆ En cuyo territorio radique la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí, o
- ◆ En cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandado, o
- ◆ En cuyo territorio esté, en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- ◆ En cuyo territorio radique la residencia habitual del demandante, si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- ◆ En cuyo territorio se halle la residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y, o bien es nacional de dicho Estado, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su domicilio, o
- ◆ El Tribunal de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda el domicilio de ambos cónyuges.

Se toma como referencia principal la “**residencia habitual**”. Alegría Borrás ha puesto de manifiesto que el Tribunal de Justicia Europeo ha dado en diversas ocasiones una definición de dicho concepto, en el sentido que significa *“el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos”*.

Hay que decir que son foros flexibles, realistas y adaptados al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial. Generan un

nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada.

Además, las competencias que se establecen son de carácter exclusivo, de forma que los cónyuges que tengan su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sean nacionales de un Estado miembro, sólo podrán ser demandados por sus cónyuge para obtener la nulidad, separación o divorcio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro. Y no puede dejarse de tener en cuenta que si un Tribunal no se considera competente de conformidad con los foros establecidos (Arts. 3, 4 y 5 del Reglamento) deberá, antes de acudir a sus propias normas nacionales, comprobar de oficio si existe otro órgano jurisdiccional comunitario competente en cuyo caso se declarará incompetente. De tal manera, las normas estatales sólo entrarán en juego tras comprobarse inviables los fueros previstos en el Reglamento.

El único problema sigue siendo la limitación de su ámbito de aplicación.

Pues bien, tras verificar que el demandado no es nacional comunitario y tampoco reside habitualmente en el territorio de la Unión Europea y comprobar que no existe ningún órgano jurisdiccional competente al amparo de los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento, es cuando procede la aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto, los apartados 2 y 3 del art. 22, en los que se incorporan, respectivamente, diversos fueros generales y especiales.

Dentro de los generales se encuentran la autonomía de la voluntad y el domicilio del demandado; y conforman los especiales la residencia habitual común al tiempo de la presentación de la demanda, la nacionalidad común de ambos cónyuges y la nacionalidad española del demandante con residencia habitual en España.

Ahora bien, respecto de los primeros, sólomente el relativo a la autonomía de la voluntad es el único que permite asumir el litigio en el caso de que no esté cubierto por el Reglamento. En cuanto a los segundos, solo será aplicable el fuero de la nacionalidad española del demandante con residencia habitual en España y siempre y cuando no haya ningún otro tribunal europeo competente para conocer del litigio, y que, además, la residencia en España del demandante que posee nacionalidad española no hubiese durado más de seis meses, dado que, de ser así, estaríamos ante un fuero reglamentario europeo.

Ahora bien, se reitera, ello únicamente en lo referente a los aspectos cubiertos por el Reglamento: disolución del vínculo matrimonial en sentido estricto, o a la separación del matrimonio.

En suma, en esta materia, de nulidad, separación y divorcio, el juego de ambas normas lleva a la conclusión de que únicamente queda vetado al conocimiento de los Tribunales españoles los supuestos en que ninguno de los cónyuges sea nacional y además no residan en España, y aquellos otros en los que el demandante tenga la residencia en España por un período inferior a 6 meses o un año, dependiendo de que sea español o no, y siempre y cuando no se quieran someter ambos a la jurisdicción española.

3. Responsabilidad parental

Bien, si los tribunales españoles resultan competentes para conocer del divorcio, separación o nulidad, ¿quiere ello decir que también lo serán para adoptar las

medidas correspondientes a los hijos?

La respuesta debe ser negativa, por cuanto es de tener en cuenta que aunque los Tribunales españoles sean competentes para la separación o divorcio, pueden no serlo para las medidas en relación con sus hijos. ¿Por qué?. La razón estriba en que para ello se precisa que se cumplan otros foros que le atribuyan la competencia para conocer de las relaciones paternofiliales.

Por las mismas razones expuestas anteriormente, en primer lugar hay que acudir al **Reglamento comunitario n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003**, aplicable a las materias civiles relativas "a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental".

Según dicha normativa, se incluye dentro de la responsabilidad parental el derecho de custodia y derecho de visita; la tutela, curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; y las medidas de protección ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

Por otro lado, téngase en cuenta que el Reglamento 2201/03 amplía el ámbito de aplicación material en sede de responsabilidad parental a todos los litigios relativos a cualesquiera hijos, incluidos los no matrimoniales.

La competencia general se atribuye al tribunal del Estado de la residencia habitual. Pero el Reglamento también permite acudir a los Tribunales de otros Estados miembros en situaciones de cambio de residencia a favor de la residencia anterior, en supuestos de sustracción, o el estado en que se encuentre el menor. Además, existe también la posibilidad de remitir a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto.

Además, cuando se trate de litigios de responsabilidad parental vinculados a un litigio matrimonial, se confiere la competencia a los Tribunales del Estado del litigio matrimonial, exigiéndose sólo la presencia del menor en el territorio de un Estado miembro, pero no necesariamente de aquél donde se esté litigando la crisis matrimonial. Eso sí, se exige, en todo caso, la salvaguarda del consentimiento de los progenitores o los titulares de la responsabilidad parental; e incluso respecto de los alimentos, en cuanto obligación autónoma regida por el Reglamento 44/2001 (Bruselas I) se modifica la norma de competencia judicial internacional en el sentido de que se asumirá por el órgano competente para adoptar las medidas relativas a la responsabilidad parental cuando tales acciones se acumulen.

Pues bien, sólo a falta de aplicación de las normas anteriores habrá que acudir en primer lugar al **Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996** relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores, cuando entre en vigor, si se trata de menores con residencia habitual en un estado contratante que será el competente para adoptar las medidas. Su ámbito de aplicación es amplio y entre el mismo se encuentra la Patria Potestad, Guarda y Custodia.

El Convenio de la Haya citado establece que las excepciones al conocimiento por parte del Tribunal de la residencia del menor vendrán determinadas por:

- el estado de la nacionalidad del menor
- el estado en que el menor posea bienes
- el estado con el que el menor presente una vinculación más estrecha.

Eso sí, en todos los casos condicionados a que el otro Estado se encuentre en mejores condiciones desde el superior interés del menor.

Fuera de ello, **y en tanto no entre en vigor el Convenio de la Haya** se aplicará la **Ley Orgánica del Poder Judicial**, que contempla como foro el de la residencia habitual del menor.

El art. 22.3 LOPJ es claro cuando expone que en materia de filiación y de relaciones paternofiliales será competente el tribunal español cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España. Por su parte, en materia de alimentos dicho precepto establece la competencia cuando el acreedor de los mismos tenga residencia en España.

Dicho Convenio, todavía no ha entrado en vigor porque España aún no lo ha ratificado. Ahora bien, en diciembre de 2002 el Consejo de Europa mediante decisión autorizó a los Estados miembros su adhesión al mismo. Y dicho Convenio internacional con carácter general establece la competencia al Tribunal de la residencia habitual del menor. Y dentro de sus excepciones se encuentra el supuesto de procedimientos de nulidad, separación o divorcio, pero siempre que las autoridades de dicho estado estén más capacitadas para apreciar en un caso concreto cuál es el interés superior del menor, lo que difícilmente sucederá si se encuentra en otro estado [hay que tener en cuenta, no obstante, que este Convenio se aplicará, con carácter subsidiario al Reglamento Europeo 2201/2003 que tendrá preferencia cuando se trate de procedimientos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, pero con carácter preferente a los foros establecidos en la LOPJ a los que habrá que acudir únicamente cuando se trate de países ajenos a uno y otro instrumentos de carácter internacional].

De tal manera, desde el 1 de marzo de 2005, fecha de la entrada en aplicación del Reglamento 2201/2003, para determinar la competencia de los tribunales españoles el orden será el siguiente:

primero el Reglamento, segundo el Convenio de la Haya (si ha entrado ya en vigor) y tercero la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. Uniones de hecho: litigios entre convivientes

Si todo lo relacionado con las uniones de hecho puede calificarse de caos normativo, en esta materia no iba a ser una excepción.

A falta de regulación expresa, y sin perjuicio de lo que luego se referirá en relación a su calificación, parece que además de la sumisión expresa o tácita a tribunales españoles, éstos serán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España, en casos de obligaciones extracontractuales cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España o en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España.

5. Medidas provisionales y cautelares

Establece el artículo 20.1 del Reglamento 2201/2003 que, en caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

Ello implica, que además de en los casos en que los Juzgados españoles sean competentes para conocer del pleito principal de separación, divorcio y nulidad, para pronunciarse sobre las medidas previas y provisionales previstas en nuestro ordenamiento, lo serán también en los casos en que los Tribunales de otro estado resulten ser los competentes, con el único requisito de que se refieran a personas o bienes que se encuentren en territorio español.

Ahora bien, dado el contenido, en principio,– y pese a lo que posteriormente se dirá–, esencialmente sustantivo de las medidas contempladas en los artículos 103 y 104 del CCiv., en cuanto adelantan en buena medida pronunciamientos definitivos, la diferencia entre uno y otro supuesto (es decir, entre aquéllos en que el Juez español es competente para el conocimiento del pleito principal y aquéllos en que no lo es), debe entenderse y buscarse en el término “urgencia” empleado por el citado precepto, y con ello, en la interpretación restrictiva a los supuestos en que las circunstancias concurrentes justifiquen la necesidad de su adopción, lo que implica que su admisión no puede efectuarse con carácter automático como en el caso de ser competentes para el procedimiento principal, sino atendiendo a tales criterios de excepcionalidad. Ello supone, por un lado, un similar tratamiento, dentro de tales criterios restrictivos, de las medidas provisionales previas urgentes (o previas de previas) y las que no tengan tal carácter, que, de ser posible, aconsejarían en todo caso la celebración de vista; y por otro, que las medidas provisionales coetáneas quedarían muy cuestionadas, y ya no sólo en referencia a la exigencia procesal de ser solicitadas en el mismo escrito de demanda o contestación, en cuyo caso se estaría ante una cuestión previa de decisión de incompetencia, sino igualmente cuando la demanda del pleito principal se haya interpuesto ya ante el Tribunal competente, supuesto en el que éste podrá acordar la adopción de medidas de esta naturaleza, sin perjuicio de lo que siempre el Juez español pueda acordar en cualquier momento respecto a los menores al amparo del art. 158 del CCiv., **precepto en el que parece más adecuado incardinar la referencia del Reglamento a las medidas provisionales o cautelares.**

Además, y fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Europeo, el art. 22.5 de la LOPJ atribuye la competencia a los Tribunales españoles cuando se adopten medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España.

Un problema interpretativo radica en qué debe entenderse por el inciso “deban cumplirse en España”. Está claro que los Tribunales españoles pueden adoptar tales medidas cuando sean los competentes para el conocimiento del pleito principal, lo que desde luego, no deja de suponer un parámetro interpretativo, aunque debe repararse también en que, en este caso, podrían adoptar tales

medidas aun en el supuesto de no concurrir la primera de las exigencias consistente en que las personas o bienes se hallen en territorio español.

Por ello debe considerarse, en sintonía con lo anteriormente expuesto, que en los supuestos en que los Jueces españoles no sean competentes para el conocimiento del pleito principal, la adopción de estas medidas quedará subordinada a una situación de urgencia existente en territorio español que pueda verse subsanada con la adopción de la medida por el Juez español. Acerca de su contenido, siempre será posible la aplicación de lo dispuesto en el art. 158 CCiv.. Los artículos 103 y 104 seguirían planteando los mismos problemas.

Por lo demás, sería de observar lo expuesto respecto a los criterios a seguir para tal apreciación de urgencia. Las medidas que, a tenor de la estricta literalidad del precepto –“ en relación con personas o bienes”– parecen ser susceptibles de alcanzar a materias no cubiertas por el propio Reglamento, serán las previstas en el ordenamiento del Tribunal que las adopte, y no podrán tener efectos extraterritoriales. Así, aquellas de ellas relativas a cuestiones cubiertas por el texto reglamentario, cesarán cuando el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio decida al respecto. Por el contrario, las que refieran a materias no cubiertas por el Reglamento permanecerán vigentes hasta que se tomen resoluciones adecuadas por un órgano jurisdiccional competente por ej en la referencia al régimen económico matrimonial.

En el nuevo Reglamento 2201/2003 se recoge expresamente que la validez temporal de las medidas será hasta que el Tribunal competente adopte las medidas correspondientes.

6. Procedimientos de modificación de medidas

A pesar de los obstáculos que a priori se pueden encontrar en una aplicación llana del artículo 22 de la LOPJ a este tipo de procedimientos, hay que afirmar, desde este momento, que dicho artículo es el parámetro competencial a efectos de atribuir el conocimiento de los procedimientos de modificación de las medidas derivadas de un pleito matrimonial y adoptadas en el extranjero.

Y ello por cuanto el TC en su sentencia de 13 de marzo de 2000, afirmó que, en todo caso, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal, es decir, por el artículo 22 de la LOPJ, cuando no sean de aplicación los convenios internacionales y separándose del criterio establecido hasta entonces por el Tribunal Supremo que había venido afirmando, (y aun lo hizo con posterioridad a dicha sentencia aunque en la actualidad haya cambiado de criterio), que la competencia para el conocimiento de un procedimiento de modificación de medidas era de naturaleza funcional y por tanto correspondía al tribunal que había acordado las mismas.

De tal manera, en tales reglas, y sólo en las mismas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir su competencia. Con ello el Tribunal Constitucional otorga el amparo al actor (norteamericano) que vio cómo era inadmitida a trámite su petición de modificación de medidas, primero por el

Juzgado de Familia, y posteriormente por la Audiencia Provincial con base en dos argumentos: la falta de competencia funcional y la falta de reconocimiento previo en España de la sentencia dictada en el extranjero.

Y lo que resulta verdaderamente interesante, es la argumentación del más Alto Tribunal para otorgar el amparo, fundamentado con carácter general en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, toda vez que no puede dejar de ser un parámetro interpretativo muy valioso a la hora de afrontar todas las dificultades prácticas que supone la intervención de ciudadanos extranjeros en los procedimientos y que se verán con más detalle en lo que concierne a la normativa aplicable. En efecto, la referencia se está haciendo a que según el Tribunal Constitucional, las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en los que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción de Estado), responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte, a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la justicia.

Sin embargo, el más Alto Tribunal silencia la segunda de las cuestiones planteadas que no es otra que la relativa a la necesidad del previo reconocimiento de la sentencia extranjera para instar posteriormente en España su modificación.

7. Competencia territorial interna

Pues bien, es también a la luz de esta doctrina constitucional como deben compatibilizarse las reglas de competencia territorial interna contenidas en el artículo 769 de la LEC para los distintos procedimientos de familia, que como se sabe son de derecho necesario y por tanto de carácter imperativo al excluir cualquier pacto en contrario de las partes, con el artículo 22 de la LOPJ, que al contemplar como foro voluntario aquél al que se sometan las partes, puede implicar (al igual que los supuestos en que ambos sean nacionales españoles y no residan en territorio nacional) la declaración de incompetencia del Juez ante el que las partes hayan interpuesto su demanda (o uno sólo de ellos con el consentimiento del otro), cuando ninguno de los litigantes resida en España, cuando no concurra ninguno de los foros subsidiarios, y más aun, cuando ninguno de los litigantes haya residido en España.

Lo que resulta claro, a la luz de dicha doctrina y bajo la observancia de los principios de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva, es que la existencia de tal normativa interna no puede hacer ilusoria la competencia de los Tribunales españoles.

Por ello, la deficiencia legal, ya acaecida y con mayor intensidad bajo la vigencia de la Ley 30/1981, debe ser superada con una aplicación analógica de los foros territoriales contenidos en el art. 769 de la LEC.

Y así, el Magistrado Eduardo Hijas, ha establecido los siguientes criterios [que aun

relativos a la vigencia de la Ley 30/1981 pueden adaptarse a la vigente normativa]:

– En los procedimientos contenciosos en los que el matrimonio, aun no teniendo su domicilio común en España al tiempo de interponer la demanda sí lo ha tenido con anterioridad, será competente el Juzgado correspondiente al último domicilio conyugal en España.

– En supuestos de matrimonios sin domicilio común en España en momento alguno de la vigencia del matrimonio pero que lo haya tenido el demandado en un momento anterior a la presentación de la demanda, será competente el Juzgado de la última residencia en España del demandado.

– Cuando se trate de matrimonios en los que ninguno de ellos vive o ha vivido en España, bien se puede rescatar como foro el del lugar de la celebración del matrimonio como último lugar de residencia conocida en España del demandado; y en el supuesto de que tampoco se hayan casado en España, en el lugar en que le sea más cómodo al accionante y por tanto en aquél en que haya fijado su residencia de forma temporal, lo que en definitiva se corresponde, con lo establecido con carácter novedoso respecto a la legislación anterior en el segundo párrafo “in fine”, del apartado primero del citado artículo 769 de la LEC.

Ahora bien, como ha puesto de relieve algún autor la cuestión, además, ha quedado resuelta por la vigente LEC en su artículo 50. El primer apartado del precepto concreta como fuero general de las personas físicas al tribunal del domicilio del demandado y si éste no lo tuviere en España, al de su residencia en territorio nacional. Por su parte, añade el apartado segundo, aquellos que no cuenten ni con domicilio ni con residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren o en aquél en que radique su última residencia.

8. Declinatoria internacional

Según las normas de la LEC los Tribunales españoles se abstendrán de conocer cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado, así como cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes.

Tal abstención, se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, y tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional.

Con tal regulación se dota de sanción legal a la figura de la denominada declinatoria internacional, ya admitida con anterioridad por la doctrina científica, y que si bien debe ser apreciada de oficio, con mayor razón a instancia de parte de acuerdo con los requisitos previstos en los artículos 63 y ss. de la Ley Procesal vigente. En este sentido merece ser citada la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 10 de abril de 2000 en la que se admite incluso cuando el demandado, declarado en rebeldía, al personarse formula inmediatamente y con carácter principal la declinatoria internacional evitando la sumisión tácita como criterio general para resolver la competencia internacional. Aun siendo tal resolución anterior a la vigencia de la LEC no por ello debe dejar de tener aplicación, máxime cuando, precisamente por tratarse de una cuestión que por ser de derecho necesario debe apreciarse de oficio, se ha admitido su planteamiento en numerosas sentencias al margen de formalidades procesales.

En el ámbito del Reglamento Europeo 1347/2000 igualmente se establecía el

examen de oficio por parte del Tribunal de su falta de competencia. Además, se preveía como cautela que cuando una parte demandada con residencia habitual en un Estado distinto del Estado miembro en el que se hubiera presentado la demanda no compareciera, el órgano jurisdiccional competente suspendería el procedimiento hasta que se tuviera constancia de que dicha parte demandada había estado en condiciones de recibir, con suficiente antelación para defenderse, el escrito de demanda o documento equivalente o que se hubieran practicado todas las diligencias a tal fin.

Con el nuevo Reglamento 2201/2003 la regla de comprobación de la competencia de oficio, se recoge ahora en el artículo 17 con una ligera variación respecto al artículo 9 del anterior Reglamento: en éste se hablaba de comprobación de la competencia a título principal, y tal precisión desaparece en el actual artículo 17.

9. Litispendencia

Serán consecuencia de la falta de exclusividad de las reglas de competencia y por tanto del hecho de que la competencia que puedan tener los Tribunales españoles no implica que sean los únicos que puedan conocer del procedimiento.

Y aun cabe destacar otro supuesto. Será aquél en el que existiendo resolución extranjera en materia de familia se interese su ejecución en España una vez iniciado un procedimiento declarativo sobre la misma materia ante un Juzgado español.

Sin entrar a analizar en profundidad la normativa procesal de su planteamiento destacar dos puntos concretos:

- Que en el ámbito de aplicación del Reglamento Europeo se cuenta con una detallada regulación que además no sólo se centra en la litispendencia sino que también entra a los supuestos de acciones dependientes. Además, con el nuevo Reglamento se observan los siguientes cambios: se hace una referencia expresa a los supuestos de responsabilidad parental antes no recogida. Y en segundo lugar desaparece la regulación diferenciada de los supuestos de litispendencia y acciones dependientes.
- Que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido denegando el exequátur por la existencia previa a la solicitud de reconocimiento de un procedimiento sobre la misma materia y entre las mismas partes ante la Jurisdicción española (Autos de 10.10.85, 19.3.86 y 1.10.86)

II. NORMATIVA PROCESAL APLICABLE

Establecía el artículo 8 del Código Civil en su apartado segundo que “las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España”.

La disposición derogatoria única apartado 2.1º de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, derogó dicho apartado segundo que debe entenderse sustituido por el artículo 3 de la LEC enmarcado en el ámbito territorial de las

normas procesales civiles. Dice así el citado precepto: “Ambito territorial de las normas procesales civiles: Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios Internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se registrarán únicamente por las normas procesales españolas”.

Ello significa que ha de aplicarse, en primer lugar, lo previsto en Tratados y Convenios Internacionales, y que en defecto de los mismos, los Tribunales españoles aplicarán únicamente las normas procesales españolas.

Y ello no es sino consecuencia del principio de territorialidad de las leyes procesales proclamado no sólo doctrinalmente sino igualmente mantenido en otros preceptos legales como los arts. 4, 21 y 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), acerca de los cuales la propia Jurisprudencia del TS ha manifestado que imponen sin duda alguna la aplicación de la norma procesal española a pleitos cuyo Derecho sustantivo rector del fondo del asunto sea extranjero, y ello tanto en procedimientos de naturaleza declarativa como de ejecución (ATS 5.11.1991 y STS 23.10.92) Lo que ha ocurrido en los procedimientos de familia, que ya se ha anticipado en cierta medida al hablar de la jurisdicción de los Tribunales españoles, es que, dada la naturaleza de muchos de los actos procesales que integran los diversos procedimientos (consentimientos, ratificaciones, exploración de menores que alcancen determinada edad e incluso peritajes sobre los mismos....), se ha interpretado en ocasiones que tales normas de procedimiento forman parte del estatuto personal a que se refiere el art. 9 del Código Civil, y por tanto de la ley personal común a que hace referencia el art. 107 Código Civil..

A partir de ahí, las distintas aplicaciones se han orientado en tres direcciones:

- La aplicación del Derecho Procesal español
- La aplicación del Derecho Procesal extranjero
- La aplicación de este último en aquellos trámites procesales que por su naturaleza pueden entenderse tan estrechamente vinculados a la personas que se consideren parte integrante de su estatuto personal.

Con independencia de los problemas prácticos que la aplicación de cualquier norma procesal extranjera supusiera, en algunos puntos comunes a los que presenta la aplicación de la ley sustantiva como luego se verá, y en otros por la dificultad que entraña en muchas ocasiones la celebración de actos no contemplados en nuestra ley procesal, debe acudir a la naturaleza de las normas procesales para entender que la única ley aplicable a los procedimientos tramitados en nuestro país es la española. Naturaleza, que no es otra que la de norma de derecho necesario o *ius cogens* aplicable sin excepciones en todo el territorio nacional y por tanto no susceptible de ser excluida por pacto entre las partes, con la única salvedad de lo dispuesto en los Tratados Internacionales en que España sea parte, los cuales, y en definitiva, tampoco dejan de formar parte de tal normativa procesal interna a tenor de lo dispuesto en el art. 96.1 de la CE (“los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno”)

Debe aquí anticiparse también la existencia de problemas interpretativos ocasionados por la cuestión que plantea la naturaleza de las medidas previas y provisionales, al que ya se ha hecho una pequeña referencia al hablar de la jurisdicción y competencia de los Tribunales españoles.

Pues bien, al no optar el legislador español por la inclusión de una disposición específica que regulara en el ámbito del tráfico externo las medidas previstas en los arts. 103 y 104 del CCiv, una buena parte de la doctrina ha defendido la competencia de la ley española como *lex fori* con fundamento en la naturaleza de esa normativa del Código Civil que califican de procesal.

Posteriormente, y en el apartado de normativa sustantiva aplicable, se verán otras posturas acerca de tales medidas. De momento se cree oportuno traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de julio de 1998 en la que se contempla un supuesto en el que se desestima a la esposa de un matrimonio marroquí la demanda de medidas provisionales de separación por cuanto que la ley de Marruecos, limita la adopción de medidas en atención a la disolución del matrimonio por divorcio, y por tanto con posterioridad al mismo y no con anterioridad a cualquier crisis matrimonial, que unívocamente pasa por el divorcio y nunca por la separación.

Será por tanto la Ley Procesal Española la que regule todos los aspectos procedimentales, a saber: la sentencia de separación y divorcio, su comunicación a los Registros civil, mercantil y de la propiedad que se hallen radicados en territorio español, así como los radicados fuera de España, aunque en este último caso, las anotaciones e inscripciones se regularán por la ley del Estado que creó dicho registro.

Ahora bien, en el ámbito comunitario habrá que tener en cuenta la normativa correspondiente. En concreto y según establece el nuevo Reglamento 2201/2003 la audiencia de un menor en otro Estado miembro puede realizarse por los procedimientos establecidos en el Reglamento nº 1206/2001, relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

III. LEY SUSTANTIVA APLICABLE

1. Ley aplicable a las distintas materias

El artículo 107 Cciv. establecía en su apartado primero que “la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes”.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha dado una nueva redacción a los arts. 9.2 párrafo segundo y 107 CCiv.. La exposición de motivos de la ley justifica la reforma en el “objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y garantizar que disfrutaran de semejantes derechos a los nacionales” y a fin de “garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la emigración”. En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos de

la Comisión de Codificación, el artículo 107 Cciv. Para solventar los problemas que encuentran mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio.

Así, se modifica el párrafo segundo del artículo 9.2 que dispone que “la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107”; y este artículo dispone:

"1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán conforme a la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual del matrimonio si uno de los cónyuges aun reside habitualmente en dicho estado.

En todo caso, será aplicable la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

a) Si no resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público."

De la lectura del precepto se extraen como novedades a destacar:

- ✓ Recoge la nulidad y se decanta por la ley aplicable a su celebración [la doctrina había distinguido siempre entre el art. 9.2 y los arts. 49 y 50].
- ✓ Introduce un foro principal más: la residencia anterior.
- ✓ En el mutuo acuerdo, exime de prueba las causas de separación o divorcio (hay que entender que también en el caso de contencioso pero en el que ambos están de acuerdo en la separación o el divorcio).
- ✓ Excluye la aplicación de causas que pueden atentar contra el orden público.
- ✓ Permite la separación incluso en supuestos en que la ley extranjera solo admite el divorcio.

Pero no todo son ventajas.

Hay que observar que deja igual y sin recoger el tema de la separación de hecho, de manera que deja intacta la posible multiplicidad de leyes aplicables a la separación de hecho en cuanto que las diversas cuestiones suscitadas vendrían reguladas por las respectivas normas de conflicto del ordenamiento jurídico español.

Y por supuesto el precepto, en su nueva redacción, es aplicable estrictamente a la nulidad, separación o al divorcio. Es decir, la ley aplicable ex. artículo 107 establecerá:

- Las causas que los justifiquen.
- La admisión del divorcio por mutuo consentimiento.
- Si los cónyuges pueden o no regular por convenio sus relaciones.
- El tránsito de la separación al divorcio.
- Las consecuencias de una eventual reconciliación de los cónyuges.

Asimismo se regirán por esta ley los efectos directamente derivados del divorcio o separación como son:

- El cese de la presunción de la convivencia.
- La revocación de consentimientos y poderes.
- La disolución del régimen económico matrimonial.

E incluso puede decirse que también regulará (en tanto efectos directamente derivados de la separación o el divorcio):

- El uso de la vivienda.
- La contribución a las cargas familiares.

Sin embargo, y con carácter general, la separación y el divorcio inciden directamente sobre determinadas relaciones, ya sea entre los propios cónyuges, ya sea entre ellos y sus hijos, que devienen desde la celebración del matrimonio y sobre las que influye directamente la suspensión o disolución del vínculo. En tales casos hay que acudir a la ley que rige cada concreta relación, lo que va a tener especial aplicación en materia de patria potestad y régimen económico matrimonial por la previsión expresa de normas de conflicto propias, y ajenas a los efectos de la separación y el divorcio (arts. 9.4 y 9.2 y 9.3).

E igualmente, y es lo que más interesa, con el divorcio o la separación surgen una serie de obligaciones nacidas de la situación nueva que éstos han producido, en cuanto medidas acordadas o adoptadas, pero en cualquier caso derivadas de la declaración de separación o divorcio pero afectantes a dichas relaciones paternofiliales o patrimoniales entre cónyuges.

De tal manera, se hace preciso distinguir:

a) Relaciones paternofiliales

Establece el art. 9.4 CCiv. que “el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paternofiliales, se regirán por la Ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”. Puede ofrecer ventajas cuando es distinta a la que debe regir la separación o el divorcio. Y permite aplicar la ley española a nacidos en España cuya ley nacional no atribuya su nacionalidad (Ej. Ecuador) siendo precisa por tanto la prueba de tal extremo. Además, impide la discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Y en todo caso, la falta de prueba de la nacionalidad conduce a la aplicación de la ley correspondiente a la residencia habitual.

De tal manera se regirán por la ley nacional del hijo:

- Los derechos y deberes derivados del status filii (patria potestad). Será esta ley quien establezca quienes ostentan la titularidad de la Patria Potestad, los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, los modos de ejercicio de la misma, privación, extinción y prórroga.
- El derecho de visita en sentido amplio. Junto a la ley nacional del hijo debe tenerse presente que tal derecho se reconoce también en la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 9.3 precisa: "los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular que indica que "el niño cuyos padres residan en

Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres".

- Guarda y custodia y derecho de visita. En este apartado habrá que tener en cuenta, dado el ámbito de aplicación anteriormente reseñado que va más allá de lo que puede entenderse como "medidas de protección de menores" según el derecho español, el Convenio de la Haya de 1996 que consagra el principio del *forum ius*, o lo que es lo mismo, las autoridades de los estados contratantes aplican su ley. Sin embargo, se introduce un elemento de flexibilidad al permitir, con carácter excepcional y en la medida en la que lo requiera la protección de la persona o los bienes del menor, que estas autoridades apliquen o tomen en consideración la ley de otro estado que esté estrechamente vinculado al supuesto de que se trate. Y así en materia de patria potestad, por ej. tal ley puede tratarse incluso aunque sea la de un estado no contratante.

- Alimentos. Para los países miembros del Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 será de aplicación lo dispuesto en el mismo sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos (que además tiene eficacia *erga omnes*) absorbiendo lo dispuesto en el artículo 9.7 Cciv. Todo lo dispuesto sobre las medidas paternofiliales será aplicable a los hijos no matrimoniales. Un criterio simplificador es acudir a la Ley nacional del hijo reguladora de las medidas derivadas de la ruptura de la convivencia de sus progenitores evitando así la diversificación que puede suponer aplicar las distintas leyes que pueden ser aplicables en razón de la materia de que se trate (guarda y custodia, visitas, alimentos...). La doctrina de las audiencias, sin embargo, es variada.



nuevoDivorcio.com

Portal especializado en tramitación de divorcios y separaciones de mutuo acuerdo

nuevoDivorcio.com

b) Relaciones patrimoniales entre cónyuges

Se puede distinguir:

- Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. La sentencia de separación o divorcio produce la disolución del régimen cuando aquellas sean causas de disolución previstas por CCiv. Y será dicha norma la que determine, además, con qué efectos (materiales, temporales) se produce dicha disolución para las partes.

Habrà que tener en cuenta, no obstante, que la efectiva liquidación solicitada ante los tribunales españoles queda sujeta en sus cauces procesales a la *lex fori*, lo

que exigirá en ciertos supuestos un ajuste de ésta a las exigencias de la norma sustantiva. En lo temporal, será la norma que viene regulando el régimen económico de los esposos la que responda a: cuándo se debe disolver, a partir de qué momento se entiende disuelto y si puede o no tener efectos retroactivos. En lo material dicha norma regulará: cuándo se puede pasar de la disolución a la definitiva liquidación, si existen plazos para solicitar la liquidación, la determinación de la titularidad de los bienes y deudas, la liquidación del activo y del pasivo, el reintegro de las cantidades aportadas, los mecanismos o reglas de valoración, si existe compensación entre los distintos patrimonios o cómo ha de realizarse el crédito que uno pueda tener frente a otro. El problema está en que esté presente un elemento internacional como es el que la situación del patrimonio familiar entre la disolución y la efectiva liquidación. Esta situación de interinidad no sólo afecta a las relaciones patrimoniales de los cónyuges sino también a la de los terceros. Y el problema está en cómo calificar esta situación transitoria de la que depende la ley aplicable al patrimonio (poderes de disposición, deudas y régimen de responsabilidad, etc).

– Pensión compensatoria. La ley aplicable vendrá determinada por su calificación, ya como pensión de alimentos, ya como compensación dentro de la liquidación de la sociedad conyugal, sin perjuicio de que exista en su individualidad en la ley extranjera en cuyo caso será posiblemente que la ley que rijan la separación o el divorcio sea la aplicable.

c) Medidas provisionales

El primer problema se plantea a la hora de hablar de las medidas previas y provisionales reguladas en los arts. 102 a 104 del texto civil, tal y como ya se ha anticipado en apartados anteriores.

Ya se ha visto cómo parte de la doctrina considera tal normativa de carácter procesal y por tanto que la ley aplicable a todos los procedimientos que se sustancien en territorio español con independencia de la nacionalidad común de las parejas intervinientes es la española.

Además de tal opinión, y dentro de considerar aplicable en todo caso la ley española, se encuentra la que piensa que se trata de normas de orden público; y no faltan voces que alegan que la razón de ser de tal aplicación deriva de la valoración de los intereses en presencia.

La tesis contraria y consistente en la aplicación del derecho sustantivo extranjero correspondiente, y que es la que puede apreciarse de la lectura general de la doctrina de las audiencias, encuentra su fundamento en la naturaleza de las medidas contempladas por el derecho español, de carácter eminentemente sustantivo al hallarse íntimamente vinculadas al derecho material aplicable a la nulidad, separación o divorcio, y máxime, si además se tiene en cuenta que en buena medida anticipan la decisión del Juez sobre el fondo del asunto.

Con independencia de las soluciones que deban darse a los problemas prácticos que la prueba del Derecho extranjero ocasiona, a los que luego se hará referencia, hay que considerar, ante todo, la posibilidad de aplicar el derecho propio de los litigantes, que no puede ser negado por una aplicación rasa de la ley española sin más consideraciones, lo que no deja de venir reforzado por la consagración, en el propio artículo 103 del CCiv, de la primacía del acuerdo de las partes para la adopción de estas medidas que, lógicamente, podrán venir referidas a las

contempladas por el derecho extranjero aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado.

d) Procedimientos de mutuo acuerdo

Por último hay que hacer una especial referencia a los procedimientos de mutuo acuerdo. Según la doctrina científica, será la ley aplicable a la separación o al divorcio la que decida si el Convenio Regulador de sus efectos se admite o no, cuáles son las materias sobre las que pueda versar y cuáles aquéllas no disponibles por las partes, estando sometido a su vez este convenio a lo dispuesto en el art. 10.5 CCiv al tratarse de un acuerdo de voluntades cuyo contenido es en buena medida económico.

Tal afirmación se ha matizado en el sentido de considerar que las cláusulas del convenio relativas a las medidas derivadas de la separación o el divorcio habrán de ser compatibles con lo dispuesto por la ley que rige cada una de ellas: así, relaciones paternofiliales o régimen económico matrimonial.

Avanzando un poco más, no hay que dejar de considerar que, consistiendo las reglas que rigen el mutuo acuerdo en nuestro derecho, y en definitiva, en una modalidad procesal a fin de lograr regular los efectos de la separación o el divorcio, ésta siempre podrá ser de aplicación aun cuando la ley personal común de los litigantes no la contemple, o como sucede en algunos supuestos en los que el procedimiento consensuado extranjero no se plasma en un convenio suscrito por los cónyuges sino en una avenencia en vista ante el Juez. De tal manera, habrá que acudir a las distintas normas de conflicto anteriormente citadas para ajustar a las mismas y según su contenido los distintos pactos entre las partes, siendo éstas las que a su vez determinarán cuáles son los extremos sobre los que los cónyuges pueden o no disponer.

A tener en cuenta resulta que la ley aplicable puede contemplar mayor o menor contenido al convenio y a ella habrá que estar no siendo preciso el ajuste a lo dispuesto en el art. 90 Cciv.

e) Uniones de hecho

Hay que afirmar, nuevamente, una falta de previsión legislativa tanto en el ámbito internacional como interno.

En efecto, no contamos con normas estatales específicas que regulen los conflictos de derecho internacional ni interregional relativos a las uniones estables de pareja. Y tampoco se ha efectuado la oportuna clarificación de las existentes por parte del legislador o de la doctrina del TS. Además de incierta, la situación es muy compleja debido a la existencia de las legislaciones autonómicas que sí han establecido normas unilaterales para delimitar el ámbito de aplicación de sus leyes, provocando que las leyes de pareja que coexisten en España no sean aplicadas de forma uniforme y que se produzcan superposiciones y lagunas.

Si acudimos a los estudios doctrinales podemos comprobar que con un carácter general se ha venido distinguiendo entre:

– Ley aplicable a la existencia de las parejas de hecho internacionales donde existen tres vertientes: bien la aplicación de la ley nacional considerando la unión

de hecho como una institución propia del estatuto personal; bien aplicando de manera analógica las normas de derecho internacional privado matrimonial; o bien acudiendo a los principios generales del derecho internacional privado lo que conduce a ponderaciones de la ley nacional, la ley de la residencia habitual o del domicilio o la autonomía de la voluntad.

– Y una vez calificada la “cuestión previa” de si existe o no una pareja de hecho habría que recurrir a las normas de conflicto específicamente previstas para otros efectos que se puedan derivar de la convivencia no matrimonial que se regirán por la ley designada en la correspondiente norma de derecho internacional privado.

Así:

- Alimentos: Convenio de la Haya de 1973.
- Filiación: art. 9.4 CCiv.
- Contratos y donaciones entre los miembros de la pareja: Convenio de Roma de 19 de junio de 1980; art. 10.5 CCiv.
- Derechos reales: art. 10.1 CCiv..
- Derechos sucesorios: art. 9.8 CCiv.
- Responsabilidad extracontractual: (enriquecimiento injusto): art. 10.9 CCiv.

Problemas: No se da respuesta a aquellos casos en los que el miembro de la unión plantee en el mismo litigio pretensiones que puedan remitir a distintas leyes lo que produciría un claro fraccionamiento.

Además, esta calificación fáctica puede suponer que se prescinda tanto de la ley personal como de la ley de residencia de la pareja, siendo esta última la más cercana a la figura de la unión *more uxorio* que se define precisamente por el hecho de la convivencia. Por otro lado, los problemas que plantea el derecho interregional son muy similares a los que surgen en el sector del derecho aplicable en derecho internacional privado: supone la necesidad de arbitrar fórmulas capaces de determinar el derecho aplicable a una situación “privada interregional”. Los problemas técnicos, son los mismos que traen aparejadas las situaciones privadas internacionales ya que el art. 16 CCiv que remite a tales normas se sirve de las técnicas propias del derecho internacional privado.

De ahí que haya que proponer la aplicación a las parejas de hecho interregionales la misma solución conflictual afirmada para las parejas de hecho internacionales.

Y únicamente contamos con dos sentencias:

- SAP Girona de 2 de octubre de 2002: pareja de hecho suiza: no se alega ni se acredita el derecho suizo: parece que el tribunal se decanta por el estatuto personal. En su defecto: ley catalana: aplicación indirecta.
- SAP Navarra de 12 de junio de 2002: conflicto interregional. Aplica por analogía el art. 9.2 Cciv. como norma de conflicto: sin embargo y posteriormente la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Navarra planteó la cuestión de constitucionalidad de la normativa navarra.

2. ¿Autonomía de la voluntad?

En cualquier caso el planteamiento de esta cuestión debe diferenciar entre las medidas relativas a los hijos y las medidas relativas a los cónyuges por cuanto en el primer caso es el Juez el que de oficio debe aplicar la norma de conflicto y

posteriormente la que mejor proteja los intereses del menor.

La solución propuesta por un sector de la doctrina es la de una autonomía de la voluntad limitada a una opción de derecho entre la ley nacional o la ley del domicilio. Es decir, se trata de permitir a los emigrantes “reapropiarse” de una parte de su vida privada al no imponerles una ley nacional de la cual desearían alejarse o una ley del domicilio que negaría su propia cultura.

Eso sí, la admisión de tal opción requiere la información y pleno conocimiento de las consecuencias y efectos de la aplicación de una u otra normativa lo que corresponde a la dirección técnica. Y en esta materia será al juez al que corresponda también velar por que ninguno de los dos cónyuges se vea perjudicado.

3. Prueba del derecho extranjero

Establece el apartado 6 del artículo 12 del texto civil que “Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”.

Este apartado contaba con un segundo párrafo que ha sido derogado por la LEC 1/2000 del siguiente tenor literal: “La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”. El sustituto de este apartado lo encontramos en el nuevo texto procesal civil, apartado segundo del art. 281 LEC. Establece que “también serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación” Por su parte, el art. 323 de dicho texto legal regula los documentos extranjeros, en tanto que el art. 523 se refiere a la fuerza ejecutiva de títulos extranjeros.

Pues bien, hay que decir que el artículo 281 LEC no toma partido por un sistema definido de prueba del derecho extranjero. No se instaura un sistema rígido de prueba del derecho extranjero siempre a instancia de parte o siempre de oficio y se caracteriza por tres premisas:

- el derecho extranjero debe ser siempre probado al igual que deben ser probados los hechos procesales.
- como regla general la prueba del derecho extranjero se practica a instancia de parte.
- sin embargo, el juzgador puede intervenir en la prueba del derecho extranjero empleando los medios de averiguación que estime necesarios.

No existe doctrina del TS interpretadora de este precepto.

Ello no obstante, y ya con anterioridad a su entrada en vigor la STC 10/2000 de 17 de enero, estableció que el juzgador puede probar el derecho extranjero sin previa intervención de las partes al respecto: en principio, queda en total libertad. Pero dicha intervención del tribunal en la prueba del derecho extranjero no puede ser arbitraria, sino razonable, de modo que debe tender a favorecer la tutela judicial efectiva de las partes.

Hasta ahora la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala I del Tribunal Supremo puede calificarse de rigorista y excesivamente exigente. Viene determinada por las siguientes pautas resumidas en la STS de 5 de mayo de 2002 (ponente: Romero Lorenzo)

a) El derecho extranjero es una cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que la invoca. Más en concreto ha exigido que la realicen las partes interesadas y en la primera instancia, no en apelación.

b) Siempre está sujeto a prueba, sin excepciones, porque no rige el iura novit curia y porque tampoco puede prescindirse de su prueba aunque las partes estén de acuerdo en su aplicación.

c) El TS distingue entre normas de conflicto que son las que se limitan a indicar cual es el derecho material aplicable a una relación controvertida, que serán observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal. Bajo la aplicación del art. 12.6, párrafo 2º la Sala I del TS ha seguido manteniendo su centenaria jurisprudencia: si las partes argumentan en base al derecho español e ignoran la aplicación del derecho extranjero ordenada por la norma de conflicto es aplicable el derecho material español.

d) Respecto al objeto de prueba el TS ha precisado con detalle los extremos que deben ser objeto de prueba, que se concretan en los siguientes aspectos:

- contenido del derecho extranjero: el tenor literal de las normas extranjeras.
- vigencia del derecho extranjero: su condición de derecho positivo vigente.
- existencia del derecho extranjero: piénsese en países de reciente creación, que pueden carecer de un ordenamiento jurídico propio o que prolongan la vigencia del derecho del país del que se han separado.
- interpretación concreta de los preceptos aplicables del derecho extranjero: prueba del criterio jurisprudencial seguido en el estado cuya ley resulta aplicable.
- aplicabilidad: del derecho extranjero al caso concreto.

En definitiva, se ha llegado a decir que su aplicación “no debe suscitar la menor duda razonable a los tribunales españoles”

e) Y ya en cuanto a los medios de prueba, la línea jurisprudencial que ha forjado el TS es dominante y rígida:

- documentos públicos o intervenidos por fedatario público (sin embargo, la STS de 17 de marzo de 1992 consideró bastante la fotocopia del diario oficial).
- prueba pericial, que consiste en un informe conjunto y legalizado, realizado por dos jurisperitos del país extranjero propuestos por la parte a la que interesa la aplicación del derecho extranjero y aceptados expresa o tácitamente por la parte contraria. Dos jurisperitos: legalizado y traducido.

Sin embargo, con la perspectiva del nuevo precepto 281.2 LEC y la doctrina constitucional se han modalizado tales exigencias por los Juzgados de familia. Y así, en supuestos en que no se alegue el derecho extranjero cuando de la demanda se desprenda su aplicación se puede otorgar un plazo para subsanar tal defecto procesal, asimismo hay que contemplar la posibilidad de aplicar de oficio en materia de menores la legislación extranjera entendiendo que la misma viene además determinada por las normas de conflicto contenidas en los Convenios internacionales anteriormente citados, y se puede entender también, que la tutela judicial efectiva proclamada en la STC citada obliga al tribunal a intervenir en la

prueba del derecho extranjero y a completarla.

Como curiosidad, Alemania y Suiza disponen de institutos oficiales de investigación que proporcionan al tribunal informes sobre el contenido de derecho extranjero debido a que a mitades del siglo XX se constituyeron en países de recepción de ciudadanos extranjeros.

En España, puede recurrirse al Centro de Documentación Judicial y a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Hay que tener también en cuenta que la SAP de Girona de 19 de mayo de 2000 dejó clara la necesidad de intervención del tribunal, aunque, eso sí, en la averiguación de la vigencia y aplicación del derecho extranjero (concretamente suizo en el caso) aplicando el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero celebrado en Londres el 7 de junio de 1968 a través de dicha Secretaría.

Otros instrumentos vienen constituidos por la Convención Interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979 y los convenios bilaterales de cooperación (México, Brasil, Checoslovaquia, China, Bulgaria, Marruecos, Rusia y Uruguay)

Además se podrán hacer consultas a notarios, diplomáticos españoles y extranjeros. En materia de traducciones habrá que solicitarlo a la Administración competente cuando se tenga el beneficio de justicia gratuita.

Ahora bien, la intervención del Tribunal no puede ser ilimitada porque ni el artículo 281.2º LEC, ni la STC citada, constituyen base para entender que toda la carga de la prueba corresponde al tribunal.

Las partes deben intentarlo de buena fe y aportar al menos un principio de prueba y si no lo consiguen es cuando el tribunal colaborará. Si por el contrario, ni se alega, ni se hace nada para conseguirla, ni para traducirla se aplicará la ley española y los posibles perjuicios que se deriven podrán, incluso, ser responsabilidad de la dirección técnica.

4. Algunas particularidades en la aplicación del derecho extranjero

El art. 12.2 CCiv. recoge lo que se denomina reenvío, admitiendo únicamente el de primer grado o de retorno.

Para empezar, la parte que lo alegue, deberá probarlo. Pero aun admitido, no siempre es obligatorio. La STS de 15 de noviembre de 1996 ha dejado claro que el reenvío no es obligatorio en todos los casos en la interpretación que efectúa del apartado segundo del art. 12 Cciv.

El juez deberá ponderar otras variables:

- armonización internacional de soluciones.
- no vulneración de los principios inspiradores de nuestras normas de conflicto.

5. Interpretación judicial del derecho extranjero

Cierta línea argumental parte del análisis de la naturaleza de la función jurisdiccional para defender su autonomía interpretativa en relación con el derecho extranjero. Y otra línea argumental, consolidada más a nivel de práctica jurisprudencial que doctrinal, parte de la idea de que una correcta verificación de la normativa foránea implica la sujeción de los operadores jurídicos del Estado del foro a la interpretación de la ley aplicable emitida por la jurisprudencia extranjera firme.

En este sentido, no sólo es necesario tener en cuenta el texto de la ley sino también su interpretación por la práctica en el país de origen, de acuerdo con los principios del sistema legal en cuestión, y en función, por tanto, del ordenamiento jurídico al que pertenecen. Así, la actividad del juez, se sitúa, a tenor de lo expresado, en el ordenamiento jurídico extranjero. Entonces la pauta de comportamiento judicial viene marcada por la toma en consideración de la jurisprudencia extranjera a la hora de proceder a su interpretación.

Los tribunales españoles suelen aceptar la interpretación de la ley extranjera traída al proceso en su prueba a través del dictamen de dos jurisprudencias extranjeras, los cuales pueden apoyarse en varias decisiones jurisprudenciales sobre la cuestión.

IV. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

1. En general. Normativa aplicable

El artículo 107 CCiv. en su párrafo segundo establecía que las sentencias de separación y divorcio dictadas por los Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento.

No parece, sin embargo, que la desaparición de dicho apartado en la nueva redacción del precepto signifique que dicha remisión no deba efectuarse, en todo caso, a los todavía vigentes arts. 951 a 958 de la LEC 1881, al haber sido mantenida su vigencia por la LEC 1/2000 “hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”, cuyo proyecto, y pese a haber transcurrido el plazo previsto en dicha disposición, todavía no se ha remitido por el Gobierno a las Cortes Generales.

Como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, ni la citada normativa de la LEC 1881, ni la mayor parte de los Tratados ratificados por España han distinguido entre los que debe entenderse por reconocimiento y ejecución. Siguiendo a la misma, puede hacerse la siguiente distinción:

- Reconocimiento sería la producción por parte de una resolución extranjera de una triple consecuencia consistente en la producción como efectos jurídicos de la cosa juzgada material, el efecto preclusivo o el constitutivo, en que su contenido es considerado vinculante, así como que no puede ponerse en duda su existencia.
- Por su parte la declaración de la ejecutividad de una resolución lleva consigo la posibilidad de acudir a la actividad coactiva del Estado que la haya declarado en

caso de incumplimiento y mediante el correspondiente procedimiento de ejecución.

En cualquier caso la remisión a los preceptos de la LEC 1881 tiene como primera consecuencia que el primer sistema de reconocimiento es el convencional o lo que es lo mismo ha de estarse en primer lugar a lo que dispongan los Tratados Internacionales en los que España sea parte, tal y como establece el artículo 951 de dicho texto legal.

Hay que tener en cuenta, además, que dicha normativa ha sufrido una reciente modificación a través de dos normas:

- Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre de modificación de la LOPJ que modifica el art. 85 de la LOPJ en el sentido de atribuir a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, salvo que con arreglo a los tratados y otras normas internacionales corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.
- Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que modifica el art. 955 de la LEC 1881 para residenciar la competencia territorial de los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas. Subsidiariamente se determinará por el lugar de ejecución o donde aquéllas sentencias y resoluciones deban producir efectos (lo que se entenderá aplicable cuando ambos cónyuges residan en el extranjero).

Es decir, antes eran la excepción los casos en que de conformidad con los tratados internacionales resultaban competentes los Juzgados (Europa todos, y Checoslovaquia, Suiza, Bulgaria, China y Brasil), en tanto que con la nueva regulación la regla general será la competencia de los Juzgados.

2. Países miembros de la Unión «Legislación»

La normativa viene constituida por el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, que deroga –desde el 1 de marzo de 2005– el Reglamento 1347/2000. Sustituye a partir de su entrada en vigor a todos los Convenios bilaterales o multilaterales existentes entre Estados miembros que se refieran a las mismas materias, y ello sin perjuicio de la aplicación de los mismos en aquellas materias a las que no se aplique el Reglamento.

Además el Reglamento, en las materias que regula, tiene primacía sobre la siguiente normativa internacional:

- Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores.
- Convenio de Luxemburgo, de 8 de septiembre de 1967, sobre reconocimiento de resoluciones relativas a la validez del matrimonio.
- Convenio de la Haya de 1 de junio de 1970 relativo al reconocimiento de divorcio y separaciones legales.
- Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.
- Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la

sustracción internacional de menores.

Hay que distinguir entre reconocimiento y ejecución y esta distinción vendrá determinada a su vez por la naturaleza de la resolución.

En efecto, en tanto que el reconocimiento es predicable, en principio, de todas las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en concreto el reconocimiento automático tiene su pleno sentido respecto a pronunciamientos de separación, nulidad o divorcio; por el contrario de la ejecución únicamente son susceptibles las resoluciones recaídas en materia de responsabilidad parental. Además, las segundas no producen efectos de cosa juzgada material y pueden ser modificadas si cambian las circunstancias.

Con algún autor puede realizarse la siguiente clasificación:

a) Reconocimiento automático (por lo que luego existe parte de la doctrina que entiende que el Reglamento no reconoce un reconocimiento automático). Dispone el artículo 21.1 del Reglamento que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Goza de la autoridad de cosa juzgada. Ello tiene su importancia en cuanto a su eficacia en relación con el Registro Civil ya que, según se establece, no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del Registro Civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio dictadas en otro estado miembro y que con arreglo a la legislación de este último ya no admitan recurso. Ahora bien, la práctica totalidad de los Magistrados encargados del Registro ha venido estimando que la facultad de calificación del encargado del Registro Civil se debía extender al control de los requisitos establecidos en el art. 15 del Reglamento 1347/2000 [actualmente artículos 22 y 23 del Reglamento. Se exige siempre la copia auténtica y traducida de la resolución con expresión de su firmeza con arreglo a la Ley del Estado de origen. Además será necesaria la presentación de otros documentos exigidos por el propio Reglamento para hacer las comprobaciones oportunas derivadas de dicha función calificadora. Estas estarán traducidas.

b) Reconocimiento principal. Cualquiera de las partes interesadas puede solicitar que se declare si debe o no reconocerse una resolución. Se trata de ejercitar una acción declarativa sobre la eficacia de la resolución extranjera a través del procedimiento previsto en el propio Reglamento iniciado a tal efecto.

c) Reconocimiento incidental. Es el que se plantea en el seno de un procedimiento de un estado miembro en cuyo caso el órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto. Ello impedirá que se dicte una nueva resolución entre las mismas partes y con el mismo objeto, interponiendo la excepción de cosa juzgada o invocando la ya recaída. Entonces el órgano judicial que esté conociendo del proceso podrá pronunciarse acerca de ese reconocimiento. Los motivos de oposición de ese reconocimiento difieren según se trate de resoluciones en materia matrimonial o de responsabilidad parental.

Entre las primeras puede alegarse :

- que el reconocimiento es contrario al orden público del Estado miembro requerido
- que la resolución se ha dictado en rebeldía del demandado, si no se hubiere

notificado o entregado al mismo escrito de demanda o un documento equivalente en forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que conste de forma inequívoca que el demandado acepta la resolución

- que la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido
- que la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en un Estado no miembro o en un Estado miembro en un litigio entre las mismas partes, cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

Cuando se trate de reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental podrá alegarse:

- que el reconocimiento es contrario al orden público teniendo en cuenta el interés superior del menor
- cuando se dicten sin haber dado al menor la oportunidad de ser oído
- cuando se dicten en rebeldía en iguales circunstancias a las vistas anteriormente
- cuando a petición de cualquier persona que alegue que la resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental se dictaran sin que esta persona haya tenido la oportunidad de ser oída
- si fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido
- si fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor
- si no se haya respetado el procedimiento previsto en el artículo 56 Reglamento CE 2201-03 para situaciones de acogimiento.

Por lo que se refiere a la **ejecución** requiere la intervención judicial a través de la declaración de ejecutoriedad. Es decir, se precisa que un juez las declare ejecutivas. El Reglamento establece su propia regla competencial. El Reglamento solo se refiere a las resoluciones sobre responsabilidad parental que, por el momento, hayan sido dictada a raíz de una acción de divorcio, separación o nulidad.

La iniciación del procedimiento tendrá lugar a instancia de la parte interesada. También ostenta legitimación el Ministerio Fiscal. Presentada, y sin más trámite, ni siquiera la audiencia de las otra parte, el Tribunal se pronuncia, de manera que para ello únicamente examinará si concurre alguno de los motivos que impiden el reconocimiento.

La resolución será apelable ante la Audiencia. Hay que recordar, no obstante, que ni los pronunciamientos sobre alimentos, por ahora, ni las pensiones compensatorias o indemnizatorias, ni sobre el régimen económico matrimonial, están incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento, por lo que, en primer lugar, debe acudir a la aplicación de los Convenios Bilaterales con el país de que se trate, si existiesen, en segundo lugar a la del Convenio de Bruselas (Bruselas I) o finalmente atendiendo al régimen del exequátur general.

Asimismo, merece la pena destacar la facultatividad del sistema de reconocimiento y exequátur.

Los cónyuges que han obtenido una sentencia de separación, nulidad o divorcio

en un Estado participante en el Reglamento no están obligadas a instar el reconocimiento y/o ejecución de tal sentencia en este país.

Pueden interponer una nueva demanda en España y alcanzar mediante una sentencia española el divorcio, la nulidad o la separación. Es decir, no es obstáculo para el divorcio ante los tribunales españoles la existencia de una sentencia extranjera de divorcio no reconocida o no declarada ejecutoria, de manera que no se puede impedir la inscripción registral de la sentencia dictada posteriormente por tribunales españoles y entre las mismas partes.

Eso sí, tendrá sus inconvenientes: la fecha a partir de la que surte efectos el divorcio será la de la sentencia española. Por tanto si se celebra un nuevo matrimonio después de haberse dictado sentencia extranjera pero antes de la sentencia española ese matrimonio podrá ser nulo a no ser que se vuelva a contraer matrimonio en España.

Y ello tiene su base en:

– que pese al tenor literal del art. 21 del Reglamento Reglamento CE 2201-03 no existe un reconocimiento de pleno y automático, de modo que para alcanzar el reconocimiento o el exequátur es preciso instarlo

– que el Reglamento no regula el reconocimiento de resoluciones que niegan el divorcio, la separación o la nulidad lo que permite repetir el proceso en otro país.

El Reglamento 2201/2003 presenta las siguientes novedades que serán aplicables a partir de marzo de 2005:

– todas las correspondientes a la ampliación de su ámbito de aplicación: hijos matrimoniales y no matrimoniales y de responsabilidad parental

– en materia de responsabilidad parental se prevé como causa de denegación del reconocimiento el que no se haya respetado el procedimiento previsto en el artículo 56 Reglamento CE 2201-03 para situaciones de acogimiento y que regula la intervención de la autoridad pública del Estado donde haya de tener lugar el acogimiento: sin dicha intervención no podrá reconocerse la decisión

– el exequátur cambia de nombre y ahora se llama declaración de ejecutoriedad. El procedimiento, sin embargo, no sufre cambios

– la más importante, se suprime la necesidad de exequátur para los pronunciamientos relativos al derecho de visita,

– en cuanto a éstos, se introduce la regla de que la ejecución se realizará según lo previsto en el Estado requerido para las decisiones ejecutivas de dicho Estado.

Además, se permite a las autoridades del Estado de ejecución adoptar dichas modalidades cuando éstas no hubieran sido previstas por el órgano jurisdiccional del Estado miembro que dictó la resolución que confiere el derecho de visita.

3. Resoluciones dictadas en países ajenos a la Unión Europea

Se tendrán en cuenta los siguientes convenios bilaterales:

- Suiza: Tratado sobre la ejecución de sentencias en materia civil y comercial entre España y Suiza hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1896. Hay que tener en cuenta que sobre el mismo prevalece el Convenio de la Haya de 1961 y el de Luxemburgo de 1980.
- Colombia: Convenio sobre ejecución de sentencias civiles entre España y Colombia, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1908.
- República Checa y Eslovaquia: Convenio sobre asistencia jurídica,

reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987 por el que tanto la República Checa como Eslovaquia declaran la vigencia de este Convenio para sus respectivos países. Prevalece no obstante el Convenio de la Haya de 1980.

- México: Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales, en materia civil y mercantil entre España y México hecho en Madrid el 17 de abril de 1989.

- Israel: Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989.

- Brasil: Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre España y Brasil hecho en Madrid el 13 de abril de 1989.

- Bulgaria: Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993.

- China: Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992. Hay que tener en cuenta que China ha ratificado el Convenio de la Haya de 1980 de manera que prevalece sobre este tratado bilateral.

- Rusia: Convenio entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990.

- Marruecos: Convenio de Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.

- Uruguay: Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República oriental de Uruguay hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987.

- Rumania: Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho ad referendum en Bucarest el 17 de noviembre de 1997.



nuevoDivorcio.com

Portal especializado en tramitación de divorcios y separaciones de mutuo acuerdo

nuevoDivorcio.com

Se estará por tanto a lo establecido en dichos Convenios. En su defecto, al principio de reciprocidad. Y en definitiva, habrá que acudir a la doctrina del Alto Tribunal en materia de exequátur, que puede resumirse en los siguientes pasos:

- 1- condiciones del art. 954 LEC :
- ejercicio de una acción personal

- la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita
 - autenticidad de la resolución a reconocer: legalización o apostilla
- 2- Ausencia de rebeldía
- 3- Controles relacionados con el orden público:
- control de la competencia del Juez de origen para excluir el fraude de ley
 - control de la competencia legislativa atemperada por el principio de equivalencia de resultados
 - armonía con las resoluciones y procedimientos españoles
 - armonía con los procesos pendientes en el foro (es la inconciabilidad a que se refiere el Reglamento europeo)