

CRISIS MATRIMONIAL. DIVORCIO Y SEPARACIÓN INTERNACIONAL. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. LEY APLICABLE. EFECTOS EXTRATERRITORIALES DE DECISIONES

I. INTRODUCCIÓN

1. En la actualidad las personas viajan, estudian, trabajan... fuera de su país de origen con mucha frecuencia. En dichas actividades de la vida cotidiana, el amor surge y unas personas contraen matrimonio con otras con las que no comparten nacionalidad o incluso, en ocasiones, residencia habitual común. Estos elementos extranjeros, a veces, junto con otras circunstancias plantean dificultades para que las relaciones conyugales sean duraderas en el tiempo. Son éstos los casos de los que nos ocupamos: el divorcio o separación matrimonial internacional. España es un país donde el índice de divorcio es de los más elevados de Europa. En 2015 se divorciaron 96.562 parejas, mientras que se separaron judicialmente 4.652¹. Muchos de estos divorcios fueron entre matrimonios mixtos. Es decir, matrimonios en los que sus miembros no compartían nacionalidad. En relación al divorcio y a la separación judicial internacional vamos a estudiar la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable y los efectos extraterritoriales de las decisiones dictadas en Estados diferentes al español².

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. Aproximación inicial

2. Las normas existentes para determinar cuándo un juez español podría ser competente para conocer de una separación o divorcio internacional son: el *Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000* (DO L 338/1, de 23 de diciembre de 2003) -en adelante, R. Bruselas II bis- y el art. 22 LOPJ.

3. El R. Bruselas II bis es un reglamento doble. Se ocupa de regular tanto la competencia judicial internacional en materia de divorcio, como los requisitos necesarios para que una resolución dictada en un Estado miembro en materia de

¹ Estadística de separaciones, nulidades y divorcios del año 2015 según datos del Consejo General del Poder Judicial. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/> (consultado el 12 de septiembre de 2017).

² Bibliografía básica: A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Crisis matrimoniales", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Comares, Granada, 2016; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA, "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III", *CDT*, vol. 1, nº1, 2009, pp. 36-71; B. CAMPUZANO DÍAZ, "Uniform Conflict of Law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation", en B. CAMPUZANO DÍAZ/M. CZEPELAK/ A. RODRÍGUEZ BENOT/M^a. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (eds.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011; P. FRANZINA, "The Law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) N° 1259 of December 2010", *CDT*, vol. 3, nº 2, 2011, pp. 85-129; M. ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea (jurisdicción y ley aplicable)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013; I. VIARENGO, "Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, nº 3, 2011.

divorcio, separación o nulidad pueda desplegar efectos en otro Estado miembro diferente al que se dictó.

4. El actual art. 22 LOPJ es fruto de las reformas legislativas que entraron en vigor en octubre de 2015.

Problema jurídico: la Sra. Ortiz, española con residencia habitual en Lisboa, se casó en Las Bahamas con un señor de nacionalidad belga. Actualmente el marido reside en la ciudad de Nueva York. Tras 15 años de matrimonio decide solicitar el divorcio ante tribunales españoles, ¿Van a ser éstos competentes para declarar el divorcio de este matrimonio?

2. **Ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis**

5. Para que el R. Bruselas II bis sea de aplicación es necesario que concurren cuatro aspectos relacionados con su ámbito de aplicación. Estos son:

a. Ámbito temporal: El Reglamento es aplicable a partir del 1 de marzo de 2005 (art. 72).

b. Ámbito espacial: El Reglamento se aplica por las autoridades de todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca (art. 2).

c. Ámbito personal: cualquier cónyuge con independencia de su residencia o no en un Estado miembro o de si su nacionalidad es o no de un Estado miembro puede ser demandado de acuerdo a las normas de competencia del R. Bruselas II bis. El Reglamento no detalla de forma expresa su aplicación *erga omnes* pero así podría entenderse de forma implícita conforme a la interpretación que de los arts. 6 y 7 del Reglamento ha realizado el Tribunal de Justicia de la UE- en adelante, TJUE-.

Asunto López (STJUE de 29 de noviembre de 2007, C-68/07, *López*, Rec. 2007, p. 10403, apartados 18-28). Los hechos del caso podrían quedar resumidos en lo siguiente: La esposa, Sundelind López, de nacionalidad sueca casó con el Sr. López, de nacionalidad cubana. El matrimonio siempre residió en Francia, de hecho la esposa al momento de interponer la acción ante tribunales suecos continuaba residiendo en Francia. Los tribunales suecos se declaran incompetentes debido a que consideraron que había otros tribunales de otro Estado miembro competentes (tribunales franceses) para conocer del divorcio. La esposa recurrió hasta llegar al Tribunal Supremo, el cual lanzó una cuestión prejudicial al TJUE. Éste último consideró que no era posible que un tribunal de un Estado miembro se declarase competente conforme a sus normas de competencia judicial internacional internas cuando existía otro tribunal de otro Estado miembro competente conforme a algún foro del R. Bruselas II bis. Todo ello con independencia de que el demandado tenga residencia en un Estado miembro o en un tercer Estado o sea nacional o no de un Estado miembro.

d. Ámbito material: el Reglamento es aplicable en exclusiva a materia civil relativa al divorcio, separación o nulidad matrimonial y a las medidas relacionadas con la responsabilidad parental (art. 1.1). Sin embargo, no es de aplicación a las cuestiones que señala el art. 1.3 del Reglamento ni tampoco en relación a cuestiones relacionadas con las crisis matrimoniales relativas a (1) los procedimientos

de nulidad matrimonial, de divorcio o de separación de carácter religioso; (2) las causas del divorcio; (3) cuestiones relativas al régimen económico matrimonial; (4) la disolución de las parejas de hecho; (5) las determinación del derecho aplicable³.

3. Foros del Reglamento Bruselas II bis

6. El R. Bruselas II bis recoge una lista de foros múltiples que se caracterizan básicamente por ser alternativos (no hay jerarquía entre ellos) y por ser foros de competencia judicial internacional *strictu sensu*. Es decir, no determinan el concreto tribunal territorialmente competente, para ello habrá que acudir a la normativa procesal de producción interna de cada Estado miembro.

El hecho de que los foros se hayan concebido con ese carácter alternativo ha suscitado críticas por parte de la doctrina. La falta de jerarquía entre los foros sumado a la inexistencia de un foro de sumisión expresa fomenta la carrera hacia el tribunal y el *forum shopping*.

7. Los foros que recoge el presente Reglamento son (art. 3):

a. La residencia habitual de los cónyuges al momento de presentar la demanda.

El señor A de nacionalidad italiana y la señora B de nacionalidad argentina ambos con residencia habitual en España deciden divorciarse y para ello interponen una demanda ante tribunales españoles. Éstos conforme al art. 3 del R. Bruselas II bis tendrán competencia judicial internacional para conocer del divorcio. Así, por tanto es indiferente para precisar la competencia de los tribunales españoles que los cónyuges no compartan la misma nacionalidad (*ad ex.*, SAP Barcelona de 17 de enero de 2014) o que no residan en la misma ciudad dentro de España. Lo relevante es que se pruebe la residencia habitual de ambos en España en el momento de interposición de la demanda, da igual que hayan residido con anterioridad en otro lugar o que cambien su residencia una vez interpuesta la acción, ya que rige la regla de la *prorrogatio fori*.

b. La última residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos resida allí al tiempo de interponer la acción.

Un matrimonio que comparte nacionalidad marroquí decide divorciarse. La residencia habitual común durante el matrimonio ha sido Barcelona, sin embargo, desde hace 2 años el marido reside en Hamburgo. De este modo, cabría preguntarse si podrían ser competentes los tribunales españoles para conocer de este divorcio. Los tribunales españoles podrían ser competentes conforme al art. 3 del Reglamento si la mujer todavía residiera en España, ya que ha sido éste el último país de residencia habitual común. De no ser así, los tribunales españoles no ostentarían competencia judicial internacional vía R. Bruselas II bis.

³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Comares, Granada, 2016, p. 231.

c. La residencia habitual del demandado al tiempo de interponer la demanda.

Un cónyuge de nacionalidad filipina con residencia habitual en Perú demanda a su cónyuge venezolana con residencia habitual en Madrid. La residencia habitual de ambos durante el matrimonio ha sido Bruselas. Los tribunales españoles pueden ser competentes conforme al art. 3 del R. Bruselas II bis para conocer de este divorcio con independencia de que ambos nunca hayan residido en España, de que la nacionalidad de los mismos no sea de un Estado miembro y de que uno de ellos resida en un tercer Estado. Lo relevante es que al momento de interponer la acción el cónyuge demandado tenga su residencia habitual en territorio español. Este es el típico foro del domicilio del demandado. Este foro resulta previsible para los cónyuges ya que es el lugar donde uno de ellos tiene su centro social de vida.

d. La residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en el caso de que se trate de una demanda conjunta.

Un matrimonio de franceses cuya residencia durante todo el matrimonio estuvo en Portugal desea divorciarse. Ella en la actualidad reside en Marbella. Él en Oporto (Portugal). Los tribunales españoles sólo podrán ser competentes vía art. 3 del R. Bruselas II bis siempre y cuando la demanda sea de mutuo acuerdo.

e. La residencia habitual del demandante siempre y cuando haya residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.

La Sra. X de nacionalidad argelina pero residente en Francia desea divorciarse de su marido también argelino pero que actualmente reside en Malta. La Sra. X recibe una interesante oferta de trabajo para trasladarse a España. Los tribunales españoles podrían disponer de un foro de competencia judicial internacional conforme al art. 3 del Reglamento Bruselas I bis siempre y cuando la Sra. X pueda justificar su residencia en España con al menos 1 año de antelación a la presentación de su demanda de divorcio. Este foro podría ser forzado por las partes y hacer competente a un tribunal sin que verdaderamente exista una conexión real con el asunto (A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, Derecho Internacional Privado, vol II, Comares, Granada, 2016, p. 242). Es decir, sin que verdaderamente se haya residido en dicho Estado un año antes de presentar la demanda. En el caso de España, una forma de justificar la residencia habitual es la inscripción en el padrón municipal. El cónyuge demandante puede permanecer inscrito en el mismo sin que en el año anterior a la interposición de la demanda haya permanecido realmente en territorio español.

f. La residencia habitual del demandante siempre y cuando haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la

demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o en el caso del Reino Unido e Irlanda que tenga allí su *domicile*.

Un matrimonio está a punto de divorciarse. Ella acude a asesorarse a un abogado español experto en Derecho internacional privado al que le plantea el siguiente supuesto: ella de nacionalidad española y él de nacionalidad rusa han residido en España hasta hace un par de meses. Ella ha trasladado su residencia a Estocolmo, él a París. La esposa le plantea al abogado si los tribunales españoles podrían conocer de su divorcio. La respuesta es clara, conforme al art. 3 del R. Bruselas II bis los tribunales españoles son competentes siempre que la parte demandante sea española y haya residido en España al menos 6 meses anteriores a la interposición de la demanda. Si ya ha cambiado de residencia antes de interponer la demanda, no tendrían competencia los tribunales españoles para conocer conforme al R. Bruselas II bis.

g. La nacionalidad de ambos cónyuges o en el caso de Reino Unido e Irlanda su *domicile*.

Un matrimonio cuyos cónyuges ostenta nacionalidad española pero también italiana considera que su relación sentimental ha acabado y desean divorciarse. En la actualidad residen en distintos países, él en Emiratos Árabes Unidos y ella en Austria. El marido se plantea interponer la demanda en España pero le surgen dudas de si los tribunales italianos podrían también conocer del asunto debido a también ostentan dicha nacionalidad. Pues bien, en este caso, sería posible que conocieran del asunto tanto los tribunales españoles como los italianos. Al ostentar los cónyuges doble nacionalidad y ambas pertenecer a Estados miembros se consideran que ambas están operativas, no prevaleciendo la de un Estado frente a la otra (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Comares, Granada, 2016, p. 242/STJUE de 16 de julio de 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi*, Rec. 2009, p. I-06871, apartados 49-50).

4. La litispendencia

8. El art. 19 del R. Bruselas II bis es la norma que regula la solución jurídica que debe darse cuando existen dos procesos abiertos en diferentes Estados miembros en los que la causa, el objeto y las partes coinciden. La regla que se sigue es que la demanda interpuesta en primer lugar es la que prevalecería. Es decir, el tribunal donde se ha interpuesto la segunda demanda deberá suspender de oficio el procedimiento hasta que el tribunal del lugar donde se interpuso en primer lugar se declare competente para conocer del divorcio, la separación o la nulidad de un matrimonio. Si este primer tribunal se declarase competente, el tribunal donde se interpuso en segundo lugar la demanda deberá inhibirse a favor del primero (art. 19.3).

9. El citado artículo 19 también es de aplicación para solucionar qué tribunal debe conocer de un asunto en el caso de las acciones dependientes o falsa litispendencia. En otras palabras, se sigue la regla *prior tempore, potior iure* también en los casos en los que un cónyuge interpone demanda de separación en el Estado A pero el otro cónyuge interpone demanda de divorcio en otro Estado diferente, el Estado B.

5. Medidas cautelares y provisionales

10. El art. 20 del R. Bruselas II bis permite a los tribunales de los Estados miembros adoptar en caso de urgencia y de forma temporal las medidas cautelares relativas a las personas o los bienes presentes en el Estado miembro en cuestión de acuerdo a su normativa interna. Estas medidas se pueden adoptar con independencia de que existe otro tribunal competente para conocer sobre el fondo del asunto. Estas medidas tienen efectos exclusivamente en el territorio del tribunal que la dicta. Además, pueden afectar a cuestiones que no necesariamente están incluidas dentro del ámbito material del R. Bruselas II bis, *ad ex*, medidas para proteger los bienes del matrimonio con el fin de evitar la enajenación hasta que se dilucide la liquidación del régimen económico⁴.

6. El art. 22 LOPJ

11. En el caso de que ningún tribunal de ningún Estado miembro sea competente vía R. Bruselas II bis para declarar el divorcio, la nulidad o la separación de unos cónyuges, el art. 7 del mismo Reglamento permite que los tribunales de los Estados miembros puedan declararse competentes si existe algún foro de su normativa de producción interna que se lo permita. Sólo en ese caso podría entrar en escena los foros previstos en el art. 22 de la LOPJ.

El Señor Y de nacionalidad cubana y la Señora X de nacionalidad venezolana contrajeron matrimonio en Madrid en el año 2007. Tras diez años residiendo en España, deciden divorciarse cambiando su residencia a Estados Unidos. ¿Podrían conocer de una demanda de divorcio los tribunales españoles? La única posibilidad de que exista competencia a favor de los tribunales españoles es que los cónyuges hayan pactado someterse a los mismos de acuerdo al art. 22 bis LOPJ. Los tribunales españoles sólo pueden declararse competentes si no existe ningún tribunal de otro Estado miembro competente conforme al Reglamento Bruselas II bis. La aplicación de los foros de la LOPJ es residual.

12. Un aspecto importante es que los foros previstos en el art. 22 LOPJ están previstos estrictamente para la materia relativa al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial, pero no para otras relacionadas como son los alimentos, la pensión compensatoria o las medidas a adoptar relacionadas con los hijos consecuencia de una ruptura matrimonial.

13. Los foros recogidos en materia de crisis matrimoniales en el art. 22 quáter LOPJ son los siguientes:

1. Residencia habitual común en España al momento de interposición de la demanda.
2. Última residencia habitual común en España y todavía uno de ellos sigue residiendo.

⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Comares, Granada, 2016, p. 246.

3. Domicilio del demandado en España.
4. Residencia habitual de uno de los cónyuges en España cuando se trata de demandas de mutuo acuerdo.
5. Residencia habitual del demandante en España siempre que lleve residiendo al menos un año antes de interponer la demanda.
6. Nacionalidad española del demandante siempre que resida en España con al menos seis meses de antelación a la interposición de la demanda.
7. Nacionalidad española de ambos cónyuges.

III.LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN JUDICIAL

1. El Reglamento Roma III

14. El *Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial* (en adelante, R. Roma III)⁵. Este Reglamento es fruto de la cooperación reforzada entre 16 Estados miembros de la UE.

15. Para que el R. Roma III sea de aplicación es necesario que se cumplan sus cuatro ámbitos de aplicación:

a) Ámbito de aplicación temporal: El R. Roma III es de aplicación desde el 21 de junio de 2012. Por lo tanto, se aplica a las demandas de divorcio y de separación judicial posteriores a dicha fecha.

b) Ámbito de aplicación espacial: El R. Roma III es de aplicación por los Estados miembros que participan en el mismo. En concreto dichos Estados son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Rumanía y Portugal.

c) Ámbito de aplicación material: El Reglamento Roma III se aplica a la disolución del matrimonio o relajación del vínculo matrimonial (considerando 10). En concreto es aplicable al divorcio y a la separación judicial en supuestos internacionales, no a procedimientos meramente internos. Este Reglamento es de aplicación a los motivos que dan lugar al divorcio o a la separación judicial, no se aplica al resto de cuestiones que pueden surgir bien antes o después del procedimiento de disolución. La citada norma de conflicto tampoco es de aplicación a los procesos religiosos, únicamente a procesos de separación judicial y de divorcio civiles.

El Reglamento Roma III excluye de su ámbito de aplicación las siguientes materias (considerando 10 y art. 1.2):

- a) *La separación de hecho.* El Reglamento Roma III sólo se ocupa de la separación judicial. Por lo tanto, la Ley aplicable a la separación de hecho vendrá determinada por las normas de conflicto internas de cada Estado miembro.
- b) *La disolución de las parejas de hecho.* Cada Estado miembro decide conforme a su Derecho el tratamiento legal de las parejas de hecho. Así, qué se considera una pareja de hecho o cómo deben constituirse para que dicha unión surta efectos legales se enmarca dentro de la ley de cada Estado. De este modo, es el Derecho internacional privado de cada Estado miembro el que determina la Ley aplicable para la disolución de estas uniones. En particular, en DIPriv. español será la Ley del Estado conforme a la cual se constituyó la pareja de hecho. Si se trata de un ordenamiento donde no es necesario inscripción será necesario atender al art. 9.1 CC o en su defecto se podría recurrir a la conexión de “vinculación más estrecha” (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Comares, Granada, 2016, p. 264).

- c) *Nulidad del matrimonio*. Esta cuestión queda excluida del Reglamento Roma III básicamente porque la Ley aplicable a la nulidad debería ser la Ley aplicable a la validez del matrimonio. Sin embargo, el legislador europeo no quiso entrar en una cuestión tan espinosa debido a la dificultad que podría plantear a los Estados miembros ponerse de acuerdo. Esto es así también debido a que no en todos los ordenamientos se contempla la institución jurídica de la “nulidad matrimonial”.
- d) *Validez del matrimonio*. Este aspecto queda excluido del ámbito de aplicación debido a la dificultad que plantea para los Estados parte llegar a un concepto único y uniforme sobre qué es matrimonio. Esta cuestión está muy relacionada con otro tipo de concepciones y tradiciones sociales arraigadas en los ordenamientos. Así, *ad ex.*, no en todos los Estados de la UE se considera matrimonio a la unión entre dos personas del mismo sexo.
- e) *Consecuencias jurídicas del divorcio*. Aquí se incluirían todas las cuestiones relacionadas con la disolución de un matrimonio, *ad ex.*, responsabilidad parental de los hijos comunes, alimentos, pensiones y prestaciones a la Seguridad Social, liquidación del régimen económico matrimonial, derecho sucesorio, etc.

d) Ámbito de aplicación personal: La aplicación del R. Roma III por las autoridades de los Estados participantes en el mismo es *erga omnes*. Es decir, es aplicable con independencia de la nacionalidad, residencia habitual, domicilio o cualquier otra circunstancia personal o profesional de los cónyuges⁶.

2. Puntos de conexión

16. Los arts. 5-8 del R. Roma III recogen los puntos de conexión que deben tenerse en cuenta para determinar la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Estos son los siguientes:

1. Elección de ley (arts. 5-7).

⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Comares, Granada, 2016, p. 267.

Señor de nacionalidad rusa y señora de nacionalidad española se casaron en San Petersburgo en 2010, lugar donde establecieron su residencia habitual. Tras seis años de matrimonio surgen desavenencias que dan lugar al divorcio. La mujer regresa a España donde interpone una demanda de divorcio ante tribunales españoles. La pregunta surge fácil ¿Qué Ley resultará aplicable a este divorcio entre ruso y española que residieron en Rusia durante todo su matrimonio? Lo primero que debe determinarse es si existe elección de ley. En este caso sí que existe. El matrimonio había pactado en un acuerdo celebrado ante autoridad pública rusa que el Derecho aplicable a su divorcio sería el Derecho español. Para que dicha elección se válida se deben tener en cuenta una serie de requisitos. Estos son los siguientes:

→ Requisitos materiales:

i) *Elección de Ley limitada.* Los cónyuges sólo pueden elegir las leyes que señala el art. 5.1 R. Roma III. Éstas serían: 1) Ley del Estado de la residencia habitual de los cónyuges al momento de celebración del pacto de elección; 2) Ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges, siempre que al menos uno de ellos resida allí al momento de celebración del acuerdo; 3) Ley del Estado que se corresponda con la nacionalidad de los cónyuges al momento de celebración del pacto; 4) Ley del foro.

**En este caso la elección sería válida debido a que se pactó a favor de la Ley española. Ley que se corresponde con la nacionalidad de la mujer al momento de celebración del acuerdo.

ii) *Debe elegirse la ley de un Estado.* No es válida la elección a favor de normas religiosas o normas que no pertenezcan a un ordenamiento jurídico de un Estado concreto. Además, las normas susceptibles de elección son las normas sustantivas de dicho Estado, no se pueden elegir normas de conflicto. Así, por ejemplo, se evitaría el reenvío.

iii) *Debe elegirse una única Ley.* El fraccionamiento de Ley no está permitido (art. 5.1).

iv) La elección de Ley debe ser *realizada por los cónyuges* y ambos deben prestar su consentimiento

→ Requisitos formales (art. 7):

i) El acuerdo debe formalizarse por escrito (indiferente el medio, fax, carta, email...).

ii) Debe estar fechado y firmado por ambos cónyuges.

iii) No es necesario que conste en documento público.

iv) No es necesario haber contado con el asesoramiento de un abogado.

** Además de estos requisitos el art. 7 en sus apartados 2, 3 y 4 señala la posibilidad de que se puedan exigir criterios adicionales para la validez del acuerdo de elección de Ley cuando la Ley de la residencia habitual de ambos cónyuges o la de uno de ellos exija otros requisitos adicionales para este tipo de pactos que los recogidos en el Reglamento.

2. Residencia habitual de los cónyuges al momento de interponer la demanda (art. 8.a).

La Ley aplicable al divorcio en defecto de elección puede ser la de la residencia habitual de los cónyuges al momento de interponer la demanda. El tribunal competente para conocer es el que debe determinar cuál es la residencia habitual de los cónyuges. El concepto de residencia habitual es semejante al que se establece en el R. Bruselas II bis. De este modo, la residencia habitual es el lugar donde las personas tienen su centro social de vida. Todo ello con independencia de que se resida de forma permanente o temporal o de que conste en registros públicos oficiales.

El Sra. X y el Sr. Y ambos de nacionalidad eslovena casaron en 2013 y fijaron su residencia habitual en España. Tras cuatro años de matrimonio deciden divorciarse e interponen la demanda ante tribunales españoles. Los cónyuges no han realizado elección de ley. Por lo tanto, el juez competente deberá atender a los siguientes puntos de conexión del art. 8 R. Roma III. El lugar donde residen los cónyuges al momento de interponer la demanda está en Marbella. El R. Roma III no establece un concepto de residencia habitual, por lo tanto, debe interpretarse tal término en consonancia con el R. Bruselas II-bis. El juez competente, en definitiva, debe determinar el centro social de vida de los cónyuges a fin de poder aplicar la Ley del Estado de su residencia habitual al divorcio.

3. Última residencia habitual de los cónyuges siempre y cuando concurren dos condiciones cumulativas 1) que no haya transcurrido más de un año desde que los cónyuges han puesto fin a la residencia en dicho Estado;2) que uno de los cónyuges continúe residiendo allí (art. 8.b).

La Sra. Díaz de nacionalidad española y el Sr. Lumir de nacionalidad francesa contrajeron matrimonio en Mónaco en 2008. Tras la separación de hecho, la Sra. Díaz regresa a España e interpone demanda de divorcio ante tribunales españoles. En el supuesto de que un tribunal español resulta competente para conocer del asunto debe analizar qué derecho resulta aplicable al divorcio. Tras comprobar que no hay elección de ley ni tampoco ambos continúan residiendo en el mismo país, el siguiente punto de conexión a analizar es la Ley de la última residencia habitual común. Este punto de conexión podría ser de aplicación siempre y cuando el otro cónyuge siga residiendo en Mónaco y además la convivencia común en ese lugar no haya acabado hace más de un año. Esta Ley presenta una conexión cercana y real con los cónyuges.

4. Nacionalidad común de los cónyuges al momento de interponer la demanda (art. 8.c).

Cónyuges de nacionalidad italiana se trasladan a Madrid en 2014 con el fin de mejorar sus carreras profesionales. En el verano de 2016 deciden poner fin a su convivencia regresando el marido a Roma. Ella se queda en España e interpone demanda de divorcio ante tribunales españoles, en el caso de resultar competentes, éstos observarán que no han elegido el Derecho aplicable a su divorcio, que tampoco residen actualmente en el mismo Estado y ya hace más de un año que no conviven juntos, por lo que será la Ley de su nacionalidad común la aplicable al divorcio.

Ante la falta de elección de la ley, de residencia habitual presente o pasada, de nacionalidad común de los cónyuges, es posible que la Ley aplicable al divorcio sea la Ley del foro.

Cónyuges que no comparten nacionalidad residen en EE.UU. tras casarse en la República Dominicana en el año 2000. Tras más de 15 años de matrimonio, el marido de nacionalidad portuguesa regresa a su país de origen, mientras que ella, de nacionalidad española, pone rumbo a China para embarcarse en un nuevo proyecto empresarial. Si la demanda se interpusiera ante tribunales españoles y éstos resultaran competentes para conocer del asunto, el juez español podría en defecto de los puntos de conexión anteriormente mencionados aplicar la Ley española a este divorcio.

IV.EFECTOS EN ESPAÑA DE SENTENCIAS DE DIVORCIO DICTADAS EN EL EXTRANJERO

1. Normativa

17. Las normas a las que es necesario atender para determinar cómo una sentencia de divorcio extranjera puede ser reconocida en el ordenamiento español son:

- 1) El Reglamento Bruselas II bis.
- 2) Los Convenios internacionales firmados por España sobre la materia.
- 3) La normativa de producción interna española.

2. El reconocimiento de una sentencia de divorcio en España vía Reglamento Bruselas II bis

A. Introducción

18. Los mecanismos existentes para que una sentencia extranjera pueda desplegar sus efectos en España son el reconocimiento y el exequátur. Cada mecanismo brinda la posibilidad de obtener aspectos diferentes que puede presentar una resolución judicial. Así, para conseguir efectos procesales (efectos de tipicidad o de cosa juzgada) de una resolución extranjera en un país diferente a la que se dictó será necesario recurrir al procedimiento de *Reconocimiento* mientras que para los efectos ejecutivos será necesario atender a un procedimiento de *Exequatur*.

Las sentencias que declaran el divorcio son declarativas, éstas conceden o deniegan el divorcio. No hay nada que ejecutar al respecto. Por ese motivo, el procedimiento de *exequatur* no es relevante, por eso nos vamos a centrar en el reconocimiento. Hay aspectos como los económicos derivados de un divorcio (liquidación del régimen económico, pensión de alimentos...) que sí son susceptibles de ejecución. Sin embargo, estas cuestiones están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis.

B. Requisitos para que una resolución quede cubierta por el Reglamento

19. Una resolución de divorcio puede desplegar efectos extraterritoriales conforme al Reglamento Bruselas II bis si se cumplen los siguientes criterios (arts. 2 y 21 R. Bruselas II bis):

- a) La resolución de divorcio, separación o nulidad debe ser dictada por una autoridad de un Estado miembro.
- b) La resolución debe versar sobre la declaración o denegación de un divorcio. Otras cuestiones que se deriven del divorcio incluidas en la resolución (*ad ex.*, reconocimiento de una pensión compensatoria a favor de un cónyuge) no van a quedar incluidas en el reconocimiento vía Reglamento Bruselas II bis.
- c) La resolución debe haber sido dictada con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II-bis.

¿Qué sucede con las resoluciones de disolución del vínculo matrimonial dictadas por las autoridades religiosas?

Estas resoluciones no pueden ser reconocidas mediante el R. Bruselas II bis. Esto es así debido a que falla uno de los criterios necesarios, dichas resoluciones son dictadas por autoridades eclesiásticas, las cuales no son consideradas autoridades de los Estados miembros.

C. Clases de Reconocimiento

20. El Reglamento Bruselas II bis establece diferentes mecanismos para que una sentencia de divorcio puede desplegar efectos en un Estado diferente al que se dictó. En particular, los diferentes reconocimientos que se recogen en el citado Reglamento son:

1) *Reconocimiento incidental*. Dentro de este tipo de reconocimiento es posible diferenciar entre el *reconocimiento incidental registral* y el *reconocimiento incidental judicial*. El reconocimiento incidental registral es una vía para inscribir la sentencia de divorcio, separación o nulidad en el Registro Civil sin necesidad de superar un procedimiento específico, *ad hoc* de reconocimiento (art. 21.2 R. Bruselas II bis). Para ello, será necesario que la sentencia sea firme y se presente un formulario destinado al efecto. El *reconocimiento incidental judicial* permite el reconocimiento de la sentencia de divorcio en el curso de otro procedimiento que se solventa en otro Estado miembro diferente al que dictó la resolución (art. 21.4 Reglamento Bruselas II bis). Este reconocimiento permite que la sentencia procedente de otro Estado miembro tenga efectos en el asunto concreto en el que se ha hecho valer.

2) *Reconocimiento por homologación*. El R. Bruselas II bis recoge también un procedimiento específico para que la sentencia de divorcio, separación o nulidad sean reconocidas con efectos *erga omnes*. En el ordenamiento español el juez competente para este procedimiento es el juez de 1ª instancia. Del mismo modo que existe una acción para solicitar el reconocimiento, existe otra que permite justo lo

contrario la declaración de “no reconocimiento” (art. 21.3 R. Bruselas II bis). Para ambos procedimientos se debe atender a lo dispuesto por el R. Bruselas II bis para el *exequatur*.

D. Requisitos para superar el reconocimiento

21. Una sentencia de divorcio, de separación o nulidad no va a ser reconocida en otro Estado miembro de plano. El Reglamento Bruselas II bis exige cierto control sobre las resoluciones dictadas en los Estados miembros para que puedan desplegar efectos. De este modo, el juez o la autoridad pertinente debe controlar que no concorra ninguno de los motivos de rechazo recogidos en el art. 22 R. Bruselas II bis. Además, es necesario que se presenten una serie de documentos, que de no hacerse darían lugar a la denegación del reconocimiento. Aun así, el juez del Estado requerido no puede denegar el reconocimiento porque existan diferencias en el derecho aplicable (art. 25 R. Bruselas II bis), *ad ex.*, porque conforme a la legislación interna del Estado requerido el divorcio no se hubiera concedido. Esto puede suceder si el divorcio se concedió en el Estado de origen por una causa que el Estado de destino no contempla en su legislación. Esta regla que establece el R. Bruselas II bis para conceder el reconocimiento a pesar de las diferencias normativas entre Estados miembros tiene que ver con la prohibición de que los tribunales revisen el fondo para conceder el reconocimiento de una sentencia procedente de otro Estado miembro (art. 26 R. Bruselas II bis).

Control que debe superar una sentencia de divorcio para ser reconocida en España vía Reglamento Bruselas II bis:

1. **Documentación.** Se debe presentar (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Comares, Granada, 2016, p. 339):
 - a. Una copia de la resolución;
 - b. Formulario conforme al art. 39 RBII-bis;
 - c. Documento que justifique la notificación de la demanda (este documento es necesario únicamente cuando la resolución ha sido dictada en rebeldía).
2. **No concurrencia de ningún motivo de rechazo del art. 22 RBII-bis.** Estos son:
 - a. La sentencia de divorcio, separación o nulidad no debe ser contraria al orden público del Estado requerido.
 - b. No debe vulnerar los derechos de defensa.
 - c. No debe ser una resolución inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido.
 - d. No debe ser una resolución inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes.

3. Reconocimiento en España de sentencia de divorcio vía régimen de producción interna

22. En el supuesto de que no sea aplicable el Reglamento Bruselas II bis ni tampoco ninguno de los Convenios operativos firmados por España en la materia, la norma aplicable al reconocimiento de una sentencia extranjera será la Ley de

cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en adelante, LCJIMC). En concreto, se deberá atender a los arts. 41-61 del citado texto.

23. Las cuestiones a destacar relativas al reconocimiento podrían quedar resumidas en las siguientes:

a. Existe tanto la posibilidad de solicitar un reconocimiento incidental como por homologación.

b. El reconocimiento no es de plano, es necesario que la sentencia no concurra en ninguno de los motivos de rechazo del art. 46 LCJIMC.

c. La autoridad competente es el juez de 1ª instancia del domicilio de la persona contra la que se insta el reconocimiento o en el caso de no tener domicilio en España, podría ser competente el juez del lugar donde la resolución va a desplegar efectos.

d. Los documentos que se deben presentar para instar el reconocimiento son: 1) la sentencia de divorcio extranjera; 2) el certificado de matrimonio.

e. No se revisa el fondo de la sentencia, es indiferente que el Derecho aplicado por el juez de origen haya sido diferente al que hubiera correspondido conforme a las reglas de Derecho Internacional privado español.

Caso A. El Sr. Rodríguez de nacionalidad española se divorció ante tribunales austriacos de la Sra. Herbert de nacionalidad alemana. El Sr. Rodríguez ha vuelto a España tras el divorcio y desea contraer nuevas nupcias. Para ello se plantea la necesidad de que la sentencia de divorcio dictada en Austria despliegue efectos en España. De este modo el Sr. Rodríguez debe tener en cuenta lo siguiente:

-Norma aplicable: Debido a que la sentencia de divorcio ha sido dictada en un Estado miembro la norma aplicable para determinar los efectos de dicha resolución es el Reglamento Bruselas II bis.

-Vías para desplegar efectos: Al tratarse las sentencias de divorcio, de separación o de nulidad sentencias declarativas los efectos que van a desplegar son únicamente procesales. Por lo tanto, el reconocimiento es el mecanismo necesario para que pueda desplegar efectos una sentencia de divorcio extranjera en España.

-Procedimiento: el reconocimiento puede ser incidental o por homologación. También el R. Bruselas II bis le permitiría al Sr. Rodríguez inscribir la sentencia de divorcio en el Registro Civil directamente sin necesidad de superar un procedimiento específico. Ya se siga uno u otro reconocimiento, para que la sentencia de divorcio sea reconocida será necesario que no concurra ninguno de los motivos de rechazo del art. 22 del Reglamento y además se presente una copia de la resolución junto con el formulario que se recoge en el anexo I del R. Bruselas II bis.

Caso B. La Sra. Pérez de nacionalidad española casó con colombiano en Cuba en 2005. Tras 10 años de matrimonio y de residencia en Bogotá, un tribunal colombiano dicta el divorcio. Ahora la Sra. Pérez de regreso a España y con ánimo de rehacer su vida, quiere que la sentencia de divorcio colombiana surta efectos en España. ¿Cómo lo puede hacer? Debido a que es una sentencia dictada en un tercer Estado no es posible aplicar el R. Bruselas II bis. Por tanto, será necesario averiguar si existe algún Convenio sobre la materia suscrito entre Colombia y España. Como consecuencia de que no existe tal Convenio bilateral será necesario acudir a la normativa española de producción interna, en concreto los arts. 41-61 LCJIMC. La Sra. Pérez debería acudir al juez de 1ª instancia de la persona contra la que se insta el reconocimiento o en el caso de no tener domicilio en España, podría ser competente el juez del lugar donde la resolución va a desplegar efectos. El juez español para reconocer la sentencia colombiana no va a revisar si el juez del Estado de origen tenía competencia para conocer o el Derecho que aplicó. En definitiva, los extremos a controlar son que no concurran ninguno de los motivos de rechazo del art.

V. El divorcio o separación ante autoridad notarial

24. El divorcio ante notario es válido en el ordenamiento español desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria⁷. Esta cuestión novedosa en nuestro ordenamiento se va a estudiar desde una doble vertiente, interna e internacional.

25. Desde un punto de vista *interno* para poder acudir al notario a divorciarse es necesario tener en cuenta lo siguiente:

1. El divorcio deber ser de mutuo acuerdo (art. 54.1 Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862).

2. El matrimonio no puede tener hijos menores de edad ni tampoco hijos incapacitados judicialmente (art. 54.1 Ley del notariado/art. 82.2 Código Civil). Así, por tanto, el divorcio ante notario cuando la mujer está embarazada tampoco sería posible. Más dudas se plantean cuando existen hijos menores o discapacitados que son sólo hijos de uno de los cónyuges. Desde nuestro punto de vista, se debería excluir esta posibilidad y acudir al juez.

3. El divorcio se formaliza en escritura notarial (art. 82.1 Código Civil). En dicha escritura deben aparecer dos extremos: 1) la declaración de voluntad de los cónyuges que desean divorciarse; 2) el convenio regulador (art. 90 CC). En cuanto al contenido del convenio podría ser necesario incluir todos o algunos de los siguientes aspectos, todo ello dependiendo del divorcio en cuestión: 1) la liquidación del régimen económico matrimonial; 2) la fijación de una pensión compensatoria; 3) la atribución de la vivienda y el ajuar familiar; 4) la contribución de cada cónyuge a las cargas familiares.

4. Deben estar presentes ambos cónyuges. No es posible un divorcio ante notario otorgando un poder notarial para que uno de los cónyuges no comparezca. Ambos deben firmar el acta notarial.

5. La asistencia de abogado (art. 54.2 Ley del notariado). La escritura de divorcio requiere de la presencia y firma de al menos un abogado en ejercicio. La ley no exige que cada cónyuge esté presente ante el notario con un abogado. Es decir, los cónyuges podrían compartir letrado.

⁷ BOE núm. 158 de 3 de julio de 2015.

6. El consentimiento de los hijos mayores de edad (art. 82.1 Código Civil). En el caso de que el matrimonio tenga hijos mayores de edad o emancipados deben prestar su consentimiento. Esto es importante especialmente cuando se trata de hijos que carecen de ingresos y las medidas económicas adoptadas tras el divorcio de sus padres les pueden afectar.

26. Desde un punto de vista *internacional*, el notario como autoridad pública española, no debe obviar la normativa de Derecho Internacional privado para poder declararse competente o determinar el Derecho aplicable cuando el divorcio presenta elementos extranjeros. Así, por tanto, debe tener en cuenta lo siguiente:

En cuanto a la competencia judicial internacional, el notario es considerado órgano jurisdiccional como autoridad pública que es para el ordenamiento español. Así debe aplicar el R. Bruselas II bis para declararse competente para conocer de un divorcio extranjero. El notario debe comprobar de oficio si es competente conforme a los foros del citado Reglamento (art. 3). Las partes tienen cierta libertad para elegir el notario al que acudir a divorciarse. Así, podrían elegir entre el notario del lugar correspondiente al último domicilio o residencia habitual común de los cónyuges o del domicilio o residencia habitual actual de cualquiera de ellos.

En relación al Derecho aplicable, del mismo modo que sucedía con el Reglamento Bruselas II bis, el notario también es considerado órgano jurisdiccional a efectos de aplicar el Reglamento Roma III (considerando 13). Así, para determinar qué derecho es aplicable al divorcio deberá atender a lo dispuesto en los arts. 5 a 8 del Reglamento Roma III.

Respecto a los efectos que puede desplegar la escritura notarial que divorcia o separa a los cónyuges decir que es necesario diferenciar si se pretende que despliegue efectos en un país europeo o en un tercer Estado. Si los cónyuges quieren que su acta notarial despliegue efectos en otro país europeo se debe atender a lo dispuesto por el R. Bruselas II bis. La escritura notarial es considerada a efectos del art. 1.4 del R. Bruselas II bis una resolución. En el supuesto de que se pretenda que la escritura notarial española despliegue efectos en un tercer Estado es necesario atender a los Tratados o Convenios suscritos por España y el país donde se pretende hacer valer dicho documento público. En defecto de Convenio internacional serán las normas de Derecho internacional privado del país extranjero en cuestión donde se quiere hacer valer la escritura notarial de divorcio las que determinen el procedimiento necesario a seguir⁸.

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol II, Comares, Granada, 2016, p. 346.

La Sra. Domínguez de nacionalidad mejicana y el Sr. Ramírez de nacionalidad española desean divorciarse. Ambos están de acuerdo. Además no tienen hijos ni menores ni con la capacidad modificada judicialmente, por lo que el abogado de la familia decide aconsejarles que acudan al notario. La Sra. Domínguez le plantea las siguientes cuestiones al abogado:

- El matrimonio tiene un hijo de 25 años ¿Debe comparecer ante notario?, Sí debe comparecer y además dar su consentimiento (art. 82.1 Código Civil);

- Ahora ella reside en Londres, ¿Sería posible acudir al cónsul español en Londres para solicitar este tipo de divorcio? No, aunque los funcionarios diplomáticos o consulares pueden tener atribuidas funciones notariales no puede llevar a cabo escrituras de divorcio o separación (art. 82.1 Código Civil);

- Debido a que ella es de nacionalidad mejicana le gustaría hacer valer el documento público notarial español en Méjico para también poder estar divorciada allí, ¿Esto es posible? Sí, lo es, pero debido a que entre España y Méjico no hay un convenio sobre divorcio es necesario atender a las normas de producción interna mejicanas sobre reconocimiento y ejecución de documentos públicos extranjeros.

Autora: ISABEL ANTÓN JUÁREZ

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid

