

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho



EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES

SOBRE CRISIS MATRIMONIALES EN EL

MARCO DE LAS RELACIONES HISPANO COLOMBIANAS

Tesis presentada por Dña. Gisela Moreno Cordero

Dirigida por el Prof. Dr. D. Ricardo Rueda Valdivia

(Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada)

Granada

2015

Editor: Universidad de Granada.Tesis Doctorales
Autor: Gisela Moreno Cordero
ISBN: 978-81-9125-071-5
URI: <http://hdl.handle.net/10481/40005>

INDICE

ABREVIATURA.....	13
INTRODUCCION.....	21

CAPITULO PRIMERO

EL CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA DE 30 DE MAYO DE 1908 SOBRE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CIVILES

I. EL CONVENIO DE 1908 Y SU CONTEXTUALIZACIÓN EN EL MARCO DE LA POLÍTICA CONVENCIONAL ESPAÑOLA Y COLOMBIANA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE DECISIONES.....	38
1. Panorama convencional español y colombiano en cuestión de reconocimiento de decisiones en materia civil.....	38
2. Breve aproximación comparada al régimen al régimen convencional	45
A) Condiciones para el reconocimiento.....	45
a) Firmeza y ejecutoriedad.....	45
b) Competencia judicial internacional del tribunal de origen de la decisión.....	47
c) Regularidad del proceso.....	50
d) Condiciones relativas al fondo.....	51
i) Ausencia de control de fondo.....	51
ii) Control de la ley aplicada.....	52

iii) Orden público.....	55
e) Inconciliabilidad con decisión preexistente en el foro o en un tercer estado.....	58
B) Tipos de reconocimiento.....	62
C) Procedimiento de execuatur.....	65
II. ANÁLISIS DEL CONVENIO DE 1908.....	67
1.Ámbito de aplicación material: ¿inclusión de decisiones no judiciales sobre crisis matrimoniales?.....	67
2. Condiciones de reconocimiento.....	78
A) Condiciones de reconocimiento previstas en el CHC.....	79
a) Firmeza y ejecutoriedad	79
b) No oposición a las leyes vigentes en el Estado de ejecución.....	88
B) Condiciones para el reconocimiento no previstas en el CHC.....	90
a) Notificación del demandado rebelde.....	91
b)No contrariedad con la decisión o con proceso abierto en el estado requerido.....	99
i) Consideraciones generales.....	99
ii) Supuestos de inconciliabilidad entre causas matrimoniales y entre pronunciamientos accesorios... ..	106
iii) Inoperancia de la inconciliabilidad como causa de denegación de reconocimiento de las	

resoluciones de modificación por cambio de circunstancias en el país de origen de la resolución modificada.....	125
c) Control de la competencia judicial internacional.....	131
i) Finalidad del control y recurso a la técnica de bilateralización de foros.....	133
ii) Control de la competencia por parte de las autoridades colombianas.....	135
iii) Control de la competencia por parte de las autoridades españolas.....	140
iv) ¿La falta de competencia como causa de denegación del reconocimiento recíproco de decisiones sobre crisis matrimoniales?.....	143
v) Control de la competencia respecto de las cuestiones accesorias relativas a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, las obligaciones alimenticias a favor de los hijos, así como las relativas al régimen de custodia y visitas.....	146
d) Control de la ley aplicada.....	155
3. Remisión convencional a las reglas de procedimiento del estado requerido.....	156

CAPITULO SEGUNDO

RECONOCIMIENTO EN COLOMBIA DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS SOBRE CRISIS MATRIMONIAL

I. RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS DE DIVORCIO	161
1. Invocación conjunta por parte de las autoridades colombianas de los regímenes convencional y autónomo	161
2. Obstáculos al reconocimiento de sentencias españolas de divorcio.....	164
A)Control indirecto de la ley aplicada.....	165
a) Verificación de la aplicación de la “ <i>ley del domicilio conyugal</i> ”.....	165
b) Comprobación de la identidad causal	168
B)El rechazo jurisprudencial al reconocimiento de sentencias recaídas en procedimientos inicialmente contenciosos y convertidos a procedimientos de mutuo acuerdo.....	186
C)Imposibilidad de convertir el procedimiento de	191

separación en procedimiento de divorcio	
D) Contrariedad de divorcio español de matrimonio homosexual con el orden público colombiano.....	192
3. Efectos en Colombia de las sentencias españolas de divorcio.....	205
A) Reconocimiento de la disolución del vínculo y posible atribución de efectos a los pronunciamientos accesorios en caso de denegación del pronunciamiento principal.....	205
B) Posible atribución a la sentencia extranjera de divorcio de los efectos de la sentencia de separación: art. 164 C.c.c. <i>in fine</i>	209
C) Necesidad de iniciación del procedimiento de divorcio en Colombia: inconvenientes.....	209
a) Efecto negativo de la culpa en causales subjetivas y objetivas.....	211
b) Incidencia de la caducidad y la legitimación en la determinación de los efectos conexos al divorcio fundado en causales subjetivas y de la caducidad.....	215
D) Consideraciones sobre la atribución de efectos directos en Colombia a sentencias españolas de divorcio de matrimonio civil extranjero.....	218
4. La elección de ley como solución a los problemas de	

reconocimiento en Colombia de sentencias españolas de divorcio.....	224
II. Reconocimiento de sentencias españolas de separación y de nulidad matrimonial.....	237

CAPITULO TERCERO

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE SENTENCIAS DE DIVORCIO

I. APLICACIÓN Estricta DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL.....	241
II. ¿DEROGACIÓN DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL A EFECTOS DEL REGISTRO CIVIL?.....	242
1. Sujeción en aplicación de la normativa convencional al trámite de <i>execuátur</i> de decisiones colombianas sobre crisis matrimoniales.....	242
2. Exención del trámite de <i>execuátur</i> en la legislación registral española	244
A) Artículo 84.1 RRC.....	244
B) Artículo 96 LRC 2011.....	249
a) El reconocimiento automático como	

alternativa al <i>execuátur</i> para la inscripción en el Registro Civil de sentencias extranjeras.....	249
b) Requisitos para el reconocimiento automático de las decisiones colombianas sobre crisis matrimoniales.....	251
i) Firmeza, regularidad y autenticidad.....	251
ii) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.....	253
iii) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.....	257
iv) Que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.....	257
c) Repercusión de la no inclusión de la inconciliabilidad entre los requisitos para el reconocimiento automático.....	259
d) Mecanismos de defensa en caso de denegación	277

del reconocimiento.....	
e) Art. 96 LRC 2011 V. art. 84.1 RRC.....	278
3. Posible invocación de la legislación registral española frente a la normativa convencional sobre la base del favor recognitionis.....	281

CAPTULO CUARTO

EFICACIA CIVIL EN COLOMBIA DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS ESPAÑOLAS Y EN ESPAÑA DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS COLOMBIANAS

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	286
II. EFICACIA DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS EN COLOMBIA.....	288
1. Régimen Concordatario entre la Santa Sede y Colombia. Eficacia civil de las decisiones canónicas en Colombia. Distribución de las competencias civiles y canónicas en causas matrimoniales.....	288
2. Control de la decisión eclesiástica por parte de la autoridad judicial colombiana.....	293

3.	Efectos de las decisiones de nulidades canónicas en el ordenamiento colombiano.....	297
III.	EFICACIA DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS EN ESPAÑA.....	301
1.	Régimen Concordatario ente la Santa Sede y España.....	301
2.	Alcance del término “eficacia” en los arts. VI.2 del Concordato de 1979 y 80 C.c.e.....	306
3.	El ajuste al derecho del Estado Español.....	312
A)	Procedimiento para la declaración de eficacia civil de las resoluciones canónicas.....	316
B)	Condiciones para el reconocimiento de las decisiones eclesíásticas.....	319
a)	Condiciones exigidas por el art. 954 LEC 1881.....	319
i)	Que las ejecutorias provengan de una acción personal.....	322
ii)	Que no haya sido dictadas en rebeldía.....	322
iii)	Que la obligación para cuyo cumplimiento haya sido lícita en España.....	339

iv) Que la carta ejecutoria haya sido considerada auténtica en el país donde se haya dictado y en España.....	341
b) Condiciones incorporadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el régimen de eficacia de decisiones extranjeras.....	342
i) ¿Control de las competencias jurisdiccionales de los tribunales eclesiásticos?.....	342
ii) Inconciliabilidad de la decisión canónica.....	348
i') Aproximación inicial a la inconciliabilidad de decisiones en este ámbito.....	348
ii') La inconciliabilidad en las causas matrimoniales.....	352
iii') La inconciliabilidad en los pronunciamientos colaterales: Posturas jurisprudenciales y valoración crítica de este control en el ámbito de las decisiones canónicas.....	356
IV. REPERCUSIÓN DE LA DISTINTA REGULACIÓN CONCORDATARIA VIGENTE EN ESPAÑA Y EN COLOMBIA EN EL RECONOCIMIENTO RECÍPROCO DE LAS DECISIONES CANÓNICAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS DE UNO Y OTRO PAÍS.....	379

V. EFECTOS DE LAS DECISIONES CONÓNICAS EN EL ESTADO REQUERIDO.....	383
VI. ¿RECONOCIMIENTO REGISTRAL DE LAS DECISIONES CANÓNICAS ?.....	385
CONCLUSIONES.....	389
BIBLIOGRAFIA.....	479

ABREVIATURAS

<i>AC</i>	Actualidad Civil
<i>AD</i>	Anales de Derecho
<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil
<i>ADE</i>	Anuario de Derecho Eclesiástico
<i>ADI</i>	Anuario de Derecho Internacional
<i>AEDIPr</i>	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
<i>AFD</i>	Anales de la Facultad de Derecho
<i>AP</i>	Audiencia Provincial
<i>Art.</i>	Artículo
<i>AS</i>	Asunto
<i>ATS</i>	Auto del Tribunal Supremo
<i>BIB</i>	Bibliografía
<i>BIMJ</i>	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
<i>B.O.E.</i>	Boletín Oficial del Estado
<i>B.O.</i>	Boletín Oficial
<i>CDFUE</i>	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<i>c.</i>	Cánon.
<i>C.c.c</i>	Código Civil Colombiana
<i>CCC</i>	Corte Constitucional Colombiana

<i>C.c.e.</i>	Código Civil español
<i>CDC</i>	Código de Derecho Canónico
<i>CIA</i>	Código de la Infancia y de la Adolescencia
<i>CHC</i>	Convenio Hispano Colombiano
<i>Coord.</i>	Coordinadora/coordinador
<i>CPCC</i>	Código de Procedimiento Civil Colombiano
<i>CCJC</i>	Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil
<i>CE.</i>	Constitución Española
<i>CEDH</i>	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
<i>CGPJ</i>	Consejo General del Poder Judicial
<i>CPC</i>	Constitución Política Colombiana
<i>CPCC</i>	Código de Procedimiento Civil Colombiano
<i>DCI</i>	<i>Dignitas Connubii</i> Instrucción
<i>DGRN</i>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<i>DIPr.</i>	Derecho internacional privado
<i>DOCE</i>	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<i>FJ</i>	Fundamento Jurídico
<i>Ibidem</i>	Mismo lugar
<i>La Ley</i>	Revista Jurídica Española, la Ley
<i>LEC</i>	Ley Enjuiciamiento Civil

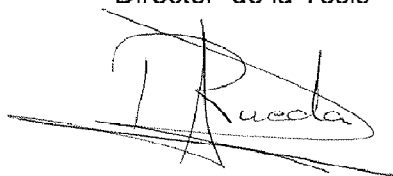
LO	Ley Orgánica
<i>loc.cit.:</i>	lugar citado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC 1957	Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil
LRC 2001	Ley 20/2011, de 20 de julio, del Registro Civil
<i>op.cit.:</i>	obra citada
RD	Real Decreto
RDCE	Revista de Derecho Canónico del Estado
RDF	<i>Revista de Derecho de Familia</i>
RDP	Revista de Derecho Privado
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REE	<i>Revista de Estudios Europeos</i>
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RFD Univ. Gr.	<i>Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Granada</i> <i>Revista Ius Canonicum</i>
RIC	
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi Westlaw)

<i>RRC</i>	Reglamento del Registro Civil de la LRC de 1957
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>Sent.</i>	Sentencia
<i>SCSJC</i>	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiar
<i>SCCC</i>	Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>STEDH</i>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>STJCE</i>	Sentencia del TJCE
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>STSJ</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>RD</i>	Real Decreto
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional
<i>TCE</i>	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
<i>TCEE</i>	Tratado de la Comunidad Económica Europea
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>TJCE</i>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>TS</i>	Tribunal Supremo
<i>TSJ</i>	Tribunal Superior de Justicia
<i>TUE</i>	Tratado de la Unión Europea
<i>UE</i>	Unión Europea
<i>Vid.</i>	Vide (véase)

El doctorando GISELA MORENO CORDERO y el director de la tesis RICARDO RUEDA VALDIVIA, garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección del director de la tesis y, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, 16 de enero de 2015

Director de la Tesis

Handwritten signature of Ricardo Rueda Valdivia, consisting of stylized initials 'R' and 'V' followed by the name 'Rueda'.

Fdo.: Ricardo Rueda Valdivia

Doctorando

Handwritten signature of Gisela Moreno Cordero, consisting of stylized initials 'G' and 'M' followed by the name 'Cordero'.

Fdo.: Gisela Moreno Cordero

I. INTRODUCCIÓN

Desde su incorporación a la Unión Europea y el auge económico en los años anteriores a la crisis, convirtieron a España en un importante punto de atracción al flujo migratorio latinoamericano, condicionado básicamente a por un atractivo mercado de trabajo no cubierto por sus nacionales.

El mayor éxodo de inmigrantes colombianos a España, tuvo lugar segunda mitad de la década de los 90 hasta el año 2002, fecha en la que se suscribió la exención de visado para los colombianos que desearan viajar a España. El principal destino elegido de los inmigrantes colombianos entre 2000 y 2005 fue precisamente España, con un 30 % del total de nacionales colombianos salidos de dicho país en este período de tiempo¹. Entre 1998 y 2006 se calcula, -según el INE- que llegaron a España unos 700 mil inmigrantes colombianos, lo que se sitúa a Colombia entre la comunidad de extranjeros no comunitarios con mayor presencia en la península después de marroquíes y ecuatorianos.

La crisis económica mundial iniciada en 2007 ha supuesto un giro radical respecto del fenómeno migratorio español, provocando la ralentización del flujo de inmigrantes latinoamericanos, al perder España el atractivo mercado laboral que los atraía. La pérdida masiva de empleo de los estos inmigrantes en aquellos sectores que entraron en declive, ha impulsado el éxodo masivo hacia de éstos a sus países de origen atrapados por una situación insostenible de

¹*Vid.* RODRÍGUEZ JOHN. Las relaciones bilaterales Colombia-España. Revista Economía y Desarrollo, vol. 5 núm. 1, marzo de 2006

desamparo y de exclusión social. La falta de empleo ha incidido de manera determinante en la modificación del estatus jurídico de un número considerable de inmigrantes y de sus familiares, quienes, tras no cumplimentar los requisitos exigidos por la vigente normativa española de extranjería para la renovación de sus permisos de residencia y trabajo arreciados en sus últimas modificaciones, y de haber agotado sus prestaciones por desempleo, muchos han perdido su estatus de inmigrante en

tre el segundo semestre del 2013 y el primer semestre de 2014 emigraron de España hacia Colombia 2.425 nacionales colombianos y 2513 de nacionalidad española, de los cuales 936 eran nacionales españoles de origen, dato que sitúa a Colombia en el segundo país latinoamericano después de Ecuador con mayor emigración².

El fenómeno de la globalización y la multiculturalidad en España ha sido caldo de cultivo por excelencia para la aparición de situaciones jurídicas en un ámbito tan sensible como el Derecho de familia. La proliferación de matrimonios mixtos ha propiciado asimismo el incremento de las crisis matrimoniales con elemento internacional y sus irreductibles consecuencias sobre los derechos y las obligaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos.

En cualquiera de los sentidos que el fenómeno migratorio se desenvuelva, las situaciones jurídicas generadas tanto en España como en Colombia van a estar marcadas por la necesidad del inmigrante –español o colombiano- de hacer valer en el extranjero

² *Vid.* Informe del Instituto Nacional de Estadística, de 10 de diciembre de 2014. www.ine.es; Informe España a la OEI sobre retorno. www.oei.es/euroiberoamerica

situaciones jurídicas generadas en el ámbito familiar. Para dar respuesta a la problemática que plantea a las distintas soberanías el reconocimiento de derechos y obligaciones nacidos fuera de sus fronteras, el DIPr. se vale de diferentes mecanismos de cooperación entre autoridades, a fin de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio.

En el ámbito hispano-colombiano, la solución a los problemas del reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales se ha materializado a través de la suscripción del Convenio sobre ejecución de sentencias civiles, el 30 de mayo de 1908. Sin embargo, las carencias del Convenio derivadas de su longevidad, unidas a las profundas divergencias materiales que en el ámbito de las crisis matrimoniales se plantean en la normativa interna de uno y otro país, han originado un tratamiento dispar de esta problemática por parte de las autoridades judiciales requeridas. Las causas de este fenómeno y sus consecuencias para el tráfico externo han sido la principal motivación de esta investigación y en la que hemos centrado el objeto del presente estudio.

En Derecho comparado la solución a las distintas situaciones de crisis matrimoniales es regulada de manera muy diversa. El divorcio y también la separación se enmarcan en tres grandes sistemas: a) el divorcio por culpa, o divorcio sanción, en el que la disolución del matrimonio tiene lugar por haber incurrido alguno de los esposos en falta grave previamente fijada por la ley, acordando el divorcio como sanción; b) el divorcio remedio, por el que la ruptura del matrimonio tiene lugar en base a una causa objetiva regulada por la ley o sencillamente porque alguno de los cónyuges decidan unilateralmente dar por terminado el vínculo matrimonial,

sin que sea necesario alegar causa alguna y; c) el divorcio consensual o por mutuo acuerdo, donde la acción conjunta del divorcio o con el consentimiento del otro ante la autoridad competente bastará para decretar la disolución del matrimonios³.

Un examen superficial del Derecho comparado arroja diferencias no solo entre los sistemas subjetivos y objetivos de divorcio, sino entre los sistemas subjetivos entre sí⁴. Tales desigualdades se han visto reflejada en el término de caducidad para el ejercicio de la acción, en la necesidad de agotar o no el trámite previo de separación, en el contenido de la causales de divorcio y de separación y en la determinación de ciertos efectos, en la mayor o menor intensidad de la culpa en el régimen de efectos (*ad ex.* las prestaciones alimentarias entre esposos, entre éstos y los hijos, régimen de custodia y visitas, régimen económico del matrimonio, los derechos hereditarios...). Si bien, la tendencia actual apunta hacia la eliminación de las causales subjetivas del divorcio y de la separación matrimonial, la gran mayoría de los ordenamientos optan por incorporar junto al divorcio sanción, causales objetivas⁵.

³ Vid ILLANES, A., “El divorcio: sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, en VIDAL, A. (coord.) *El nuevo derecho chileno del matrimonio Ley N° 19947 de 2004*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 164 y 165.

⁴ Vid. MIZRAHI MAURICIO, LUIS, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, 2ª edic., Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 350-357.

⁵ Argentina (arts. 202-205 C.c.); Bolivia (arts.152-154 C.c.); Colombia (arts. 154 y 160); República Dominicana (arts. 1 y 2 LD); Ecuador (arts 266 y 267 C.c.); Paraguay (arts. 333 y 349 C.c); Uruguay (arts. 186148 y 187 C.c.); Venezuela (arts. 185 y 188) del Divorcio En Perú, en cambio, el art. 339 C.c. introdujo una modificación según la Ley 27 495 de 2001, según la cual se podrá disolver el vínculo por imposibilidad de hacer la vida en común, ejercitable, por cualquiera de los cónyuges mientras subsistan las circunstancias que la motivan. Por su parte, Argentina en su última reforma (1987) introdujo causales objetivas de divorcio, mientras que para las causales subjetivas no se contempla término legal alguno para ejercitarlas. Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ. A., *Legislación*

Esta última tendencia es la que mayor acogida ha tenido en el ámbito latinoamericano y la que precisamente acoge el derecho colombiano⁶

La protección estatal de la familia en muchas de las legislaciones latinoamericanas viene condicionada por los estrechos vínculos entre el Estado y la Iglesia católica. De ahí que sus normas divorcistas se caractericen por marcado afán conservador del

sobre matrimonio, divorcio y sucesiones, Atelier, 2006, pp. 135-1349; MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, M. L., *Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2002, *op. cit.*, pp. 507-508.

⁶ La institución del divorcio en Colombia fue acogida por Ley 20 de junio de 1853 reguladora del matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular por mutuo acuerdo, excepto para algunos supuestos como: menores (varones de 25 años y mujeres de 21); matrimonios de más de 20 años; mujeres a partir de los 40 años; o cuando los padres se opusieron (art. 39). Esta ley, aunque tuvo una vigencia muy efímera, vino a modificar las regulaciones hasta entonces existentes marcadas por una fuerte influencia legislativa española donde solo reconocía el matrimonio en su forma religiosa e indisoluble. No es hasta la entrada en vigor de la ley de 8 de abril de 1856, en que nuevamente se reconoce validez a los matrimonios religiosos, suprimiéndose, en consecuencia, el divorcio vincular. Así la única forma de disolver el vínculo matrimonial a partir de entonces era por la muerte de alguno de los contrayentes⁶. Con la entrada en vigor de la Constitución de 1863 se introduce nuevamente el matrimonio civil obligatorio, al tiempo que se recupera la posibilidad de disolver el vínculo. En fecha posterior, se promulga la Ley 84 de 26 de mayo (Código Civil vigente en la actualidad), que reconoce: “*el divorcio no disuelve el matrimonio pero suspende la vida en común de los casados*” (art. 153). De esta forma el divorcio es concebido como no vincular (separación de cuerpos), reconociendo efectos civiles sólo al matrimonio civil. Con la entrada en vigor de la Ley 1ª de 1976, el matrimonio civil podía “disolverse” (relajarse) sin que ello implicara una ruptura del vínculo. De modo que subsistía la obligación de fidelidad (divorcio no vincular), hasta que por decreto 1900 de 1989 se introdujo, a través de la causal 8ª de la ley 1ª de 1976, el divorcio vincular de matrimonio civil, y para el matrimonio católico sólo la separación de cuerpos. Esta ley quedó derogada por la Ley 25 de 1992 actualmente vigente, que fundada en la constitución de 1991, hizo extensivo el divorcio al matrimonio religioso, además de introducir el mutuo acuerdo como causa de disolución del vínculo. *Vid.* VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho de Civil...*, *op. cit.*, p. 244; SUÁREZ FRANCO R., *Derecho de Familia*, 8ª edic., t-I, Temis, 2006, p. 190.

matrimonio, indiscutiblemente influenciado por el modelo canónico de indisolubilidad del matrimonio.

El Derecho matrimonial colombiano acoge un sistema dual de disolución del vínculo, consagrado en las modificaciones operadas con la aprobación en el vigente Código Civil colombiano (en adelante, C.c.e.), modificado mediante Ley 25/1992, de 17 de diciembre⁷. De un lado, el divorcio vincular o divorcio propiamente dicho; y, de otro, el divorcio no vincular o separación de cuerpos. Los cónyuges podrán optar por la separación de cuerpos o por el divorcio, con autonomía e independencia suficientes para el ejercicio por separado de la acción. El sistema de divorcio reconocido por el ampara a su vez dos clases de divorcio vincular: como remedio⁸ o como sanción⁹, en dependencia de la naturaleza objetiva o subjetiva de la causal que se invoque¹⁰. Las causas de

⁷ DO 40693, de 18 de diciembre de 1992.

⁸ Para el Derecho colombiano el divorcio remedio es aquel donde el matrimonio sufre un quebranto a consecuencia del comportamiento de uno de los cónyuges que no pueda considerarse como una falta grave normalmente asociado a situaciones tales como: trastornos mentales de entidad tal que hagan insostenible la vida en común; enfermedad grave o contagiosa; o cuando ha tenido lugar una separación de hecho o de derecho por un tiempo reglamentario que puede variar de un ordenamiento a otro y que provoca un quebrantamiento profundo e irreparable del lazo conyugal haciendo imposible el restablecimiento de la vida en común.

⁹“El divorcio sanción es contencioso, porque para acceder a la disolución del vínculo el actor debe probar que el demandado incurrió en la causal prevista en la ley y éste, como sujeto pasivo de la contienda, puede entrar a demostrar, con la plenitud de las formas procesales, que no incurrió en los hechos atribuidos o que no fue el gestor de la conducta. En este caso el juez debe entrar a valorar lo probado y resolver si absuelve al demandado o si decreta la disolución, porque quien persigue una sanción, no puede obtenerla si no logra demostrar que el otro se hizo acreedor a ella”. (SCCC. 1495, de 2 de noviembre de 2000).

¹⁰ Serán por tanto las causales subjetivas las que den existencia al divorcio sanción y el cónyuge inocente quien las invoque y demuestre como castigo al consorte culpable.; y, las causales objetivas, estarán asociadas al divorcio

divorcio y de separación son las mismas y se encuentran reguladas en el art. 154 del C.c.c.¹¹, por lo que su tratamiento en uno y otro caso va a plantear idéntica problemática a efectos causales, aunque con algunos matices en lo relativo a las normas de derecho internacional privado colombianas.

remedio pues tienden al restablecimiento de las diferencias dentro de la comunidad matrimonial

¹¹ Las causas previstas en el art. 154 C.c.c. resultarán aplicables a supuestos de disolución de matrimonios civiles o para declarar la cesación de los efectos civiles de matrimonios religiosos. Son causales de divorcio: “1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges; 2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres; 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra; 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges; 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica; 6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial; 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo. 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años; 9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia”. La doctrina colombiana de esta forma suscribe la existencia de una clasificación de las causales en: subjetivas o debidas y objetivas o no debidas. Las primeras, se identifican por su carácter taxativo, pues para sentenciar la disolución de vínculo será necesario el requisito previo de estar contemplada en el ordenamiento legal correspondiente; además de ostentar entidad suficiente como para justificar material y moralmente la continuidad de la relación matrimonial. La acción corresponderá siempre al cónyuge inocente, de ahí que tenga causa en la responsabilidad del cónyuge culpable por el incumplimiento de alguno de los deberes conyugales. Los hechos imputados serán sobrevenidos al acto del matrimonio y demostrables mediante cualquier medio de prueba aceptado en derecho. De esta forma, cuando se tipifiquen causales subjetivas el cónyuge culpable será sancionado por haber incurrido en cualquier ilicitud de las previstas en el orden sustantivo. En cambio, las causales objetivas, a pesar de tener caracteres universales que se identifican con las casuales subjetivas, se distinguen de éstas en cuanto a la legitimación activa, puesto que podrán invocarse por cualquiera de las partes, sin que para ello sea necesario identificar al cónyuge culpable, salvo respecto de los efectos, como más adelante trataremos. En estos casos, no se incurre en falta, por lo que no será necesario reprobado la conducta anómala del cónyuge.

En el Derecho español, en cambio, las modificaciones introducidas al Código Civil español (en adelante, C.c.e.), mediante la Ley 15/2005, de 1 de julio¹², hicieron desaparecer todas las barreas que imponía al orden interno la demostración de la prueba del divorcio y de la separación matrimonial en función de las causales¹³ taxativamente instrumentadas en la antigua redacción del art. 86 C.c.e.¹⁴. Con la nueva redacción del art. 86 C.c.e.¹⁵ se consagró la posibilidad del ejercicio de la acción del divorcio por uno de los cónyuges, por ambos de conjunto, o por uno con el consentimiento del otro, independientemente de la forma de celebración del matrimonio, transcurridos los tres primeros meses desde la celebración del matrimonio, sin que haya que alegar causa o motivo alguno para dar por finalizada la relación matrimonial¹⁶.

¹² BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹³ Esta modificación dentro del ordenamiento español, como consta en la exposición de motivos de la ley, se fundamenta en el fortalecimiento del principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito matrimonial.

¹⁴ El divorcio en la derogada norma se caracterizaba por ser un divorcio causal. Las cusas recogidas por el derogado art. 86 eran de corte objetivo (divorcio remedio) y no de un divorcio sanción, pues no se trataba de recriminar la conducta de uno de los cónyuges, sino de poner fin a una situación objetiva y la separación deja de ser una condición o fase previa del divorcio.

¹⁵ “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. (art. 86 C.c.e). Redactado por el apartado cinco del artículo primero de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

¹⁶ El divorcio se introdujo en España por vez primera a través de la ley de 2 de marzo de 1932, que permitía el divorcio por mutuo acuerdo de los esposos sin necesidad de recurrir a la separación como exigencia previa. Esta ley fue derogada por ley de 23 de septiembre de 1939. Posteriormente, 1981, se introdujo nuevamente la figura del divorcio en virtud de ley 30/1981, de 30 de julio, y aunque sus normas eran continuista de la ley de 1932, excluyó la posibilidad de acudir directamente al divorcio directo, exigiendo la separación

La supresión del divorcio sanción en nuestro ordenamiento es concordante con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y al papel de la familia como núcleo esencial de la estructura socio política española. La introducción del divorcio objetivo en nuestro ordenamiento ha permitido promover un modelo de familia donde la estabilidad matrimonial se funde en el respeto, la adecuada convivencia y mantenimiento de los sentimientos entre los cónyuges, impidiendo el sostenimiento a ultranza de diferencias y conflictos irreconciliables en la pareja, el quebrantamiento de la unidad y estabilidad familiar, y el sostenimiento de un ambiente inadecuado para el desarrollo físico y psicológico de la unidad familiar, si el matrimonio ha perdido su sentido para los cónyuges, la familia, y la sociedad.

En el plano jurídico el divorcio objetivo proporciona a cualquiera de los cónyuges la posibilidad de instar el divorcio sin más dificultades que las impuestas por su propia voluntad, lo que reduce significativamente los conflictos por la vía contenciosa, no establece límites a la legitimación de los sujetos para el ejercitar la acción de divorcio y elimina la pesada carga probatoria que conlleva la necesidad de demostrar la existencia de alguna causal¹⁷, pero, sobre todo, porque los cónyuges podrán alcanzar en cualquier caso el objetivo último de dar por terminado el matrimonio, al no

conyugal previa, para acceder a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio. Ambas legislaciones contemplaban la institución del divorcio previa concurrencia de alguna de las causales taxativamente contempladas, por medio del cual es posible la solicitud de divorcio por uno de los cónyuges si concurre una causa legal.

¹⁷ Se exige, en cualquier caso, tener fundamento en causales objetivas y subjetivas previstas por ley, con la intervención del órgano jurisdiccional competente, salvo si, de mutuo acuerdo, las partes acuden ante Notario o realizan acciones de conciliación en supuestos de separación de cuerpos. Los efectos en uno y otro caso son distintos.

hacerse depender el divorcio de la concurrencia de causa alguna, lo que en ocasiones puede resultar una meta de difícil consecución. En el ámbito de los efectos los sistemas objetivos de divorcio abandonan cualquier consideración de la responsabilidad por culpa para acoger criterios de equidad en la adjudicación de derechos derivados de la ruptura del vínculo.

Se constata, por tanto, la presencia de dos sistemas divorcistas esencialmente distintos: de un lado, el Derecho colombiano de corte causalista (subjetivo/objetivo) que aboga por la protección y conservación del matrimonio a través del diseño de normas materiales inflexibles asociadas a exigencias causales y ampliamente territorialitas, y, de otro, el Derecho español fundado en un sistemas divorcista no causal (objetivo) y tributario de normas más liberales que propugnan soluciones jurídicas a situaciones de crisis matrimoniales fundado en los derechos de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, sin que para ello exista más razón que la propia voluntad de los cónyuges en dar por concluido –temporal o definitivamente- el vínculo matrimonial.

Esta polaridad normativa es precisamente el punto de partida de una cadena de consecuencias negativas para el reconocimiento de decisiones en materia de crisis matrimoniales en el ámbito hispano-colombiano, que adelanta la mayor o menor acritud en el tratamiento de las crisis en este sector de problemas, llegando a comprometer el mantenimiento de situaciones jurídicas en el espacio, en detrimento del principio de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva, en una materia especialmente sensible como es el Derecho de familia.

En la práctica, la adopción de una y otra postura jurídica se traduce en que para los sistemas de corte más liberal como el español, la validez de decisiones colombianas de divorcio o de separación gozará de mayor eficiencia, sin que este tratamiento sea bilateralizado en sistemas conservadores y de marcado corte territorialista como es el caso colombiano.

Las sustanciales diferencias normativas advertidas en el divorcio y la separación no se plantean en las nulidades matrimoniales civiles. Ello obedece a que las causales por las que puede tener lugar la nulidad civil del matrimonio en uno y otro ordenamiento coinciden en lo esencial, por lo que en el ámbito del reconocimiento no suscita ninguna problemática relevante como en el caso del divorcio y la separación.

En relación con el reconocimiento de la nulidad matrimonial nuestro objetivo se ha focalizado en relación con las decisiones canónicas a la que también se unen las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado. El reconocimiento de estas decisiones en el ámbito hispano-colombiano, a diferencia de las decisiones emanadas de autoridades civiles, se regirá tanto en España como en Colombia por un sistema de normas presididas por los Acuerdos Concordatarios suscritos entre estos Estados y la Santa Sede, secundados por un conjunto de normas internas -sustantivas y procesales- vigentes en dichos Estados.

Con la presente investigación pretendemos identificar las circunstancias que impiden el reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales en el ámbito hispano-colombiano y buscar las soluciones consensuadas dentro de un marco de integración que estimule la aproximación de posturas dispares y una comunión de

intereses que se ha visto sensiblemente afectada bajo las actuales circunstancias, y cuyo objetivo fundamental es garantizar el reconocimiento recíproco de decisiones en esta materia.

Para identificar la diversidad de situaciones y posibles soluciones que derivan del reconocimiento recíproco de decisiones sobre crisis matrimoniales emanadas tanto de autoridades civiles españolas y colombianas como de autoridades eclesiásticas, hemos delimitado el objeto del presente estudio al reconocimiento al pronunciamiento principal, con exclusión de los pronunciamientos colaterales de los que puedan venir acompañadas las decisiones sobre crisis matrimoniales, materias estas que por su amplitud y complejidad merecen un estudio independiente. No obstante, haremos alusión a aquellos pronunciamientos colaterales que por su importancia, pueden suscitar mayores dificultades de integración en el orden práctico (alimentos entre cónyuges o ex cónyuges, y a favor de los hijos, así como el régimen de guarda y custodia), y ello con la intencionada finalidad de concretar la desigual incidencia que el reconocimiento de la causa matrimonial dibuja en relación con el reconocimiento total o parcial de los pronunciamientos contenidos en la decisión sobre crisis matrimoniales, los efectos derivados de la culpa, las situaciones de inconciliabilidad, entre otras.

Para el desplegar el objeto trazado con la presente investigación el trabajo de investigación se ha fraccionado en cuatro capítulos. En el Capítulo Primero, se abordará en primer lugar la contextualización del CHC en el sistema de fuente convencional bilateral y multilateral que vincula a España y a Colombia en el sector del reconocimiento de decisiones vigente hasta la fecha en materia de crisis matrimoniales y seguidamente se hará un análisis

particular del CHC. El Capítulo Segundo pretendemos poner de relieve las distintas situaciones que plantea el reconocimiento en Colombia de las decisiones de divorcio y separación adoptadas por jueces españoles. Mientras el Capítulo Tercero tratará el reconocimiento en España de las decisiones sobre crisis matrimoniales adoptadas por jueces colombianos. Finalmente el Capítulo Cuarto será el encargado de estudiar la eficacia de decisiones de canónicas en aplicación de los distintos Acuerdos concordatarios suscritos por España y Colombia con la Santa Sede.

En el Capítulo Primero, pretendemos enmarcar el CHC dentro de la políticas convencionales seguidas por España y por Colombia en los distintos textos convencionales bilaterales y multilaterales en los que ambos Estados participan a través del estudio sistemático de las exigencias a que son sometidas las decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales en dichas fuentes, así como el tratamiento que en aquéllos textos se lleva a cabo en lo relativo a las decisiones susceptibles de ser reconocidas, las condiciones de reconocimiento, procedimiento de *execuátur*, las autoridades competentes, los tipos de reconocimiento, condiciones de reconocimiento.

Tras realizar esta primera aproximación al régimen de reconocimiento previsto en los distintos convenios internacionales, abordaremos específicamente el régimen que para el reconocimiento recíproco de decisiones extranjeras en materia de crisis matrimoniales arbitra el CHC. Para ello, trataremos en primer lugar las condiciones de reconocimiento, distinguiendo las condiciones previstas en el Convenio, de aquellas otras no contempladas por el mismo, abordando en cada una de ellas el

objetivo que con tales controles se persigue en el sector del reconocimiento. Asimismo, se hará especial énfasis en la forma que han de llevarse a cabo aquellos controles no recogidos en el CHC de forma independiente de la cláusula general de orden público. En cada una ellos efectuamos una valoración crítica de la forma en que las autoridades del Estado requerido acometen el control del conjunto de exigencias necesarias para dar eficacia a las decisiones sobre crisis matrimoniales. Por su importancia en este sector, se ha hecho especial énfasis en el control de no contradicción, distinguiendo entre las situaciones de inconcilibilidad respecto de la causa matrimonial y los pronunciamientos colaterales, control que, en el ámbito de las crisis, manifiesta cierta complejidad respecto de determinados pronunciamientos colaterales a causa del distinto fundamento y configuración en uno y otro ordenamiento. Asimismo se ha planteado la necesidad de estudiar aquellos pronunciamientos accesorios que por su propia naturaleza pueden verse afectados en el tiempo si acontece un cambio de circunstancias (alimentos entre cónyuges o ex cónyuges y a favor de los hijos, custodia y visita), así como su repercusión que el control de no contradicción. Como cuestión de cierre, en este Capítulo se adentrará en el estudio comparado del procedimiento de *execuátur* en España y Colombia, así como las autoridades competentes para su tramitación.

En el Capítulo Segundo, se pretende evidenciar la repercusión que para las autoridades colombianas plantea el reconocimiento de decisiones españolas de divorcio adoptadas en España por decisión unilateral de cualquier de los cónyuges, y su vinculación con la excepción de orden público desde la perspectiva colombiana. En segundo lugar, examinaremos las consecuencias

que para el orden público matrimonial colombiano supone el reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales entre personas del mismo sexo. El estudio de su normativa interna en este concreto punto, nos ayudará identificar las diferencias con nuestra normativa interna, y la postura que respecto de estas decisiones podrían adoptar las autoridades colombianas, y su incidencia en el reconocimiento del pronunciamiento principal y en el mantenimiento de los derechos reconocidos a los cónyuges o ex cónyuges con identidad de sexo tras la ruptura del vínculo matrimonial. Seguidamente expondremos los principales obstáculos e inconvenientes que plantea a los interesados la apertura de un nuevo proceso sobre crisis matrimoniales en Colombia, tras ser denegado el reconocimiento de la decisión de divorcio o de separación. A continuación se efectuará una valoración crítica sobre la atribución de efectos directos a decisiones de divorcio españolas de matrimonio celebrado en el extranjero defendida por cierta jurisprudencia local. Sabiendo ya la repercusión que el reconocimiento de las decisiones de divorcio o de separación derivadas de sistemas no casuales como el español plantea en sede colombiana, nos adentraremos realizar en el examen de la vigente normativa de ley aplicable al divorcio y a la separación en España y su repercusión en el sector del reconocimiento en terceros Estados con sistemas causalistas. Terminaremos el Capítulo con una breve referencia al reconocimiento de sentencias españolas de separación y de nulidad matrimonial.

El Capítulo Tercero se pondrá de relieve la aplicación por parte de las autoridades españolas del CHC y el distinto tratamiento que de sus controles se lleva a efecto respecto de las autoridades colombianas. A continuación analizaremos la posibilidad de

reconocimiento automático en España de sentencias colombianas de divorcio, separación o nulidad matrimonial que pretendan acceder al Registro civil español. El estudio de esta alternativa se justifica por dos motivos. En primer lugar, porque el CHC solo contempla la posibilidad de dar eficacia a las decisiones extranjeras a través un único procedimiento: el *execuátur*, siendo esta vía de atribución excesiva para alcanzar determinados efectos deseados por las partes. En segundo lugar, porque con la próxima entrada en vigor el 15 de julio de 2015 de la nueva Ley del Registro Civil, abre la posibilidad a los interesados de reconocer automáticamente estas decisiones si se dieran las condiciones previstas en dicha ley. Analizaremos, por tanto, el régimen de condiciones contemplado en dicha norma así como los posibles inconvenientes y limitaciones de la futura aplicación de esta normativa.

Con el Capítulo tercero cerraremos nuestra investigación y en él abordaremos el régimen de eficacia de decisiones derivadas de la jurisdicción eclesiástica. Para el desarrollo de este capítulo se partirá de una aproximación comparada entre los Acuerdos Concordatarios suscritos por España y Colombia con la Santa Sede, además, del concreto régimen interno de reconocimiento al que son sometidas la eficacia civil decisiones canónicas en uno y otro país. De este estudio serán extraídas las diferencias sustanciales entre los distintas Acuerdos Concordatarios en el reparto de las competencias de las autoridades civiles y canónicas para el conocimiento de causas matrimoniales, así como en la forma en que estas decisiones van a ser incorporadas al ordenamiento estatal de ambos países. Tales circunstancias, como se verá, tendrán una especial repercusión sobre el estado civil de los cónyuges y en gran medida decidirá el reconocimiento o no de las decisiones canónicas

dictadas por los tribunales eclesiásticos cuando estas pretenden desplegar su eficacia fuera del ámbito territorial donde dichas decisiones han sido adoptadas.

En atención a los resultados arrojados por la presente investigación y a modo de conclusión, será expuesta la problemática derivada de la aplicación del CHC, de lo que resultará una propuesta de *lege ferenda*. Asimismo se pondrán de relieve las consecuencias que el sistema concordatario rubricado en los Estados implicados en este estudio plantea a la eficacia de decisiones canónicas adoptadas por autoridades canónicas dentro del tráfico externo.

CAPITULO PRIMERO

EL CONVENIO ENTRE ESPAÑA Y COLOMBIA DE 30 DE MAYO DE 1908 SOBRE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CIVILES

I. EL CONVENIO DE 1908 Y SU CONTEXTUALIZACIÓN EN EL MARCO DE LA POLÍTICA CONVENCIONAL ESPAÑOLA Y COLOMBIANA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE DECISIONES

1. Panorama convencional español y colombiano en cuestión de reconocimiento de decisiones en materia civil

Las relaciones con Latinoamérica no ocupaban el centro de atención de la política exterior del Estado español. No es hasta la década de los 30 del siglo XIX en que tiene lugar la asimilación de Colombia como Estado independiente y, por tanto, como sujeto de Derecho internacional por parte del gobierno Español¹⁸. Este reconocimiento legal expresado por ley¹⁹ tras la renuncia por parte del Estado español a todo derecho de soberanía y reivindicación territorial de Colombia, permite la concreción de un grupo considerable de Tratados de Paz y Amistad entre España y las

¹⁸ *Vid.* MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., *Derecho Internacional Público*, Trotta, 1995, pp. 146.

¹⁹ Ley de 4, de diciembre de 1836.

repúblicas independientes²⁰, y entre el Gobierno colombiano con otros Estados libremente elegidos.

El Tratado de Paz y amistad entre España y los Estados Unidos de Colombia, firmado en París el 30 de Enero de 1881, constituye el primer referente histórico que marca el inicio de las relaciones jurídicas y diplomáticas entre el Reino de España y Colombia²¹ y el punto de partida para la suscripción de Tratados posteriores²², dentro de los cuales se encuentra el Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencia civiles de 30 de mayo de 1908²³, lo que permitió la consolidación entre ambos Estados en el marco de la sociedad internacional tradicional y el Derecho internacional de la época.

²⁰ Dicho Tratado a pesar de su escasa formulación -cinco artículos-, contiene en su preámbulo una importante manifestación de voluntades inspirado en el deseo del Reino de España y de la República de los Estados Unidos de Colombia “*de poner término a la incomunicación que desgraciadamente ha existido entre ambos Estados (...) que asegure para siempre los estrechos lazos que deben unir en lo sucesivo a los súbditos españoles y a los ciudadanos colombianos*”. En él se establece la protección de los súbditos de un Estado si se encuentran en su territorio del otro con arreglo a sus leyes, excluyéndose la posibilidad de que un Estado ejerza la protección diplomática respecto a sus nacionales en el otro y la exención de prestar servicio militar forzoso. Asimismo, en materia de comercio y navegación se prevé la llamada “cláusula de nación más favorecida”.

²¹ *Gaceta de Madrid* núm. 356, de 22 de diciembre 1881.

²² Los Tratados sucesivos fueron: El Convenio celebrado entre España y la República de los Estados Unidos de Colombia para la protección de la propiedad sobre las obras literarias, científicas y artísticas, de 28 de noviembre de 1885; el Convenio de extradición, de 17 de julio de 1893; el Tratado de Arbitraje, de 24 de enero de 1903 (reemplazado por un nuevo Tratado de arbitraje celebrado en 1929 y que está en vigor desde el 5 de febrero de 1931); el Convenio de reconocimiento mutuo de validez de títulos académicos y de incorporación de estudios celebrado entre España y Colombia, el 23 de enero de 1904. *Vid.* GONZÁLEZ ARANA, R., “La política exterior de Colombia a finales del siglo XX: primera aproximación”. *Investigación y desarrollo: Revista del Centro de Investigaciones en Desarrollo Humano*, vol. 12, núm. 2, 2004, pp. 258-285.

²³ *Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909.

El reconocimiento de decisiones judiciales en materia civil, entre ellas, las relativas a las crisis matrimoniales en las relaciones bilaterales entre España y Colombia, se hayan actualmente sometidas a lo dispuesto en un Convenio vetusto que constituyó uno de los primeros Tratados suscritos entre ambos países, tras la firma del Tratado de Paz y Amistad 1830.

Los tratados concluidos por el Estado español hasta 1969 en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil fueron escasos y distantes en el tiempo²⁴. Quizás, esta circunstancia, justifique un tanto la falta de sistemática jurídica y la dispersión observada en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones civiles dentro del régimen convencional bilateral español, caracterizada por la ausencia de homogeneidad, incluso en aquellos convenios concluidos con cierta proximidad en el tiempo. Las reglas que distinguen unos convenios de otros, más que estar mediatizadas por el particular acento que pudiera imprimir las peculiaridades de cada soberanía, denota una visible carencia de política convencional por parte del Estado español²⁵.

²⁴ Vid. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 40 y 41.

²⁵ El autor considera que hasta 1969 las notas características del régimen convencional bilateral español obedecen a tres razones fundamentales: “a) La escases de convenio bilaterales internacionales en la materia vigentes en nuestro país; b) La negociación esporádica de tales convenios; y c) La falta de equilibrio y homogeneidad de los Estados con los que esos convenios se han concertado”. Y añade, “España no solo había concluido pocos tratados, sino que, además, al hacerlo, había escogido como compañeros de viaje Estados con los que nuestras relaciones eran tan bajas, que sólo excepcionalmente ponían en movimiento los mecanismos convencionales. (...) nuestra situación actual en esta materia es un reflejo sectorial de una secular carencia de objetivos diplomáticos constantes, a la que como corolario forzoso ha acompañado una falta global de planificación y un perpetuo condicionamiento a las iniciativas ajenas”. Vid. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras...*, *op. cit.*, p. 48 y 49.

Los convenios bilaterales suscritos por España sobre reconocimiento y ejecución de decisiones o con disposiciones en la materia de cooperación judicial y los de asistencia judicial presentan diferencias sustanciales, no solo en lo relativo a su aplicación material, sino también en lo referente al régimen de condiciones, decisiones susceptibles de reconocimiento, tipos de procedimientos, autoridades competentes.... Aunque se puede apreciar cierta evolución histórica en el régimen convencional bilateral, la disparidad entre los instrumentos convencionales es una constante. Ni siquiera las acciones diplomáticas llevadas a cabo en los convenios concluidos más recientemente reflejan un cambio en la política convencional española en este sector de problemas.

Un importante número de convenios bilaterales suscritos por España sobre validez extraterritorial de decisiones en materia civil excluye de su ámbito material las cuestiones relativas a la capacidad, el estado civil y los asuntos de familia²⁶. Otros, en cambio, resultan

²⁶ El Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 30 de mayo de 1989 (*BOE* núm. 3, de 3 de enero de 1991. Corrección de errores, *BOE* núm. 20, de 23 de enero de 1991) excluye las materias de estado y capacidad, las relativas al derecho de familia y las cuestiones de propiedad derivadas del matrimonio, testamento y sucesiones [art. 1.º 3, inc. a)]; el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, de 17 de abril de 1989 (*BOE* núm. 85, de 9 de abril de 1991; corrección de errores, *BOE* núm. 108, de 6 de mayo, y *BOE* núm. 226, de 20 de septiembre) excluye los divorcios y la nulidad [art 11.d)]; el Convenio de cooperación jurídica en materia civil, entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, de 13 de abril de 1989 (*BOE* núm. 164, de 10 de julio de 1991; corr. de errores, *BOE* núm. 193, de 13 de agosto de 1991) excluye el estado y la capacidad de las personas y derecho de familia en cuanto se traten de sentencia constitutivas o declarativas de tales estados o derechos [art. 16 a)]; el Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, de 4 de noviembre de 1987 (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1998), con idéntica redacción al suscrito con Brasil. [art. 1, inciso a)]; el Convenio entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y

de aplicación con carácter general a todas las decisiones en materia civil, sin excluir las relativas al estado y la capacidad de personas y a los derechos de familia²⁷. Finalmente, encontramos convenios que enmarcados en la asistencia o la cooperación judicial internacional²⁸, contienen reglas de reconocimiento y ejecución de decisiones.

ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 7 de noviembre de 2000 (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2001), excluye la materia de estado y capacidad [art. 1.º.1 b)].

²⁷ Así, el Convenio entre España y Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 19 de noviembre de 1896 (*Gaceta de Madrid* de 9 de julio de 1898); el Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles, de 30 de mayo de 1908, en adelante, CHC (*Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909); el Convenio entre España y Francia sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, de 28 de mayo de 1969 (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1970); el Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencia en materia civil y mercantil, de 22 de mayo de 1973 (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 1977); el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal Alemana, de 14 de noviembre de 1983 (BOE núm. 230, de 24 de septiembre de 1992); el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y Austria, de 17 de febrero de 1984 (BOE núm. 270, de 29 de agosto de 1985); el Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles entre España y la República Socialista de Checoslovaquia (República Checa y Eslovaca) (aplicable a la República Checa y Eslovaca), de 4 de mayo de 1987 (BOE núm. 290, de 13 de diciembre de 1988; corrección de errores, BOE núm. 22, de 26 de enero de 1989).

²⁸ El Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil (hoy Federación Rusa), de 26 de octubre de 1990 (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997); el Convenio entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, de 2 de mayo de 1992 (BOE núm. 26, de 31 de enero de 1994. Corrección de errores, BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1994); el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997); el Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, de 24 de septiembre de 2001 (BOE núm. 52 de 1 de marzo de 2003); el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, de 24 de febrero de

Con la entrada en vigor del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo de 27 de diciembre de 2003, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (en adelante Reglamento de Bruselas II *bis*)²⁹ un número importante de los convenios internacionales que incluyen la cuestión de las crisis matrimoniales en su ámbito de aplicación han quedado desactivados³⁰. No obstante, los restantes permanecen en vigor. En concreto, siguen resultando operativos para el reconocimiento de las decisiones sobre crisis matrimoniales los Convenios con Suiza, Colombia, URSS (Federación Rusa), República Popular China, Maruecos, Túnez, Argelia y Mauritania. La regulación es diversa, si bien esta disparidad se ha visto atenuada en algunos de los convenios más recientemente concluidos. Pese a que en determinados aspectos presentan algunas proximidades, sobre todo, los más cercanos geográficamente.

Por lo que incumbe a Colombia hay que señalar que son varios los instrumentos convencionales, tanto bilaterales como multilaterales, que vinculan al Estado colombiano en el ámbito material de las crisis matrimoniales. Entre los convenios multilaterales cabe destacar el Tratado de Derecho Procesal

2005 (BOE núm. 103, de 1 de mayo de 2006; y el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, de 12 de septiembre de 2006 (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 2006).

²⁹ DOCE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003.

³⁰El Convenio con Francia, Italia, Alemania; Austria; Bulgaria.

Internacional suscrito en Montevideo, de 11 de enero de 1889³¹, el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros suscrito en Caracas, de 18 de julio de 1911³², y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros suscrita en Montevideo, de 8 de mayo de 1979³³. Junto al régimen convencional multilateral coexisten, algunos convenios bilaterales concluidos por el Estado colombiano. En concreto dos: el Tratado

³¹ Al Tratado de Montevideo de 1889 se adhirió Colombia por Ley 68 de 11 de noviembre de 1920 (DO núm. 17406 y 17407, de 11 de noviembre de 1920), y de él son asimismo Estados parte Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay y Ecuador. Chile y Brasil lo firmaron, pero no lo ratificaron. En el marco del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado celebrado en Montevideo en 1939, se adoptó el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 19 de marzo de 1940, conocido como el Tratado de Montevideo de 1940. Sin embargo, a pesar de que Colombia fue signataria de este Tratado, no lo ratificó con posterioridad, por lo que sigue rigiendo el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889. Algo similar, sucedió con el Código de Derecho Internacional Privado de 20 de febrero de 1928 (Código de Bustamante), aprobado en el marco de la Sexta Conferencia Panamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en La Habana. Tras haberlo firmado Colombia con algunas reservas (la no aceptación de que el divorcio se rigiera por la ley del domicilio conyugal, pues por aquel entonces el divorcio no era admitido en Colombia), finalmente no fue ratificado. *Vid.* VALLADAO HAROLDO, *Direito internacional privado*, 2ª ed., biblioteca Unversitaria Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1970, p. 159; VIEIRA MANUEL, “Nuevas Tendencias codificadoras del derecho internacional privado, ponencia presentada al segundo seminario sobre la Enseñanza del Derecho Internacional”, Bogotá, (II-SIDE/Doc.24/79), pp. 19, citadas por MONROY CABRA M. G., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 6ª edic., Temis, Bogotá, 2011, pp. 52-57, 298-300 y 397; GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2ª edic., t.1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 16.

³² Aprobado en Colombia por Ley 16 de 1 de octubre de 1913. Este Tratado fue asimismo ratificado por Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela.

³³ Adoptada en el marco de la Segunda Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), en vigor desde el 10 de junio de 1981. Esta Convención fue ratificada por Colombia mediante Ley 16 de 22 de enero de 1981 (D.O. núm. 35 711 de 27 de febrero de 1979), y vincula asimismo a Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay (12 de noviembre 1979) y Venezuela.

³⁴ *Vid.* VALLADAO, HAROLDO, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1970, p.193, citado por MONROY CABRA, M. G, *Tratado de Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 48 y 49.

sobre Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador suscrito en Quito, de 18 de julio de 1903³⁵ y el Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles, de 30 de mayo de 1908³⁶. Todos estos instrumentos regulan el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil con carácter general, incluidas las crisis matrimoniales, si bien entre ellos se aprecian notorias diferencias.

El estudio de los diferentes instrumentos internacionales sobre reconocimiento de decisiones suscritos por España y Colombia nos permitirá constatar la existencia de importantes diferencias entre los referidos instrumentos, diferencias que trataremos de poner de relieve en el análisis general que del régimen de reconocimiento previsto en los mencionados instrumentos llevaremos a cabo en las próximas páginas, y que centraremos fundamentalmente en dos cuestiones esenciales: las condiciones de reconocimiento y los tipos de reconocimiento.

2. Breve aproximación comparada al régimen al régimen convencional

A) Condiciones para el reconocimiento

a) Firmeza y ejecutoriedad

La firmeza de la decisión constituye un presupuesto básico del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras presente en la totalidad de los convenios de

³⁵Aprobado por Ley 13, de 8 de abril de 1905. *Vid.* MONROY CABRA, M. G, *Tratado de Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 307.

³⁶Ley 6, de 27 de abril de 1908 (D.O. 13744, de 27 de junio de 1908).

reconocimiento concluidos por España y Colombia, inclusive, en los más antiguos³⁷. La declaración de firmeza implica la no impugnabilidad de la decisión, esto es, su carácter de cosa juzgada formal, lo que garantiza que el contenido de la decisión extranjera no pueda ser modificado en ulteriores recursos. Al tratarse de un concepto que puede variar de un ordenamiento a otro, su apreciación, deberá producirse en todos los casos conforme al Derecho procesal del Estado de procedencia de la decisión. Para su acreditación, será suficiente acompañar la decisión extranjera de una certificación del tribunal o documento público acreditativo de tal extremo³⁸.

Por otro lado, hay que tener presente que, aunque casi la totalidad de convenios en los que participa España y Colombia contemplan el reconocimiento de sentencias firmes³⁹, solo algunos hacen extensivo este reconocimiento a sentencias definitivas⁴⁰, de

³⁷Además del CHC (art. 1.1), en España, los Convenios con Suiza (art. 1); URSS (Federación Rusa) (art. 18.1); Marruecos (art. 23. 3); China (art. 22.3); Marruecos (art. 23.3); Túnez (arts. 17. c y 24.c), Argelia (arts. 16 inc. c); y Mauritania (arts. 16 inc. c). En Colombia, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889 (art. 5.b); el Tratado con Ecuador (art. XLI. 3º); el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros (art. 5. b); y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales de 1979 (art. 5).

³⁸Además del CHC (art. 2), en España, los convenios con Suiza (2.3);URSS (Federación Rusa)(art.23.1); China (art. 20.2); Marruecos (art. 28.3); Túnez (art. 24. c); Argelia (art. 18. b); Mauritania (art. 18. b). En Colombia, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889 (art. 6 inc. a y c); el Tratado con Ecuador (art. L); el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros (art. 6); y la Convención interamericana de eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales 1979 (art. 3).

³⁹Los convenios con China (art. 20.1); Marruecos (art. 23.3). Estos convenios comprenden sólo decisiones firmes.

⁴⁰Los convenios de España con Suiza (art. 2.3) y con Colombia (art. 1.º Primero)se refieren a fallos definitivos no se habla de firmeza; URSS

jurisdicción voluntaria⁴¹ o documentos públicos⁴², hecho que merece ser esclarecido a la luz del particular convenio.

b) Competencia judicial internacional del tribunal de origen de la decisión

La competencia del tribunal de origen de la decisión constituye un requisito cuyo control coinciden en exigir los distintos instrumentos convencionales de aplicación al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales en vigor tanto para España⁴³ como para Colombia, además de ser un presupuesto de legitimación del ejercicio del poder jurisdiccional estatal frente a las partes⁴⁴.

El control de la competencia judicial internacional en el Derecho comparado sigue dos modelos: el de “catálogo” y el de “cláusula general”⁴⁵. En el modelo de “catálogo” o de “lista positiva” de criterios, el Estado receptor establece un catálogo de

(Federación Rusa) (art. 18.1); y por lo que concierne a Colombia, la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales 1979 (art. 3).

⁴¹El Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889 (art. 10); el Tratado con Ecuador (art. XLV), Tratado sobre ejecución de actos extranjeros (art. 8).

⁴²En España, el convenio con Marruecos (art. 30); Argelia (art. 19) y Túnez (art. 17). En el caso de Colombia, el Tratado con Ecuador (art. XXXIX) y el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros (art. 3).

⁴³Dentro del régimen convencional español solo los convenios concluidos con Suiza y Colombia no regulan esta exigencia.

⁴⁴*Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edic., Thomson/Civitas, Pamplona, 2007, p. 606.

⁴⁵*Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 607 y 608.

criterios indirectos de competencia judicial internacional en los que el tribunal extranjero ha de fundar su competencia. En cambio, el modelo de “cláusula general” no establece criterios indirectos de competencia, sino que el tribunal requerido deberá evaluar puntualmente si conforme a sus propios criterios, el tribunal extranjero ejerció su competencia sobre una base razonable (principio de proximidad razonable). El primer de estos modelos es el que mayor presencia tiene dentro el régimen convencional del que participa España⁴⁶, mientras el segundo modelo es el predominante en el régimen convencional bilateral y multilateral del que Colombia es Estado parte⁴⁷. En todo caso, hay que tener presente que dentro del régimen convencional español los convenios más antiguos no hacen mención a este tipo de control, por lo que su tratamiento se hará depender del criterio seguido por el Estado receptor⁴⁸.

El control de la competencia del tribunal extranjero persigue, en primer lugar, la protección de las competencias exclusivas del

⁴⁶ En España, los convenios con la URSS (art. 17.4, 19 y 20); China (art. 21); Argelia (art. 16 *a*) y 17); Túnez (art. 17 *a*) y 19) y Mauritania (art. 16. *a*) y 17) establecen una lista de criterios de competencia.

⁴⁷ En Colombia, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889 [art. 5 *a*); el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros [art. 5, inciso *a*); el Tratado con Ecuador (art. XLI.1°); y la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979 [art. 2 *d*)].

⁴⁸ En España, el Convenio con Suiza hace una referencia genérica a que la autoridad sea competente como motivo de denegación, pero no establece criterios (art. 6.1). El Convenio con Colombia no contiene reglas propias de competencia ni remite a las reglas de competencia del Estado de origen ni a las del Estado receptor de la decisión. En el caso del Convenio con Marruecos (art. 23.1) no existe una lista de criterios, si bien remite a los criterios del Estado de origen de la decisión.

Estado requerido⁴⁹, impidiendo que el monopolio jurisdiccional de los Tribunales del Estado requerido se vea afectado en sede de reconocimiento⁵⁰. En segundo lugar, con este control se pretende verificar la proximidad del litigio con el tribunal extranjero, a fin de descartar la concurrencia de foros exorbitantes y desproporcionados. Ahora bien, aún cuando estos controles no interesaran competencias exclusivas de nuestros tribunales ni la proximidad con el litigio arrojase la consideración de exorbitante o desproporcionado, de las concretas circunstancias que rodean al caso puede derivar la intención fraudulenta del demandado. En tal caso, el tribunal requerido deberá valorar circunstancialmente la exorbitancia de los foros de competencia judicial internacional con la finalidad de garantizar los derechos de las partes, en particular, los derechos de defensa del demandado.

En cualquier caso, debe tenerse presente que este control excluye las competencias funcionales y territoriales de la autoridad

⁴⁹ Aunque no todos los Convenios hacen alusión a este extremo. El Convenio con Túnez (art. 19.2) establece que no se apreciarán las reglas de competencias previstas por el convenio cuando el Derecho del Estado requerido reconozca a sus tribunales competencia exclusiva respecto de alguna materia, si bien no relaciona las materias respecto de las cuales los ordenamientos involucrados atribuyen competencias exclusivas a sus tribunales. El Convenio con China (art. 21. 2) exige de cada Estado Parte la lista de competencias exclusivas. El Convenio con la URSS (Federación Rusa) fija las materias que son de la exclusiva competencia de las partes (art. 20). Por su parte, los Convenios con Marruecos, Argelia y Mauritania solo contemplan la incompetencia de los Tribunales de los Estados partes como causa de denegación, sin hacer referencia alguna a las competencias exclusivas. Tampoco los textos internacionales suscritos por Colombia hacen especial referencia a las competencias exclusivas. *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 59-64.

⁵⁰ *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., “Competencia exclusiva, orden público y Constitución (consideraciones sobre la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca [Sala de lo Civil], de 9 de diciembre de 1985)”, *RGD*, núms. 515 y 516, 1987, pp. 4259-4268.

extranjera, y se realiza de oficio únicamente en aquellos supuestos en que se interesen competencias exclusivas del Estado receptor. En el resto de supuestos, si bien el tribunal requerido persigue la protección del demandado, una aceptación de las competencias extranjeras no justificaría la denegación de del reconocimiento por este motivo. A estos efectos, es determinante el comportamiento del demandado durante el proceso seguido en origen⁵¹. Así, por ejemplo, queda descartado el rechazo de la decisión si el demandado no impugnó la competencia del tribunal en el proceso seguido en el extranjero. En tal caso, se presume la sumisión tácita al órgano jurisdiccional extranjero, quedando precluida la opción de impugnar dicha competencia en sede de reconocimiento, pero si se tratara de tutelar derechos de menores o incapaces, este control podría activarse a instancia del Ministerio Fiscal.

c) Regularidad del proceso

El control de que el demandado ha dispuesto del derecho de defensa en el proceso seguido en su contra en el extranjero, constituye otra condición común a todos los convenios internacionales susceptibles de ser aplicados a las decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales en España y en Colombia. Se trata de una condición básica, cuya finalidad es garantizar que la decisión extranjera no vulnere principios fundamentales constitucionalmente protegidos, sin que ello, en ningún caso, implique su identificación con las exigencias locales.

⁵¹*Vid.* ARENA GARCÍA, R., “Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC 2000”, *AEDIPr*, 2001, pp. 155-199, pp.156-178; id: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 34-147.

Al margen de la cuestión relativa a la forma en que esta exigencia se ha de acreditar, cuya regulación difiere considerablemente de un instrumento convencional a otro, cabe asimismo apreciar diferencias en la propia configuración de la referida exigencia, ya que mientras que en unos textos convencionales simplemente se efectúa una referencia genérica a la notificación, otros, en cambio, la abordan de forma más específica⁵². Tan solo el CHC excluye de sus controles esta exigencia. Condiciones relativas al fondo de la decisión

d) Condiciones relativas al fondo

i) Ausencia de control de fondo

El objetivo perseguido con el reconocimiento consiste básicamente en el control formal de la decisión extranjera, esto es, si cumple las condiciones exigidas por el régimen de validez

⁵²A esta cuestión se refieren los Convenios con Suiza por que se exige la debida citación y representación, pero no hace referencia a la cuestión temporal (art 6.2). El convenio con la URSS (Federación Rusa) reconoce la necesidad del debido emplazamiento al demandado o su representante legal con tiempo para articular la defensa, conforme a las leyes del Estado de origen de la decisión y, además, es el único convenio que reconoce expresamente que no será válida la notificación mediante edictos (art. 18.2). El Convenio con China (art. 22. 4 y 5) se refiere a la debida citación y representación. En los mismos términos se pronuncia el Convenio con Marruecos (art. 23.2), Argelia (art. 16. b) y Mauritania (art.16.1 b), mientras el Convenio con Túnez (art 17 inc.b) se refiere únicamente a la citación regular. Por lo que concierne a Colombia, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889 (art. 5 inc. c) y el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros (art. 5 c) se refieren a la citación legal y a la representación, mientras el Tratado con Ecuador hace alusión únicamente a la citación legal (art. XLI.2). Más explícita ha sido la regulación contenida en la Convención interamericana sobre validez extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (art. 2 inc. e y f), cuando distingue la notificación debida de las garantías de defensa de las partes, exigiendo, además, que la notificación sea sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto.

aplicable. En ningún caso se plantea como una nueva consideración de los hechos y fundamentos que el juez de origen tuvo a bien estimar para sustentar su decisión⁵³. De ahí que la prohibición de la revisión del fondo sea, además de una consecuencia lógica de la cooperación internacional en la que se inspira el reconocimiento y ejecución de sentencias, una constante en casi todos los textos convencionales vigentes en España que afectan el ámbito de las crisis⁵⁴, aun cuando es cierto que algunos convenios internacionales no lo contemplan⁵⁵.

ii) Control de la ley aplicada

La regla general de la que parten la mayoría de los instrumentos convencionales sobre reconocimiento de sentencias en vigor para España, es la de excluir el control de la ley aplicada como causa de denegación del reconocimiento, sin embargo, el ámbito material que nos ocupa (crisis matrimoniales), es usual que dicha regla general se vea excepcionada al preverse la realización de dicho control respecto de las decisiones relativas al estado y la capacidad de las personas físicas⁵⁶, extendiéndose en algunos convenios a las

⁵³Vid. REMIRO BOTRONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., pp 233 y 234.

⁵⁴ Los Convenios con Suiza (art.5); China (art. 23.2) excluyen expresamente la revisión del fondo. Los Convenios concluidos con Marruecos y Túnez (arts. 23 y 26. 1º) establecen que el tribunal del Estado requerido se limitará a averiguar si las condiciones han sido cumplidas.

⁵⁵ Además del CHC, en España no se pronuncian al respecto los Convenios con la URSS (Federación Rusa); Argelia y Mauritania. En cuanto a Colombia, ninguno de los instrumentos que afectan este ámbito material hacen alusión a este extremo.

⁵⁶ Los convenios con Francia (art. 5); Italia (art. 15); Alemania (art 6.2); Austria (art. 6); Checoslovaquia (República Checa y Eslovaca) (art. 22); China (art. 22.1); Argelia (art 16 inc. g); y Mauritania (art.16. g). En el convenio con Túnez esta regulación es ciertamente peculiar y confusa. Por un lado, establece un control de la ley aplicada que alcanza a decisiones en materia de familia, estado

decisiones relativas a las relaciones de familia, situaciones matrimoniales, régimen económico, representación, derechos sucesorios, declaración de ausencia, fallecimiento y sucesiones⁵⁷. Los convenios que contemplan el control de la ley aplicada respecto a este tipo de materias imponen a la autoridad del Estado requerido fiscalizar si la autoridad del Estado de origen ha fundado su decisión en un Derecho nacional distinto de aquel designado por sus normas de conflicto. Por tanto, siempre que la norma de conflicto del Estado de origen de la decisión aplicada ofrezca una solución distinta de la que se produciría de haberse aplicado la norma de conflicto del Estado receptor, la decisión quedaría excluida del reconocimiento. No obstante, casi la totalidad de los textos convencionales que imponen esta exigencia la atenuan si llegara al mismo resultado. En cualquier caso, hay que tener presente que en algunos textos convencionales en los participan

y capacidad de las personas (art 18.2), mientras, por otro, se colige, aunque muy difusamente, que la decisión extranjera podría reconocerse en el Estado receptor, aunque las normas de conflicto del Estado de origen den una solución distinta que las normas de conflicto del Estado receptor. Y ello, porque supedita este control a la notoria contrariedad con el ordenamiento del Estado requerido y no a una equivalencia de resultado. Suponemos, que se refiera a aquellas resoluciones cuya contrariedad no interese el orden público de Estado requerido, pues, en tal caso, la causa de denegación sería la del art. 17.d), si bien cabe señalar que tal solución puede conllevar además a un tratamiento dispar en tales supuestos, teniendo en cuenta que dependerá del alcance de la “notoria contrariedad” en el Estado donde vaya a tener lugar el reconocimiento. Según apunta cierta doctrina: “Se trata más que un control de ley aplicable, de un mecanismo de revisión de fondo o de conformidad con el Derecho del foro, de mayor alcance, necesariamente, que el orden público internacional”. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional Privado*, 7ª ed., Thomson Reuteurs/Civitas, Pamplona, 2013, p. 251.

⁵⁷Solo el convenio concluido con Bulgaria este control afecta todo su ámbito material (arts. 19.2 en relación con el 1.º 1).

España y Colombia este control es omitido⁵⁸, control que, por cierto, tampoco está presente en el ni en el convenio que vincula a España con Colombia

Sentado el control de la ley aplicada que, en el ámbito que nos movemos prevén determinados convenios en vigor en España, no podemos desconocer que, a pesar de que los tratados disfrutan de primacía respecto del Derecho interno de los Estados parte, algunos textos internacionales organizan su relación con otros regímenes de reconocimiento, incluido el régimen interno o autónomo, conforme al modelo de concurrencia o compatibilidad en base al principio de “*mayor favorabilidad*”⁵⁹. Conforme a este modelo⁶⁰, la decisión extranjera podría verse reconocida en el Estado parte receptor en aplicación del régimen autónomo si éste resulta más favorable, incluso si esta regla no se encuentra expresamente contenida en el texto convencional. Su aplicación, en este último caso, se deduce de la propia naturaleza y función de las

⁵⁸ Los Convenios de España con Suiza; URSS (Federación Rusa); Marruecos. Mientras ninguno de los instrumentos internacionales que vincula a Colombia contemplan esta exigencia.

⁵⁹ *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 550 y 553.

⁶⁰ Es el modelo seguido por los convenios con Alemania y con Austria, que aunque no resulten de aplicación a las situaciones de crisis matrimoniales, se siguen aplicando en materias excluidas de los reglamentos comunitarios. El Convenio con Alemania establece en su art. 23.2 que: “El presente Convenio no afectará a las normas más favorables de Derecho interno de las partes contratantes que faciliten el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva”. Por tanto, siempre que el régimen interno resulte más favorable al reconocimiento éste desplazará las disposiciones del Convenio. En igual sentido se pronuncia el art 19. 2 del Convenio con Austria.

normas de reconocimiento⁶¹. De ahí la importancia que el juego de este principio reviste el hecho de que el control de la ley aplicada no sea una condición exigible en el régimen común español. Es más, el llevarlo a cabo en aplicación del cualquiera de los convenios que sí lo contemplan, prodría llegar a ser incompatible con la doctrina sentada por el TC español⁶², ya que dicho control implica un control del fondo de la decisión, expresamente excluido, según se ha visto, de la normativa convencional y que solo estaría justificado de contravenirse en la decisión extranjera el orden público español.

iii) Orden público

En el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras la diversidad de resultados no conduce *per se* al rechazo de resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de otros Estados. Los Estados, vienen obligados a recibir aquellos resultados que, aun siendo diferentes, resulten compatibles con sus principios y valores fundamentales presentes en el momento del reconocimiento, pudiendo solo rechazar aquellos que lo contradigan. Deviene así, fundamental, noción de orden público. La formulación del orden público, cuyo contenido puede ser procesal o sustantivo se presenta ciertamente diversa en los distintos regímenes convencionales de reconocimiento. Así, mientras que en determinados convenios los referidos contenidos quedan encerrados en el concepto global de orden público (procesal y sustantivo), otros distribuyen el control de tales contenidos en

⁶¹ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 194.

⁶² Vid. Sent. TC (Sala 2ª), núm. 54/1989.

distintas condiciones de reconocimiento (control de las garantías procesales y control de orden público).

Con la única salvedad del Convenio concluido entre España y China⁶³, la totalidad de convenios bilaterales y multilaterales suscritos por ambos Estados incluyen el orden público como condición del reconocimiento, si bien su articulación carece de uniformidad en los distintos textos internacionales. En los convenios suscritos por España la formulación de la reserva de orden público es ciertamente diversa. Así, por ejemplo, el convenio concluido con Suiza aborda el orden público como la contrariedad con el Derecho Público⁶⁴, mientras que el convenio con Colombia habla de una simple oposición a las leyes⁶⁵. Por su parte, en el Convenio con la URSS se refiere a que el reconocimiento no afecte principios básicos⁶⁶. En los restantes convenios nos encontramos una referencia expresa a la contrariedad con el orden público del

⁶³Aunque, el Convenio con China muestra una arista particularmente infrecuente, al no incluir una cláusula general de orden público, si bien lo que no contempla el mencionado Convenio es únicamente la vertiente sustantiva del orden público, pues la vertiente procesal se ha visto recogida en otras causas de denegación del reconocimiento, control de la competencia (art. 22.1), rebeldía del demandado (art. 22.4 y 5), o la inconciliabilidad (art. 22.6).

⁶⁴Según el art. 6.3: “si las reglas de Derecho Público del país a donde se pida la ejecución se oponen a que la decisión de la jurisdicción extranjera reciba en él su cumplimiento”. Al respecto reitera REMIRO BROTONS: “(...) el orden público y Derecho Público no coinciden se superponen de manera desigual”. *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 225.

⁶⁵ Art. 1.2: “Que no se opongan a las leyes vigentes en el Estado en que se solicite su ejecución”.

⁶⁶Art. 18.6: “Que el reconocimiento o la ejecución de la resolución no afecte a la soberanía, seguridad o principios básicos de la legislación de la Parte Contratante requerida”.

foro en términos muy similares (Marruecos⁶⁷; Túnez⁶⁸; Argelia⁶⁹; Mauritania⁷⁰).

Esta tendencia ha sido también la seguida por la mayoría de los convenios bilaterales y multilaterales en los que participa Colombia (Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889⁷¹; el Tratado con Ecuador⁷²; el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros⁷³). Tan solo se separa la Convención sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, que

⁶⁷ Art. 23.4: “La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional privado que sean aplicables en el mismo”.

⁶⁸ Art. 17.d): “Que la resolución no sea contraria al orden público el Estado en que se invoque o a los principios de derecho público aplicables en ese Estado”.

⁶⁹ Art. 16.f): “Que la resolución no sea contraria al orden público el Estado donde haya sido invocada.

⁷⁰ Art 16 inc. f), en los mismos términos que en el convenio con Argelia.

⁷¹ Art. 5 d): “que no se opongan al orden público del país de su cumplimiento”.

⁷² Según este Tratado reconoce la clausula de orden público puede variar atendiendo a si el reconocimiento tiene lugar entre los Estado signatarios, o, en su caso si deriva de otros Estados no parte del Tratado. Así, en aplicación del art. XLVII, “Lo dispuesto en los artículos 40, 41, 42 y 43 se observará también respecto de las sentencias y otros actos judiciales, así como sobre los arbitrales expedidos en países extraños a las Repúblicas contratantes”. Y ello en relación con el art. LII, según el cual, el régimen previsto en el Tratado será igualmente aplicable -sin perjuicio de los Tratados vigentes con otras naciones-, si resulta más favorable al reconocimiento de ciudadanos de otras repúblicas y exista reciprocidad. En el primer caso el orden público es entendido como una oposición a la jurisdicción nacional (art. XLI.1). En el segundo caso, llama la atención que el orden público es definido más ampliamente. Así, el artículo art. LUI dispone que: “Las leyes, sentencias, contratos y demás actos jurídicos que hayan tenido origen en el país extranjero, sólo se observarán en la República en cuanto no sean incompatibles con su Constitución política, con las leyes de orden público ó con las buenas costumbres”.

⁷³ Art. 5 d): “Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución”.

limita la intervención del orden público a los supuestos de contrariedad manifiesta⁷⁴.

e) Inconciliabilidad con decisión preexistente en el foro o en un tercer Estado

Todo sistema jurídico acoge como presupuesto frente al reconocimiento de decisiones extranjeras el mantenimiento de su coherencia interna, tratando de evitar la coexistencia dentro del mismo territorio de decisiones contradictorias entre sí. Una decisión extranjera en materia matrimonial puede plantear antinomias con otra adoptada por nuestras autoridades, prevaleciendo en todo caso esta última (regla de la primacía del foro)⁷⁵. Asimismo, puede suceder que tal antinomia se plantee entre dos decisiones extranjeras cuyo reconocimiento se pretende en el Estado requerido, previéndose en tal caso la prevalencia de la dictada en primer lugar (regla de la prioridad temporal)⁷⁶. Conviene

⁷⁴Art. 2 h): “Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución”.

⁷⁵ Conforme a esta regla una decisión del foro prevalecerá la sobre cualquier resolución extranjera independientemente de la fecha en la que se haya dictado, bien sea Estado parte o tercer Estado.

⁷⁶ Según esta regla prevalecerá siempre la primera decisión adoptada, siempre quedando abierta la cuestión de saber cuál es el momento que se ha de tomar como referente para estimar la primacía. Aunque tanto la resolución pronunciada en un país miembro como la dictada en un tercer Estado, llegan simultáneamente al conocimiento del Juez, hay que tener en cuenta que el orden lógico de análisis será estudiar primero la que fue dictada en primer lugar en aplicación del principio *prius in tempore*. Al hacerlo, el Magistrado deberá comprobar si cumple los requisitos necesarios para obtener el exequátur y, si los cumple, deberá reconocerla, porque sus normas convencionales o autónomas así se lo exigen. Una vez reconocida, la resolución del tercer país pasa a convertirse en una sentencia española y los efectos en ella declarados o constituidos gozan de la fuerza de cosa juzgada en España. Culminada esta fase pasará al examen de la segunda decisión; verificará si existe una identidad de partes, objeto y causa con la otra y, de ser así, habrá de llegar a la conclusión de que la sentencia del país miembro se ha pronunciado sobre algo que ya era

subrayar, además, que para que exista contradicción, no se exige una identidad absoluta de objeto, sujeto y causa, considerándose suficiente el que la decisión extranjera comporte consecuencias jurídicas excluyentes con respecto a la decisión existente en foro⁷⁷.

La falta de uniformidad en la regulación del control de no contradicción dentro del régimen convencional español se traduce en diversidad de variables en su formulación, lo que obliga a un seguimiento puntual del concreto texto convencional aplicable. Salvo algunas excepciones⁷⁸, los convenios bilaterales suscritos por España, contemplan expresamente este control, aunque su alcance no es siempre el mismo. En todos ellos el control de la inconciliabilidad impide el reconocimiento de una decisión extranjera de existir otra en el foro que la contradiga⁷⁹. Donde sí se advierten diferencias es en lo relativo al control de la inconciliabilidad entre decisiones extranjeras. Algunos Convenios en los que España

cosa juzgada en el Estado requerido en el momento de tomarla en consideración. En cuanto a la eventual colisión entre resoluciones dictadas en dos Estados miembros distintos la solución es la misma y el apoyo lógico idéntico”. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2008, p. 233.

⁷⁷ La identidad exigida sobre el objeto debe entenderse en términos amplios y no formales. No se trata de que el *petitum* de ambas demandas coincida exactamente, siendo suficiente con que exista coincidencia en cuestiones esenciales. Basta con que la incompatibilidad se produzca en sus consecuencias si dos decisiones fueran eficaces al mismo tiempo en el foro. Es, por consiguiente, incompatible una decisión extranjera que asigna alimentos al cónyuge por divorcio con otra decisión del foro que niega el *exequatur* al divorcio (SSTJCE de 4 de febrero de 1988 - Asunto. 145/1986: “*Hoffman*”- y de 6 de junio de 2002 –Asunto. C-80/2000: “*Italian Leather Spa/WECO*”-. FERNÁNDEZ ROSAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado, op., cit.*, p. 260; VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional, op. cit.*, p. 657.

⁷⁸ Los convenios con Suiza y Colombia.

⁷⁹ Los convenios con URSS (Federación Rusa) (art 18. 3); China (art 22.6); Marruecos (art. 23.4 y 5); Túnez (art. 17 inc. e y f); Argelia (art. 16.d y e) y Mauritania (art. 16 c y d).

participa no incluyen una referencia expresa a la posible contradicción entre una decisión del Estado parte y otra de un tercer Estado⁸⁰. Concretamente, si atendemos a lo que al respecto establece el régimen convencional español, podríamos hablar de la existencia de dos posibles modelos: 1) exigir que la decisión dictada en el tercer Estado ya sea reconocida en el Estado requerido⁸¹ y 2) considerar que es suficiente con que la decisión dictada en el tercer Estado sea susceptible de ser reconocida en el Estados requerido⁸². En tales supuestos hay que tener en cuenta que sea cual fuere el régimen de reconocimiento el criterio que prima es el de prioridad temporal.

A todo lo anterior hay que añadir el concepto de inconclibilidad acogido en los convenios no es siempre igual de restrictivo, ya que mientras unos se exige la triple identidad de partes, objeto y causa⁸³, otros solo requieren identidad objeto y causa⁸⁴.

Dentro del régimen convencional bilateral del que España forma parte este control se extiende asimismo a procesos pendientes. Excepto el Convenio con China⁸⁵, todos los convenios establecen el rechazo de la decisión extranjera por este motivo si el

⁸⁰ Los convenios con Túnez; Argelia; y Mauritania.

⁸¹ El Convenio con China (art. 22.6).

⁸² El convenio con la URSS (Federación Rusa) (art.18.3).

⁸³ Los Convenios con la URSS (Federación Rusa) (art.18.3); China (art. 22.6 *in fine*); Túnez [art. 17 e) y f)].

⁸⁴ Los convenios con Marruecos (arts. 23.5); Argelia (art. 16); y Mauritania [art. 16.1 e)].

⁸⁵ Art. 22. 6.

proceso del foro se ha iniciado con anterioridad al proceso extranjero que ha dado lugar a la decisión cuyo reconocimiento se interesa⁸⁶.

Finalmente, cabe destacar que los convenios internacionales que afectan a este ámbito material y de los que Colombia es Estado parte no contemplan el control de no contradicción de manera diferenciada del orden público, ni siquiera los concluidos más recientemente.

En base al principio de la prioridad temporal asimismo, la gran mayoría los textos convencionales de los que España es parte exigen que la decisión extranjera sea compatible con un proceso pendiente en el Estado requerido, si el proceso extranjero se ha iniciado con anterioridad al proceso abierto en el foro⁸⁷. Esta regla, no obstante, conoce de alguna excepción⁸⁸ dentro del régimen convencional español, admitiéndose la posibilidad de que el reconocimiento de una decisión extranjera sea denegado con independencia de que el proceso abierto en el foro sea anterior o posterior al proceso que dio lugar a la sentencia cuyo reconocimiento se interesa. El factor temporal, por tanto, carece de valor, prevaleciendo en todo caso el proceso seguido en el foro (primacía del foro). Así, pues, se sigue la misma regla consagrada

⁸⁶ Los Convenio con URSS (Federación Rusa) (art. 22.3); Marruecos (arts. 23.5); Túnez [art. 17 f)]; Argelia [art. 16.c)]; y Mauritania [art. 16.1 e)].

⁸⁷ Los Convenios con URSS (Federación Rusa) (art. 18.3); China (art. 22.6); Marruecos (art. 23.5); Túnez (art.17 f); Argelia (art. 16 e) y Mauritania (art. 16 e).

⁸⁸ Convenio con China (art. 22.6).

para los supuestos en los que una decisión extranjera contradice la del foro.

Por otro lado, no hay que olvidar que algunos textos convencionales e institucionales de los España es parte contienen reglas de litispendencia que ayudan a paliar los efectos negativos que la inconciliabilidad pueda acarrear sobre procesos pendientes⁸⁹, si la decisión que en su caso pueda dictarse en un Estado parte es susceptible de ser reconocida en el otro Estado parte⁹⁰. Por esta vía, los tribunales de un Estado parte quedan compelidos a rechazar la demanda o, si procede, suspender el procedimiento, de existir otra demanda entre las mismas partes, sobre los mismos hechos y con el mismo objeto en otro Estado parte que pueda originar una decisión susceptible de reconocimiento⁹¹.

Por último, los convenios internacionales que afectan a este ámbito material y de los que Colombia forma parte, tampoco contemplan este control respecto de los procesos pendientes.

B) Tipos de reconocimiento

La determinación del concreto efecto que se pretenda obtener en el foro por la decisión extranjera de divorcio, separación

⁸⁹ Vid. CANO BAZAGA, E., *La litispendencia comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 145-167.

⁹⁰ Sobre estos efectos. vid. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Internacional...*, op. cit., pp. 362-381.

⁹¹ Los Convenios con Alemania (art. 21.1), Austria (art. 18.1), y Francia (art. 10). Conforme a estas reglas, los tribunales de una de las partes contratantes podrán declarar admisible la demanda interpuesta o, en su caso, suspender temporalmente la tramitación de una demanda, cuando ya exista en un Tribunal de otro Estado parte otra demanda fundada en los mismos hechos, con el mismo objeto y entre las mismas partes que pueda dar lugar a una resolución susceptible de ser reconocida y ejecutada.

o nulidad matrimonial, deviene fundamental de cara a la aplicación de los convenios internacionales sobre reconocimiento que vinculan a España y Colombia. Y ello por cuanto tales instrumentos establecen modalidades diferentes de reconocimiento en función del efecto perseguido⁹².

En efecto, dentro de los textos convencionales bilaterales y multilaterales suscritos por España y Colombia, los hay que adoptan el modelo de reconocimiento “por acto de la autoridad”, imponiendo la necesidad del *execuátur* cualquiera que sea el efecto pretendido por la decisión extranjera⁹³. Otros, en cambio, introducen junto al *execuátur* una segunda vía, la del reconocimiento automático⁹⁴, abriendo la posibilidad de que los interesados invoquen, en orden a la obtención de determinados efectos (constitutivo, cosa juzgada, e incluso registrales), el reconocimiento

⁹² Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras”, *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 498-503; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 419 y 420.

⁹³ Los convenios con Suiza (art.2); Colombia (art. 1); China (art. 22); Argelia (art. 20) y Mauritania (art.16); el Tratado entre Colombia y Ecuador (arts. XL y XLV); la Convención sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (art. 2).

⁹⁴Al margen del *execuátur*, los convenios con la URSS (Federación Rusa), Marruecos y Túnez, contemplan la posibilidad de reconocimiento automático para la obtención del efecto constitutivo, y de cosa juzgada de la decisión extranjera, admitiéndolo igualmente para la obtención del efecto de registral. En caso, no obstante de impugnación, los tres instrumentos coinciden en exigir la tramitación del *exequátur* podría desplegar, previo control de las condiciones por la autoridad competente (sin que sea necesaria la intervención judicial) y sin necesidad de procedimiento alguno. De los textos convencional suscritos por Colombia solo el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889, exceptúa las decisiones sobre jurisdicción voluntaria del trámite de *execuátur*, cuando reconoce en su art 8 que: “Los actos procesales no contenciosos como los inventarios, apertura de testamentos, tasaciones y otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás el mismo valor que si hubieran sido realizadas en su propio territorio, siempre que reúnan los requisitos autorizados en los artículos anteriores.

de la decisión extranjera de forma directa ante la autoridad competente⁹⁵.

El reconocimiento automático, a diferencia del modelo de homologación previa, permite a los interesados acceder al reconocimiento de forma más rápida y sencilla, ya que no conlleva la exigencia de un procedimiento judicial especial para conseguir de la decisión extranjera el efecto deseado. Ahora bien, ello en ningún caso lo exime de tener que superar el conjunto de controles previstos en el instrumento convencional correspondiente, controles que deberá llevar a cabo la autoridad ante la que se invoque la referida decisión. A ello hay que añadir que lo decidido por dicha autoridad, en modo alguno resulta vinculante para otras autoridades, al presentar su decisión un alcance limitado al concreto ámbito en el que la misma fue adoptada. De ahí que nada impida su impugnación en proceso judicial posterior⁹⁶. Finalmente, hay que tener presente que de hacerse valer la decisión extranjera en un procedimiento abierto en el foro para cuyo discernimiento resulte determinante lo resuelto en aquélla, el reconocimiento automático de la referida decisión se habrá de llevar a cabo por la vía de los

⁹⁵ Sobre la distinción entre ambos modelos vid. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 571-574.

⁹⁶ Si ante la autoridad judicial española se ha iniciado un procedimiento ya resuelto en el extranjero, el interesado podrá oponer la excepción de cosa juzgada, que será valorada por el juez que conoce del proceso abierto en España. Para ello será necesario que la decisión extranjera sea reconocida. De existir la posibilidad del reconocimiento incidental, el Juez español valorará si la decisión extranjera cumple las condiciones para ser reconocida automáticamente. “Su resolución acepta automáticamente –no incondicionalmente- el efecto de cosa juzgada de la decisión extranjera, pero no produce efectos más allá del procedimiento abierto ante dicho Juzgado de Primera Instancia”. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 226-227.

incidentes, hablándose por tal motivo de un reconocimiento incidental⁹⁷.

Por otro lado, debemos señalar que, dentro del régimen convencional español, algunos convenios hacen una referencia expresa a la posibilidad del reconocimiento o ejecución parcial de la decisión extranjera⁹⁸, posibilidad, a la que no aluden otros convenios. Esta posibilidad tampoco se contempla en la mayoría de los Tratados concluidos por Colombia⁹⁹.

C) Procedimiento de *execuátur*

La falta de uniformidad también gobierna el tratamiento dado al procedimiento de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras o procedimiento de *execuátur* dentro del régimen convencional bilateral y multilateral español y colombiano. Para la tramitación este procedimiento, algunos convenios remiten íntegramente al Derecho interno del Estado requerido, incluido

⁹⁷Expresamente lo refiere el art. 9 del Tratado de Derecho procesal internacional de 1889, al disponer que: “Cuando solo se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada de una sentencia o de un fallo, deberá ser presentado en juicio, con la documentación a que se refiere el artículo 6, en el momento que corresponda según la ley local; y los jueces o tribunales se pronunciarán sobre su mérito, en la sentencia que dicten, previa comprobación, con audiencia del ministerio público, de que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5”. *Vid.* MONROY CARBRA, M. G., *Tratado de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 298-299; GOLDSCHMID W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2ª edic., t.III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pp. 235 y 236.

⁹⁸ En los convenios con URSS (Federación Rusa) (art. 24.6); Marruecos (art. 26, párrafo 2º); Túnez (art. 22.1.3º).

⁹⁹Solo la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales contempla esta posibilidad, siempre que tenga lugar a instancia de la parte interesada (art. 4).

cuanto concierne a la autoridad competente¹⁰⁰. Otros, en cambio, limitan la remisión al Derecho interno en lo relativo al procedimiento, designando cuál es la autoridad competente para su tramitación¹⁰¹. A ello hay que añadir que con mayor o menor intensidad, casi todos los textos convencionales establecen algunas reglas que provocan un desplazamiento parcial del procedimiento fijado en la normativa autónoma, siendo ciertamente variopintas las matizaciones que en tal sentido se llevan a cabo¹⁰².

¹⁰⁰ Convenios suscritos por España con Suiza (arts. 2) hace una remisión genérica a la autoridad del Estado requerido, aunque se infiere que en el caso de España sea al Tribunal de Primera instancia ante la posibilidad de recurso (art. 5, párrafo 2º); URSS (Federación Rusa) las solicitudes podrán realizarse a través de los órganos del Estado donde haya sido dictada los que a su vez la enviarán al órgano competente de la otra Parte Contratante o ante el órgano competente para la ejecución siempre que tuviera su domicilio o la residencia en dicho territorio (art. 22). El convenio con Marruecos dispone que la autoridad competente será el Tribunal de Primera Instancia de cada uno de los Estados (art.25). Mientras que los convenios con Colombia (art. 3); Argelia (art. 20); Mauritania (art. 20); el Tratado de Derecho procesal internacional de 1889 (art.7); el Tratado con Ecuador (art. XLII); el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros (art. 7); y la Convención interamericana de sobre eficacia extraterritorial de sentencias y decisiones judiciales (art. 6) hacen una remisión íntegra.

¹⁰¹ Los convenios con China (art. 18 y 23) establece que las autoridades se informarán mutuamente de las autoridades competentes, aunque aclaran que las solicitudes de reconocimiento y ejecución se presentarán directamente por el interesado al órgano judicial competentes de la autoridad requerida (art. 19); URSS (Federación Rusa) (art. 24.3); Bulgaria (art. 20.4); Marruecos(art.25); Túnez establece que para España será competente el Tribunal de Primera Instancia y para Túnez el Tribunal competente conforme a su ley interna (art. 21); Tratado entre Colombia y Ecuador (art. XL).

¹⁰² 1) *En torno a los recursos* [Convenios con Suiza (art. 5); Colombia (art. 3)]. Sobre la posibilidad del reconocimiento parcial [En los convenios con la URSS (Federación Rusa) (art. 24.6); Marruecos (art. 26, párrafo 2º); Túnez (art. 22.1.3º)]. Sobre las vías de atribución de efectos [vid. supra cita 113 URSS (Federación Rusa) (art. 24)]; Marruecos (art. 28); Túnez(art. 24)]. 2) *Sobre las exigencias formales para la presentación de la demanda que da inicio al procedimiento* [Suiza (art. 2); China (art. 20); URSS (Federación Rusa)(art. 23.3); Marruecos (art. 28); Túnez (art. 24); Argelia (art. 18); Mauritania (art.18); el Tratado de Derecho procesal internacional de 1889 (art.6)]; Tratado con Ecuador (arts. XLVI, L y LI); Tratado sobre ejecución de actos (art.5); y Convención interamericana

II ANÁLISIS DEL CONVENIO DE 1908

1. **Ámbito de aplicación material: ¿inclusión de decisiones no judiciales sobre crisis matrimoniales?**

En el ámbito de las relaciones hispano-colombianas el reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales se rige por lo dispuesto en el Tratado de 1908 (en adelante CHC)¹⁰³, la primacía del régimen convencional sobre el régimen autónomo deriva, además de un mandato constitucional, de sus leyes procesales. En el caso de España, dicha primacía queda consagrada en el art. 96.1¹⁰⁴ de la Constitución Española (en adelante CE)¹⁰⁵, así como también

sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (art. 3)]. 3) *Sobre la traducción y debida legalización* [Convenios con Suiza (arts. 2 y 8); Colombia (art. 2); URSS (Federación Rusa (art. 23.3); Túnez [art. 24 e)]; Tratado de derecho procesal internacional Montevideo 1889 (art.4); Tratado con Ecuador (arts. L y LI); Tratado sobre ejecución de actos (art.4); y Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (art. 2.c)]; si bien algunos convenios quedan exceptuados de esta última exigencia [China(art 26); Marruecos (art. 39)]. 4) *Sobre el beneficio de justicia gratuita* [Convenios con Suiza (art. 2); China (art. 20.3); URSS (Federación Rusa) (art. 23); el Tratado de Derecho procesal internacional de 1889 (art.6). 5) *Sobre los mecanismos de asistencia judicial internacional* [el Convenio con la URSS (Federación Rusa) contempla la posibilidad de plantear el reconocimiento por conducto de la autoridad del Estado requirente (art. 22.1). *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento”. *AEDIPr.*, 2000, pp. 246-258.

¹⁰³ Casi un año después (16 de abril de 1909) fueron canjeadas las ratificaciones en Madrid.

¹⁰⁴ Según el citado precepto estipula: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

¹⁰⁵ BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978.

en el art. 951¹⁰⁶ la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 (en adelante LEC 1881)¹⁰⁷. Por su parte, en el Derecho colombiano, tal primacía jerárquica¹⁰⁸ queda refrendada por el art. 93¹⁰⁹ de la Constitución Política Colombiana (en adelante CPC)¹¹⁰, así como por el art. 693¹¹¹ de Código Procedimiento Civil colombiano (en adelante CPCC)¹¹².

Se trata de un convenio de contenido muy exiguo, ya consta únicamente de cuatro artículos, siendo además importantes las

¹⁰⁶ El art. 951 dispone: “Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos”

¹⁰⁷ *Gaceta de Madrid* de 5 al 22 de febrero de 1881. Corrección. de errores en *Gaceta de Madrid* de 5 de marzo de 1881.

¹⁰⁸ *Vid.* COCK ARANGO A., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 4ª edic., Prensas de la Universidad Nacional, Bogotá, 1952, p. 193.

¹⁰⁹ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocer los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos humanos ratificados por Colombia”.

¹¹⁰ *Gaceta Constitucional* núm. 116 de 20 de julio de 1991.

¹¹¹ “Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia”. La jurisprudencia colombiana ha ratificado reiteradamente que “(...) según el alcance del artículo 693 CPC (...) en Colombia en materia de ejecución se escogió el sistema combinado de reciprocidad diplomática con la legislativa, lo cual se traduce en que prioritariamente debe atenderse a las estipulaciones de los tratados que hayacebrado Colombia con el Estado de cuyos jueces provenga la sentencia que se pretenda ejecutar en nuestro territorio nacional; a falta de derecho convencional se impone, entonces, acoger las normas de la respectiva ley extranjera para darle al fallo la misma fuerza concebida por esa ley a las sentencias proferidas en Colombia por sus jueces”. (véase considerando 1º de la SCSJC, de 27 de septiembre de 1996).

¹¹² *DO* núm. 33.150 de 21 de septiembre de 1970.

carencias que en el mismo se aprecian, carencias fácilmente detectadas de la aproximación que se ha venido efectuando a los convenios internacionales susceptibles de ser aplicados al reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales en vigor tanto para España como para Colombia. El art. 1.º del CHC, comienza de la siguiente manera:

“Las sentencias civiles pronunciadas por los Tribunales Comunes de una de las altas Partes contratantes, serán ejecutadas en la otra, siempre que reúnan las condiciones siguientes:”

De la lectura del art. 1.º del CHC se desprende claramente el ámbito material de aplicación del Convenio: “sentencias civiles”. De ahí la necesidad de resolver en el marco del CHC el reconocimiento en cualquiera de los Estados parte de las decisiones de divorcio, separación y nulidad matrimonial, y ello con independencia del concreto pronunciamiento, principal (estado civil) o accesorio (alimentos, responsabilidad parental, régimen económico, etc) que se trate de hacer valer. El precepto, por otra parte, exige que la decisión cuyo reconocimiento se inste haya sido dictada por el tribunal de una de las partes contratantes. En principio, ello podría significar la exclusión del sistema de reconocimiento previsto en el Convenio de aquellas sentencias extranjeras dictadas por autoridades no jurisdiccionales¹¹³. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, en algunos ordenamientos, como es el caso precisamente del Derecho colombiano, este tipo de autoridades se hallan investidas de competencias para resolver sobre determinadas

¹¹³Así, por ejemplo, las dictadas por notarios, registradores, alcaldes, gobernadores civiles, etc.

materias del Derecho privado, similar a la que poseen nuestros órganos jurisdiccionales para conocer de estas mismas materias.

Sobre este punto hay que señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia española coinciden en no exigir la identidad entre los modelos de administración de justicia de los Estados implicados en el reconocimiento. Basta con que las funciones desempeñadas por las autoridades extranjeras que han dictado la decisión resulten equivalentes a las desarrolladas por nuestros tribunales¹¹⁴. De ahí la necesidad de proceder a una interpretación amplia del término “sentencia”¹¹⁵ utilizado en el CHC, considerando en él comprendido toda resolución sobre el fondo adoptada en un proceso contencioso, al margen del sentido de la decisión (estimatorias o desestimatorias), de su contenido (declarativas, constitutivas o de condena), e incluso, de la autoridad que las haya pronunciado (judicial o no judicial)¹¹⁶.

En Derecho colombiano, está prevista la participación de autoridades no judiciales, en concreto de los notarios, además de en

¹¹⁴Vid. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 581.

¹¹⁵ Al alcance del término sentencia hacía alusión REMIRO BROTONS al aludir al cambio de conducta del TS, afirmando: “La Sala ha presumido que el legislador español al emplear el término *sentencia* en el contexto del procedimiento de *exequátur* no deseaba que fuera entendido en la forma precisa y concreta con que resulta definido en el art 369 de la LEC; su intención era englobar toda clase de resoluciones judiciales adoptadas en procedimientos contenciosos... siempre y cuando , y ahí reside el verdadero criterio delimitador, se tratase de resoluciones *firmes*”. Y reiteraba: “La Sala no lo ha dicho expresamente, pero ha obrado en consecuencia. Su general desinterés por verificar qué había detrás de la denominación de la resolución presentada a trámite, contrasta con su manifiesta preocupación por controlar y asegurarse de su firmeza. *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras...*, *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁶Vid. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 594.

la disolución del matrimonio, en la declaración cesación de eficacia civil del matrimonio religioso. Así se establece en la Ley 962 de 2005, por la que se dictan las disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos (en adelante Ley 962/2005)¹¹⁷. Concretamente, el art. 34 de la citada Ley, establece que: “Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por medio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley”¹¹⁸. En este proceso -añade-, de haber hijos menores participará el Defensor de Familia con el propósito de dar protección a los mismos, deben aquél, tras ser notificado del acuerdo al que hubieren llegado los cónyuges, emitir un informe en lo que concierne a los hijos¹¹⁹ (art. 34 *in fine*).

¹¹⁷ (DO 45963 de 8 de julio de 2005). Téngase en cuenta que el art. 15 de la Ley 25 de 17 de diciembre de 1992 derogó el Decreto 1900 de 24 de agosto de 1989 que autorizaba el divorcio ante notario, ahora restablecido por la Ley 962 de 2005.

¹¹⁸ Los jueces civiles también serán competentes para disolver el matrimonio civil por mutuo acuerdo y para declarar la cesación de los efectos civil del matrimonio religioso (art. 6 de la Ley 25/1992).

¹¹⁹ Si no lo hace en el término fijado a tal efecto (15 días), el Notario deja constancia de tal circunstancia y autoriza una Escritura pública, enviándole una copia a cargo de los interesados. En caso de que el Defensor de Familia de emitiera un informe dentro del término señalado contentivo de algunas observaciones y éstas no fueran aceptadas por los cónyuges, se entiende por desistido el trámite del perfeccionamiento de la escritura, devolviendo la documentación a los interesados (art. 3 del Decreto 4436/2005). *Vid.* MONROE CABRA, M. G., *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*, 14ª edic, Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2012, pp. 329-330.

El artículo 34 Ley 962/2005 ha sido desarrollado mediante Decreto Nacional 4436 de 28 de enero de 2005, por el que se señalan los derechos notariales correspondientes¹²⁰. El Decreto describe el procedimiento a seguir desde la presentación del acuerdo ante la autoridad notarial colombiana hasta su inscripción en el Registro civil. El art. 1 del referido Decreto establece que: “El divorcio de matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, por mutuo acuerdo de los cónyuges, podrán tramitarse ante notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante escritura pública”. Asimismo señala que los cónyuges, junto a la solicitud de terminación de la relación matrimonial, podrán interesar el cumplimiento de las obligaciones alimenticias entre éstos y respecto a los hijos menores si los hubiere, las medidas sobre el régimen de custodia y visitas, así como los aspectos relativos a la sociedad conyugal. Satisfechos los requisitos formales y sustanciales del acuerdo, el Notario, en cumplimiento del art. 6 del Decreto, autorizará la escritura y ordenará su correspondiente inscripción en el Registro Civil colombiano.

Es evidente que la configuración del proceso seguido ante notario en el ordenamiento colombiano goza de amplias garantías formales y sustanciales que se concretan en el control y protección estatal de los derechos derivados de las obligaciones entre los cónyuges, y entre éstos y sus hijos. Se trata, por tanto, de una autoridad extrajudicial investida competencia para decidir (*ius imperii*)¹²¹ como así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia¹²²,

¹²⁰DO 46108 de 30 de noviembre de 2005.

¹²¹ *Vid.* ABARCA JUNCO, A. P., “Divorcio y Separación en el Derecho civil internacional”, en AGUILAR NAVARRO, M. A. (dir), *Derecho civil internacional*,

Además, las competencias desplegadas por los notarios colombianos en las que su intervención viene permitida, no se circunscriben a la de un simple fedatario público, sino que son equiparables a las desplegadas por nuestros tribunales. De ahí, la necesidad considerar, en sede de reconocimiento, a los notarios colombianos como autoridad extrajudicial con competencia para decidir (*ius imperii*), equiparando, por consiguiente, sus decisiones a las decisiones judiciales, tal y como viene haciendo nuestra jurisprudencia. Por ello sorprende, que el Tribunal de Primera

Artes Gráficas Benzal, Madrid, pp. 327-371, pp. 348-349, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Nota al Auto TS (Sala Civil) de 21 de abril de 1998”, *AEDRIP*, 2000, pp.854-856.

¹²² El AAP de Madrid núm. 384/2010, de 19 noviembre, señala: “... declarada la competencia del funcionario público de Colombia, que otorgó documento público sobre acuerdo de divorcio, en el ejercicio de la función análoga a la jurisdiccional, se salva el obstáculo indicado en la resolución apelada, cuando se afirmaba erróneamente que el procedimiento de exequátur sólo procede respecto de sentencias firmes, pues, antes bien, también es viable tal procedimiento para el reconocimiento del divorcio de mutuo acuerdo, declarado en escritura pública, y por un notario extranjero, de modo que resta ya solamente concluir que el artículo 34 de la ley 962, de 8 de julio de 2005, es conforme al orden público español, pues dicho precepto establece la posibilidad de acordar de mutuo acuerdo el divorcio del matrimonio civil, con cesación de efectos civiles de toda clase, generando las mismas consecuencias que aquél que se decreta judicialmente. Consta, por otra parte, que el matrimonio en su día contraído fue igualmente ante notario. Así las cosas, puede decirse que dicha norma es equiparable a lo dispuesto en los artículos 85, 86, en su relación con el artículo 81, todos ellos del Código Civil, en su redacción dada por ley 15/2005, 8 de julio. En suma, y por cuanto que el divorcio ha sido declarado de mutuo acuerdo, es consecuencia del ejercicio de una acción personal, no habiéndose dictado dicha resolución en rebeldía, cumpliéndose con lo prevenido en el artículo 954 de la antigua ley procesal, limitándose la autoridad pública extranjera a homologar el divorcio pactado por acuerdo de las partes debidamente autenticado, siendo así que la intervención del notario es constitutiva de la declaración de divorcio, no habiéndose producido ningún defecto formal en la tramitación del procedimiento, en lo que se refiere al emplazamiento de la demandada, que no ha formulado oposición, y visto el informe favorable del Ministerio Fiscal, estimando el recurso interpuesto, es lo procedente reconocer en España la declaración de divorcio entre los interesados indicados anteriormente, contenida en el documento público de fecha 18 de mayo de 2006”.

Instancia de Madrid¹²³ en su Auto núm. 80, de 3 de septiembre de 2009, inadmitiera a trámite el *execuátur* de la escritura notarial núm. 1131, de fecha 18 de mayo de 2006, formalizada en la notaría 32 del círculo de Bogotá distrito capital (Colombia), por la que se resolvía el divorcio por mutuo acuerdo de un matrimonio celebrado en Colombia, afirmando que “el *exequátur* sólo procede respecto de sentencias firmes”. Y ello, a pesar de ser ésta una tendencia abandonada por nuestra jurisprudencia hace más de una década, que admite sin problema la posibilidad de obtener el *execuátur* de decisiones adoptadas en el extranjero por autoridades no judiciales¹²⁴. La AP de Madrid, mediante Auto núm. 384/2010, de 19 noviembre, acabó estimando el recurso de apelación interpuesto contra el mencionado Auto, concediendo el *execuátur* a la mentada escritura notarial colombiana¹²⁵.

¹²³En su Auto núm. 80, de 3 de septiembre de 2009.

¹²⁴ En efecto, múltiples decisiones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras han recibido el beneplácito de nuestros tribunales (*ad ex.* Autos TS (Sala Civil) de 9 de febrero de 1999 (notario cubano); 18 de mayo de 1999 (autoridad administrativa japonesa); 13 de octubre de 1999 (autoridad registral mexicana); 1 de abril de 2000 (autoridad registral rusa); 14 de noviembre de 2000 (autoridad administrativa noruega); 18 de junio del 2002 (autoridad administrativa danesa); 6 de mayo de 2003 (autoridad consular egipcia); 31 de julio de 2003 (Ministerio de Justicia y de Asuntos eclesiásticos de islandés).

¹²⁵ La AP de Madrid, en su Auto, reconoce: “ (...) cabe precisar que ya se ha dado respuesta por el Tribunal Supremo a dicha cuestión (auto de 23 de febrero de 1999 , entre otros, con remisión a los autos de 1 de octubre y 19 de noviembre de 1996), de aplicación al presente supuesto, en el sentido de declarar que la intervención del notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo acuerdo sobre la disolución del vínculo matrimonial, lo que determina la atribución de competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados del mismo, de modo que no cabe desconocer que dicha intervención notarial supone el ejercicio de funciones de comprobación de la voluntad de las partes, de modo que puede decirse que el divorcio así obtenido no repugna ni es contrario al orden público interno, concepto este que ha sido desarrollado hasta cobrar un contenido netamente constitucional, comprensivo

Asimismo, hay que tener presente que el pasado 31 de octubre de 2013 fue aprobado por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria¹²⁶. En dicho proyecto se prevé que, los cónyuges, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, podrán de acordar de mutuo acuerdo ante Notario su separación¹²⁷ o divorcio¹²⁸, a través de la

de los principios jurídicos y derechos constitucionalmente consagrados, lo cual posibilita el reconocimiento de la escritura notarial que declara el divorcio, aun no interviniendo un órgano jurisdiccional en su concesión, sino una autoridad o funcionario de distinto orden con competencia para ello de acuerdo con el ordenamiento de origen (Tribunal Supremo, autos 2 de julio y 19 de noviembre de 1996 , y 4 de febrero de 1997 , entre otros). En la misma línea de razonamientos se ha expresado la Dirección General de los Registros y del Notariado, resolución de 4 de junio de 2007, al afirmar que, con remisión a la doctrina del Tribunal Supremo, es válido el proceso de exequátur por analogía e identidad de razón, respecto de la declaración de divorcio formalizada por notarios extranjeros”.

¹²⁶ Iniciativa que deriva del mandato contenido en la Disposición final decimo octava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7, de 8 de enero. Corrección de errores en *BOE* núm. 90, de 14 de abril de 2000 y *BOE* núm. 180, de 28 de julio de 2001), por la que se concedía el plazo de un año, contado desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2000, para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria.

¹²⁷ El otorgamiento de competencias a los notarios españoles para la separación de mutuo acuerdo supone la modificación del art. 82 del Cc. (art. 94.5 del Anteproyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria) en los siguientes términos:

“El artículo 82 queda redactado del siguiente modo:

1. También los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, mediante la formulación de convenio regulador en escritura pública, en la cual, junto a la voluntad inequívoca de separarse determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que puedan estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Notario. Igualmente deberán otorgarlo los hijos mayores o menores emancipados respecto a los que se establezca alguna medida por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

formulación de un convenio regulador, donde se consignará junto a la voluntad de separarse o divorciarse, las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación o del divorcio, según corresponda¹²⁹¹³⁰. El divorcio o la separación del vínculo

2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente complementada que dependan de sus progenitores.”

¹²⁸ Asimismo, el otorgamiento de competencias a los notarios españoles para el divorcio de mutuo acuerdo supone la modificación del arts. 87 del Cc (art. 94.5 del anteproyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria), en los siguientes términos:

“El artículo 87 queda redactado del siguiente modo:

También los cónyuges podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, cuando concurran los mismos requisitos y circunstancias exigidos en él.

¹²⁹ En cuanto a los efectos de la separación, el anteproyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria introduce en el art. 94.5 las siguientes modificaciones al Código Civil Español:

“El artículo 83 queda redactado del siguiente modo:

La sentencia de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados.

Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que ésta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe.”

El artículo 84 queda redactado del siguiente modo:

La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

matrimonial ante el Notario, sin embargo, quedará vedada de existir hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente complementada que dependan de sus progenitores¹³¹.

Debido a la amplitud de los supuestos de divorcio notarial admitidos en Colombia respecto de las variantes barajadas en el proyecto de ley español, en principio, no debería plantear problemas el reconocimiento en Colombia de los divorcios que puedan llegar a autorizar los notarios españoles. Sin embargo, la postura de las autoridades colombianas frente al futuro reconocimiento de separaciones notariales españolas no parece tan clara. Y ello por cuanto la competencia de los notarios colombianos en causas matrimoniales queda limitada a los divorcios de matrimonio civil y a la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso¹³², excluyendo las causas de separación. No obstante, según se ha visto, aquellas autoridades interpretan estas

Quando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública.”

¹³⁰ Respecto de la fecha en que se producirán los efectos del divorcio el art. 94.5 el anteproyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria introduce las siguientes modificaciones al Código Civil Español:

“El artículo 89 queda redactado del siguiente modo:

Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.”

¹³¹ Límite introducido por el art. 82. 2 del C.c.e., según la propuesta de modificación prevista en el art 94.5 del anteproyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria.

¹³² *Vid.* Art. 34 de la Ley 962/2005 y el art. 1 del Decreto Nacional 4436/2005.

competencias en base al principio de equivalencia de funciones, por lo que no debería plantear mayor problema el reconocimiento en Colombia de los acuerdos notariales de separación españoles. La duda sobre este punto tiene su origen en la reacción de la CSJC¹³³, cuando deniega el *execuátur* de un divorcio decretado por autoridades administrativas japonesas. La CSJC señala lo siguiente: “no está acreditado en el expediente que el certificado de que se habla esté equiparado a un fallo judicial en el ordenamiento jurídico del Japón”. Como se observa, la Alta Sala, fundamenta su fallo, no en el hecho de exigir que el alcalde japonés desempeñe funciones que respondan de manera exacta o absoluta a los parámetros de jueces colombianos, sino en la falta de acreditación de la equivalencia entre las competencias de aquella autoridad y las jurisdiccionales del foro¹³⁴. En cualquier caso, sea cual fuere la motivación real de la CSJC, también es cierto que en ninguna parte de la sentencia se hace alusión a la figura del divorcio notarial colombiano ni a las normas que lo refrendan, que son, en definitiva, el referente legislativo más próximo al supuesto japonés.

2. Condiciones de reconocimiento

¹³³En su Sentencia de 23 de noviembre de 2011.

¹³⁴No obstante, a la hora de argumentar la denegación de *execuátur*, la CSJC incurre en algunas contradicciones que no aclaran si la Sala realmente buscaba la equiparación o la identificación entre el acto administrativo del alcalde japonés y las decisiones judiciales colombianas. En tal sentido, ratifica la Sala que: “En efecto, con miras a corroborar la disolución del vínculo conyugal se alegó “certificado de recepción [de]denuncia de divorcio presentado el 1º de febrero de 2001” ante el “Alcalde de Mito, Japón” (folio 5), acto que al no poderse calificar como sentencia, ni haberse demostrado que se asimila a una providencia judicial, no permite predicar el cumplimiento de los presupuestos que para el *execuátur* consagra la legislación Colombiana, menos cuando tampoco se probó la existencia de reciprocidad diplomática o legislativa, ni que la respectiva “decisión judicial” se hallara ejecutoriada”.

Tras la aproximación llevada a cabo en el epígrafe anterior al régimen de reconocimiento previsto en los convenios internacionales de los Estados implicados en el presente estudio, procederemos, a continuación, a analizar específicamente el régimen que para el reconocimiento de este tipo de decisiones arbitra el CHC.

Comenzaremos refiriéndonos al ámbito de aplicación del Convenio. A continuación analizaremos las condiciones de reconocimiento, examinando primeramente las condiciones previstas en el Convenio, y posteriormente las condiciones no contempladas en dicho Convenio.

A) Condiciones de reconocimiento previstas en el CHC

a) Firmeza y ejecutoriedad

La primera exigencia que deberán cumplir las decisiones de divorcio, separación o nulidad matrimonial adoptadas en cualquiera de los dos países que pretendan hacerse valer en el otro, es que sean definitivas (art. 1.º Primero). La firmeza de las decisiones, presente, como se ha visto, en un considerable número de textos internacionales, no figura en CHC como presupuesto de reconocimiento. Y, aunque éste convenio no fue el único que prescindió de la exigencia de firmeza, su exclusión no se justifica cronológicamente, si para ello tomamos en consideración que la aparición de la “firmeza” dentro del sistema de reconocimiento español ya se había consagrado la LEC de 1881 (anterior al CHC de 1908). El todavía vigente art. 951 LEC 1881 prevé que: “Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en

España la fuerza que establezcan los tratados respectivos”¹³⁵. No obstante, según asegura la más autorizada la doctrina española, que aunque dicho término no aparezca por ninguna parte del convenio¹³⁶, éste excluye de su ámbito de aplicación las decisiones que no hayan alcanzado su firmeza.

¹³⁵ El art. 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil español (BOE núm 7, de 8 de enero de 2000. Corrección de errores BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000 y BOE núm. 180, de 28 de julio de 2001) -en adelante LEC- distingue entre resoluciones definitivas y firmes (cosa juzgada formal): “1. Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan recursos interpuestos frente a ellas. 2. Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes los haya presentado 3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del procesal en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas. 4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella”. Por su parte, el art. 331 de los Decretos núms. 1400 y 2019, de 6 agosto y 26 de octubre de 1970, respectivamente, por los que se expide el Código de Procedimiento Civil Colombiano (DO núm. 331150 de 21 de septiembre de 1970 y DO núm. 33215 de 21 de septiembre) –en adelante CPCC-, establece que: “Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva. Las sentencias sujetas a consulta no quedarán firmes sino luego de surtida ésta”.

¹³⁶ REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de decisiones...*, *op. cit.*, p. 188, al referirse a los Convenios suscritos con Suiza y Colombia reconoce que dichos “...excluyen a las decisiones no firmes de su ámbito de aplicación...”, por más que el término firmeza no aparezca por ninguna parte de su articulado. El concertado con Suiza habla de “sentencias o fallos definitivos”, adjetivación poco afortunada por su polivalencia, que ya se encuentra en el Tratado con Cerdeña y a la que también recurre el suscrito con Colombia, y que trata de ser resuelta mediante la precisión de que una sentencia o fallo es “definitiva y ejecutoria” cuando no existe contra ella “apelación ni oposición”. Precisión semejante no figura en el Tratado hispano-colombiano. Pero tanto uno como otro se pronuncian en el sentido de que es la parte interesada en el *exequáutr* la que debe probar el carácter definitivo y ejecutoria de la decisión, especificando incluso el documento que al efecto debe ser aportado”.

Lo cierto es que, tanto para la jurisprudencia española como para la colombiana el cumplimiento de este requisito constituye un presupuesto esencial presente en todos los autos y sentencias recaídos en procedimiento de *execuátur*¹³⁷ de decisiones procedentes de otro país, entre ellas, las referidas a las crisis matrimoniales, además de constituir una de las causas más frecuentes de denegación. Otra cosa es el fundamento del que sirven los jueces de uno y otro país para controlar el cumplimiento de esta exigencia. Así, mientras para practicar dicho control los jueces colombianos suelen invocar lo establecido en el art 694.3 del Código de Procedimiento Civil colombiano (en adelante CPCC)¹³⁸, no así el art. 1.º Primero del CHC¹³⁹, procediendo en ocasiones a una

¹³⁷ *Vid.* SCSJC de 29 de noviembre de 2011, en la que se deniega el *execuátur* de una sentencia española de divorcio decretada por el Juzgado de Primera Instancia de Alicante, por el hecho de que el interesado no había acreditado la ejecutoria la firmeza (En igual sentido véanse SCSJC de 17 de julio de 2009, 26 de mayo de 2011, de 26 de enero y 14 de octubre de 2011). Asimismo véase ATS de 20 de mayo de 2003, por el que se inadmite a trámite la solicitud de *execuátur* de la sentencia de fecha 12 de octubre de 2.001, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Sala de Familia), Colombia, por la que se aclaraba y revocaba la sentencia de divorcio dictada, en fecha 3 de agosto de 2.001, por el Juzgado Noveno de Familia de Santiago de Cali (Colombia), y ello en base a que la solicitud vino únicamente acompañada de la fotocopia de las dos resoluciones. En tal sentido el Alto Tribunal reconoce que: “Aun cuando, con carácter general, en los diferentes regímenes de reconocimiento no se prevea, de forma expresa, que, al momento de la presentación de la demanda de exequatur, se acompañe una copia auténtica del texto íntegro de la ejecutoria cuya homologación se pretende, dicha exigencia, en garantía de la integridad objetiva del proceso, necesariamente; ha de entenderse implícita por ser aquella el documento que determina el objeto sobre el que se proyecta la pretensión ejercitada, y, por ende, sobre el que se ha de proyectar el control del cumplimiento de los requisitos a los que se condiciona el reconocimiento, de modo que su aportación, en esa fase inicial del proceso, se erige como un presupuesto procesal de ineludible cumplimiento para la admisión a trámite de aquella, dada la especial naturaleza que posee el exequátur”.

¹³⁸ *Diario Oficial* 33. 150 de 21 de septiembre de 1970.

¹³⁹ *Vid. Sent.* CSJC de 26 de mayo de 2010, donde se deniega la homologación de la providencia de 17 de marzo de 2006, proferida por el Juzgado de Primera

invocación conjunta del régimen convencional y de la normativa autónoma de reconocimiento de decisiones judiciales españolas ¹⁴⁰,

Instancia Número Siete de Castellón, España, razonando en sus considerandos del 4 y 5 lo siguiente: “4. A pesar de que se le solicitó en dos oportunidades (folios 50-51 y 78), el solicitante no aportó la mencionada prueba solemne. No consta en el expediente el certificado ministerial sobre la ejecutoria de la providencia. El peticionario se limitó a adjuntar una copia autenticada de la providencia judicial, con la anotación “*ES FIRME*”. Y añade, la sentencia, “5. Visto que la solicitud de *execuátur* no llena los requisitos previstos del numeral 3º del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, no podrá aC.c.e.derse a las peticiones de la demanda ni validarse el fallo extranjero”. En términos similares resuelve la SCSJC de 17 de julio de 2009 por la que se deniega el *execuátur* de la sentencia de divorcio de 22 de noviembre de 2005 proferida por el Juzgado de Primera Instancia No. 5 de Zaragoza, España. La Corte rechaza el *execuátur* en base al art 694.3 y 695.2 CPCC, reconociendo que “(...) como uno de los requisitos establecidos en el numeral 3º del artículo 694 del estatuto procesal civil “*para [que] la sentencia (...) surta efectos en el país*” es el de que “*se encuentre ejecutoriada*”, impidiéndose la concesión del *execuátur* de no venir acreditada tal firmeza, según lo determina la 2ª de las reglas del artículo 695 y como a la fecha, pese al amplio tiempo transcurrido, no se ha aportado la certificación reclamada, requisito esencial para la prosperidad de la demanda, no podrá en consecuencia validarse el fallo aportado”.

¹⁴⁰*Vid.* SCSJC de 14 de octubre de 2011, que se pronuncia en los siguientes términos: “Entre Colombia y el Reino de España existe reciprocidad diplomática en lo que se refiere al reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales proferidas en cualquiera de estos Estados, puesto que a tenor de lo preceptuado en el artículo 1º del Convenio sobre ejecución de sentencias civiles celebrado el 30 de mayo de 1908, aprobado en Colombia mediante la Ley 6ª de 1909, las sentencias civiles pronunciadas por los Tribunales comunes de una de las Altas Partes contratantes serán ejecutadas en la otra, siempre que reúnan los requisitos siguientes: 1º. Que sean definitivas y que estén ejecutoriadas como en derecho se necesitaría para ejecutarlas en el país en que se hayan dictado. 2º. Que no se opongan a las leyes vigentes en el Estado en que se solicite su ejecución”. Pero, más adelante añade: “(...) aunque la sentencia traída por el aquí demandante con el ánimo de obtener su reconocimiento y eficacia en Colombia sea de aquellas que declaran el divorcio de un matrimonio civil por el mutuo acuerdo de los contrayentes, ello per se no es suficiente para obtener la pretendida homologación, pues es necesaria la confluencia de los demás requisitos consagrados en el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, en particular, que el interesado acredite la ejecutoria de la providencia objeto de examen “de conformidad con la ley del país de origen”, carga que el actor no se allanó a satisfacer”. Asimismo, cabe referir la SCSJC de 24 de octubre de 2011, donde los jueces colombianos al tiempo que invocan el art. 1.1º Primero del CHC, terminan aplicando a la exigencia de firmeza y ejecutoriedad de la decisión española la condición prevista por la norma autónoma de reconocimiento. En ella concretamente se establece que el solicitante “desatendió la carga que le imponía el artículo 177 del estatuto procesal civil, pues no demostró uno de los presupuestos para la viabilidad del

a diferencia de lo que ocurre en sede española, donde esta condición es controlada invariablemente conforme al art. 1.º Primero del CHC¹⁴¹.

Íntimamente ligada a la cuestión de la firmeza se encuentra la segunda de las exigencias prevista en el texto convencional: que las decisiones “estén ejecutoriadas como en derecho se necesitaría para ejecutarlas en el país donde se hayan dictado”. La ejecutoria es el documento público donde se contiene la sentencia firme cuyo reconocimiento se pretende. Para ser considerada auténtica, la

execuátur de una sentencia foránea, como lo es el consagrado en el numeral 3º del artículo 694 del estatuto procesal civil, según el cual aquella debe encontrarse “ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen”, cuestión que itérese debió acreditarse en la forma indicada en el referido tratado bilateral, por lo que carece de eficacia probatoria la atestación de firmeza puesta por el juzgado extranjero de marras (folio 3). Esta Corporación, en un caso similar al aquí planteado, sostuvo que “(...) como uno de los requisitos establecidos en el numeral 3º del artículo 694 del estatuto procesal civil “para [que] la sentencia (...) surta efectos en el país” es que “se encuentre ejecutoriada”, impidiéndose la concesión del execuátur de no venir acreditada tal firmeza, según lo determina la 2ª de las reglas del artículo 695”.

¹⁴¹Vid. CSCSJC de 17 de julio de 2009, en la que se denegó el *execuátur* de la sentencia de 22 de noviembre de 2005, proferida por el Juzgado de Primera Instancia No. 5 de Zaragoza declarando la disolución del matrimonio. La Corte yerra al consignar en el fallo la improcedencia del *execuátur* en base una condición traída del régimen autónomo de validez, al señalar que “(...) no procede el *execuátur* por venir acreditada tal firmeza, según lo determina la 2ª de las reglas del artículo 695”. En igual sentido, *vid.* SCSJC de 26 de enero de 2011 “(...) como uno de los requisitos establecidos en el numeral 3º del artículo 694 del estatuto procesal civil “para que la sentencia (...) surta efectos en el país” es que “se encuentre ejecutoriada”, impidiéndose la concesión del execuátur de no venir acreditada tal firmeza, según lo determina la 2ª de las reglas del artículo 695”. Véase asimismo ATS de 27 de julio y de 30 noviembre de 2004, en los que se constata que la TS controla este requisitos en aplicación del CHC, al reconocer que: “Se han aportado los documentos siguientes: copia apostillada de la ejecutoria cuyo reconocimiento se pretende, con expresión de su firmeza; certificado de inscripción del matrimonio en el Registro Civil español. todos los requisitos establecidos por el Tratado bilateral aparecen debidamente cumplidos”. Y más adelante añade: “De conformidad con dicho Convenio ha de ser controlada la firmeza de la resolución (artículo 1º,1)”. En el mismo sentido véase ATS y de 30 noviembre y de 27 de julio de 2004 y de 7 de julio de 2005.

ejecutoria a la luz del ordenamiento del país en el que se haya originado deberá reunir ciertos requisitos formales, siendo precisamente el cumplimiento de tales requisitos lo que habrá de fiscalizar el juez del Estado requerido. Se trata, pues, de una condición imperativa cuya observancia deberá el interesado probar acompañando junto a la demanda copia auténtica del texto íntegro de la ejecutoria¹⁴².

Por otra parte, no hay que olvidar para que la ejecutoria haga fe en cualquiera de los Estados parte del Convenio, será necesario que aquélla cumpla los requisitos generales a los que se supedita la eficacia de cualquier documento público extranjero: que se encuentre debidamente legalizado y, en su caso, venga acompañado de una traducción. El requisito de la traducción constituye una exigencia formal no contemplada en el CHC¹⁴³. En principio, tal omisión puede parecer baladí, habida cuenta de que son ambos Estados hispanoparlantes. Sin embargo, no podemos desconocer que la decisión española cuyo reconocimiento se interese en Colombia puede estar redactada en cualquiera de las restantes lenguas oficiales españolas (catalán, euskera o gallego). No parece haber dudas que de plantearse tal supuesto, las autoridades colombianas se verían compelidas a exigir el cumplimiento del

¹⁴²*Vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, *op. cit.*, pp. 185-186.

¹⁴³ Este Convenio se desmarca de la gran mayoría de los convenios internacionales de reconocimiento de sentencias en los que participan España y Colombia, donde esta exigencia sí que está presente, aunque con distintas matizaciones en torno a quién debe realizar dicha traducción (agente diplomático o consular, traductor jurado, u otra persona autorizada). *Vid.* RUEDA VALDIVIA, R., “Comentarios al art. 95”, en COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2012, pp. 1293-1294, notas núms. 19-21.

requisito de traducción, pese a no venir obligada a ello por el CHC. Aunque en la práctica no se haya llegado a suscitar esta eventualidad, cabe advertir que la exigencia de la traducción de la decisión extranjera puede ser correcta a la luz de la normativa colombiana reguladora del *execuátur* (art. 695 *in fine* CPCC), pues se trata de un requerimiento se incluido en el trámite de *execuátur*¹⁴⁴ y no una condición del régimen estatal de validez colombiano.

La exigencia de legalización, en cambio, sí que aparece expresamente recogida el CHC. El art. 2 del CHC contempla la expedición de un certificado del Ministro de Gobierno o de Gracia y Justicia, cuyas firmas, añade, serán legalizadas por el Ministro de Estado o de Relaciones Exteriores, previa ratificación por el Agente diplomático acreditado en el país donde se interese la ejecución¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Bajo la rúbrica “Trámite del *execuátur*”, el art. 695 *in fine* CPCC dispone que: “Cuando la sentencia o el laudo no esté en castellano, se presentará con la copia del original su traducción en legal forma”. El artículo no define a quién corresponde hacer la traducción, debiendo los jueces colombianos atender a lo previsto en el art. 260 CPCC, donde se establece que: “Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente”.

¹⁴⁵ *Vid.* ATS de 20 de mayo de 2003 al referirse a la necesidad de que al momento de la presentación de la demanda se acompañe copia auténtica de la ejecutoria cuya homologación se pretende añade que: “El incumplimiento por la parte solicitante del *execuátur* de dicha exigencia formal, pues a su escrito de demanda sólo acompañó fotocopia de las resoluciones objeto de reconocimiento, acarrea la inadmisión de la demanda; de conformidad con lo dispuesto en el art. 269.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en relación con su art. 266.5°. Del mismo modo opera en sede colombiana, véanse SSCSJC de 3 de agosto de 2005 y de 3 de noviembre de 2010 “(...) en materia de *execuátur*, quien propugna por obtenerlo debe demostrar que se cumplen todas y cada una de las condiciones requeridas para el efecto, y, por consiguiente, una actitud pasiva o una actividad deficiente en ese sentido genera, sin más, la negación de la solicitud, sin perjuicio, claro está, de que se pueda acudir mediante nueva demanda que sea plenamente satisfactoria a provocar el reconocimiento de la sentencia extranjera”.

Sin embargo, es preciso destacar que este requisito se verá atenuado por el hecho de que tanto España como Colombia son Estados parte del Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros (en adelante CLH-1961)¹⁴⁶.

En aplicación del CLH-1961, la cadena de certificaciones que lleva aparejada la legalización queda sustituida por una certificación única, la apostilla, cuya función, al igual que la legalización, es la de certificar la autenticidad del documento que la contiene. Concretamente, según el art. 5.2ª CLH-1961 la apostilla tiene como finalidad certificar “la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento lleve”¹⁴⁷. Dicho esto, no podemos obviar que a diferencia de lo que sucede en la jurisprudencia española, una parte considerable de la jurisprudencia colombiana sigue exigiendo que las ejecutorias españolas vengan certificadas por el Ministro de Gobierno o de Gracia y Justicia. Y ello al entender que la apostilla

¹⁴⁶ En España (*BOE* núm. 229, de 25 de septiembre de 1978). En Colombia, mediante Ley 455 de 1998 (*Diario Oficial* núm. 43. 360 de 11 de agosto de 1998).

¹⁴⁷ En cuanto a la abolición del requisito de legalización para documentos extranjeros, la CHL-1961, dispuso en su art. 2 que: “(...) Cada Estado Contratante eximirá de legalización a los documentos a los que aplique el presente Convenio y que deban ser presentados en su territorio. A los efectos del presente Convenio, la legalización sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente (...)”. El art. 3, por su parte, establece que: “(...) La única formalidad que podrá exigirse a los fines de certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido, será la fijación de la apostilla descrita en el artículo 4, expedida por la autoridad competente del Estado del que emane el documento (...)”.

en ningún caso sustituye al certificado exigido por el CHC, sino únicamente a la legalización de las firmas que figuran en la ejecutoria¹⁴⁸, ignorando con ello que el propio art. 5° del CLH-1961 dispone que “La firma, sello o timbre que figuren sobre la apostilla quedarán exentos de toda certificación”. Lo cierto es que esta circunstancia ha motivado el rechazo de algunas decisiones españolas en sede colombiana, si bien no existe dentro de la jurisprudencia un criterio uniforme a la hora de practicar este control. Además, se observa que los tribunales que exigen este requisito lo hacen de conformidad con lo previsto en su normativa autónoma de reconocimiento (art. 694 del CPCC), y no en aplicación del CHC o CLH- 1961¹⁴⁹.

¹⁴⁸ *Vid.* SCSJC de 24 de octubre de 200, en relación con una ejecutoria española apostillada que se aportó sin el preceptivo “certificado”: “(...) Con relación a la ejecutoria de tales fallos convinieron que se acreditaría con el “certificado expedido por el Ministro de Gobierno o de Gracia y de Justicia, siendo la firma de éstos legalizada por el correspondiente Ministro de Estado o de Relaciones Exteriores y la de éste a su vez por el Agente Diplomático respectivo acreditado en el lugar de la legalización”. A éste último requerimiento no dio cumplimiento el peticionario, habida cuenta que no acreditó la ejecutoria de la sentencia cuya homologación reclama en la forma prescrita en el citado tratado. La verdad es que éste omitió aportar la certificación en cuestión, pese a que en el auto de 21 de noviembre de 2007 fue requerido para que la trajera al proceso, dándole a conocer el fundamento legal de dicha exigencia”.

¹⁴⁹ *Vid.* SCSJC de 29 de noviembre de 2011. En tal caso, a diferencia de la sentencia citada en la nota anterior, la Sala actúa correctamente cuando deniega el *execuátur* en base a que no fue aportada la ejecutoria de la decisión debidamente apostillada. En tal sentido ratifica la Sala: “En efecto, la copia de la sentencia que obra a folios 5 a 6 de este cuaderno carece de la certificación a la que alude el artículo 2° del Convenio sobre ejecución de sentencias civiles, deficiencia que no suple la figura de la apostilla regulada en el artículo 3° de la Ley 455 de 1998, aprobatoria de la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1961. En efecto, dicho instrumento internacional restringe su ámbito de aplicación a la legalización de los documentos públicos extendidos en uno de los países signatarios que deban presentarse en otro, entendiéndose por legalización, a voces del artículo 2° del Convenio, “el trámite mediante el cual los agentes diplomáticos o consulares del país en donde el documento ha

El CLH-1961 se aplica a todos los documentos públicos autorizados en un Estado contratante que deba ser presentado en otro Estado parte del convenio (art. 1). La apostilla cubrirá únicamente legalización de la decisión extranjera, esto es, la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares certifican la autenticidad de la firma (art. 2). Sin embargo, para que la apostilla cumpla la función de certificar que la decisión extranjera es auténtica, tendrá, primeramente, que ser expedida por la autoridad designada al efecto por el Estado parte¹⁵⁰, y, además cumplir las formalidades previstas en el art. 4 (modelo Anexo al Convenio). Además, la doctrina sostiene que este control se habrá de llevar a cabo de manera flexible. Y ello debido a la acusada heterogeneidad en la forma de expedir la apostilla por los Estados parte del Convenio¹⁵¹, pues los criterios utilizados por las distintas autoridades extranjeras encargadas de apostillar pueden no coincidir, donde, de conformidad con el CHL-1961, se considera suficiente la acreditación de la autenticidad de las decisiones

de ser presentado certifican la autenticidad de la firma, a qué título ha actuado la persona que firma el documento y, cuando proceda, la indicación del sello o estampilla que llevaré”. De tal manera, esos atributos a los que se refiere la última parte de la norma transcrita quedan comprobados mediante la figura de la apostilla, que en sí misma reviste la naturaleza de certificado estampado o anexo al cuerpo del documento, y cuyo modelo se incorporó en el acápite “Anexo a la Convención”, todo con el fin de unificar la forma para su reconocimiento en los países celebrantes del acuerdo internacional, o incluso sus adherentes”.

¹⁵⁰ Según el art. 6 del CLH-1961, cada Estado designará las autoridades a las que atribuye dicha competencia, listado que será notificado al Ministerio de Asuntos Extranjeros de los Países Bajos en el momento de la ratificación o adhesión o de su declaración de extensión y que podrá ser actualizado en cualquier momento.

¹⁵¹ *Vid.* RUEDA VALDIVIA, R., “Comentarios al art. 95”, *op. cit.*, pp. 1300-1301.

colombiana mediante la aportación de las copias apostilladas de las mismas¹⁵².

En caso de que no se cumplan alguno de los mencionados extremos, el juez podrá requerir de su cumplimiento a quien promueve el *execuátur*. Y de no atender ésta al requerimiento judicial, la consecuencias procesal podría ser bien a través la inadmisión a trámite del procedimiento¹⁵³, y, por consiguiente, su archivo, o, bien, la denegación del *execuátur*. En cualquiera de estos supuestos, al tratarse de una condición subsanable que no produce efectos de cosa juzgada, nada obstará a que el interesado pueda plantear -acompañando el documento omitido - una nueva solicitud de reconocimiento¹⁵⁴.

¹⁵²*Vid.* ATS (Sala Civil) de 27 de julio de 2004, donde se hace referencia a la “copia apostillada de la ejecutoria cuyo reconocimiento se pretende, con expresión de su firmeza (...)”.

¹⁵³En España, el art. 262.5º LEC exige que se deberán acompañar “Aquella otros documentos que la ley exija expresamente para la admisión de la demanda”. Mientras, el art. 266.2 LEC dispone que “No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266”. En este punto, el ATS de 20 de mayo de 2003 dictamina “la inadmisión a trámite de la presente solicitud de reconocimiento, y, consiguientemente, su archivo, sin perjuicio que, una vez se acompañe a la demanda el documento omitido, se forme nuevo rollo de Sala para la correspondiente tramitación del procedimiento”. Por lo que concierne a Colombia, el art. 77.7º CPCC exige que a la demanda deberán acompañarse “Las demás pruebas que para el caso especial exija este Código”. Por su parte, el art. 85.2 CPCC contempla como causa de inadmisión de la demanda “Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley”. Sin embargo, los jueces colombianos, en la generalidad de los casos, suelen admitir la demanda, y más tar, tras requerir al solicitante de la presentación de la ejecutoria auténtica y no hacerlo, aquél procede a rechazar el *execuátur*. (SCSJC de 3 de agosto de 2005, 3 de noviembre de 2010 y 24 de octubre de 2011, que coinden todas ellas en rechazar el *execuátur* por este motivo).

¹⁵⁴ En el caso de Colombia, *vid.* SCSJC de 24 de octubre de 2011 por la que este extremo se confirma al reconocer que: “(...) en materia de *execuátur*, quien propugna por obtenerlo debe demostrar que se cumplen todas y cada una de las condiciones requeridas para el efecto, y, por consiguiente, una

b) No oposición a las leyes vigentes en el Estado de ejecución

La fórmula utilizada por el legislador convencional en el art. 1.2º del CHC al enunciar en la segunda de las condiciones a las que supedita el reconocimiento recíproco de decisiones, exigiendo que estas no se opongan a las leyes vigentes en el Estado requerido, se aleja claramente del sentido impreso a la excepción de orden público desde la perspectiva internacional actual, dejando abierta una brecha interpretativa que hace más común que excepcional el recurso de orden público.

La primera dificultad que plantea la fórmula utilizada por el CHC es la precisar cuáles son esas leyes a las que se refiere el CHC cuya contravención se erige en causa de denegación del reconociendo ¿las sustantivas, las procesales, las imperativas, las normas de DIPr, o las que afectan derechos fundamentales? La respuesta a este interrogante debe localizarse en la doctrina y en la jurisprudencia de ambos ordenamientos, doctrina y jurisprudencia cuyo estudio nos permite extraer una conclusión: lo que para

actitud pasiva o una actividad deficiente en ese sentido genera, sin más, la negación de la solicitud, sin perjuicio, claro está, de que se pueda acudir mediante nueva demanda que sea plenamente satisfactoria a provocar el reconocimiento de la sentencia extranjera” En igual sentido *vid.* CSCSJC de 3 de agosto de 2005 y 3 de noviembre de 2010. En el caso de España, véase ATS de 20 de mayo de 2003, donde reitera que: “El incumplimiento por la parte solicitante del exequatur de dicha exigencia formal, pues a su escrito de demanda sólo acompañó fotocopia de las resoluciones objeto de reconocimiento, acarrea; de conformidad con lo dispuesto en el art. 269.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en relación con su art. 266.5º, la inadmisión a trámite de la presente solicitud de reconocimiento, y, consiguientemente, su archivo, sin perjuicio que, una vez se acompañe a la demanda el documento omitido, se forme nuevo rollo de Sala para la correspondiente tramitación del procedimiento”.

Colombia supone un ataque a su orden público¹⁵⁵, para España no lo es. Las particularidades más significativas que plantea esta excepción en su vertiente sustantiva serán abordadas en el Capítulo II. Ahora centraremos nuestra atención en el tratamiento de aquellas exigencias comunes al régimen de validez convencional, excluidas del CHC, entre ellas, las de orden público procesal.

B) Condiciones para el reconocimiento no previstas en el CHC

Cuatro son las condiciones de reconocimiento habituales, en el régimen convencional vigente tanto en España como en Colombia, pero que, sin embargo, no se hallan contempladas en el CHC: a) la notificación del demandado rebelde; b) la no contrariedad con una decisión o con un proceso abierto en el Estado requerido; c) el control de la competencia judicial internacional; y d) el control de la ley aplicada

a) Notificación del demandado rebelde

El CHC, a diferencia del resto de convenios actualmente vigentes, no contempla la notificación del demandado como condición de reconocimiento. Esta circunstancia, no obstante, no significa que su cumplimiento sea desconocido por parte de la autoridad requerida, ya que su control queda en cualquier caso comprendido en la cláusula general de orden público del art. 1.2

¹⁵⁵ A más de siglo y medio de distancia (1970), la norma autónoma de reconocimiento colombiana conserva la cláusula de orden público en términos similares al CHC. Así el art. 694.2 CPCC establece que para que proceda el reconocimiento de sentencias extranjeras éstas deberán cumplir el requisito de “no oposición a leyes y otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento”.

CHC¹⁵⁶. La notificación, como principio básico de justicia procesal, afecta al contenido esencial del derecho de tutela judicial efectiva¹⁵⁷, por lo que constituye una cuestión de orden público constitucional tanto para el ordenamiento español (art. 24 CE)¹⁵⁸ como para el colombiano (art. 29 CPC)¹⁵⁹. De ahí que su cumplimiento sea condición indispensable para el reconocimiento de decisiones

¹⁵⁶ Esta circunstancia suscitó en su día algunos errores de interpretación en parte de la doctrina española, desde un enfoque restrictivo del art. 27.1 del Convenio de Bruselas, al no estimar que el resto de garantías procesales no estipuladas en el mencionado precepto quedaban cubiertas por la cláusula general de orden público. Tal error quedó resuelto por Sent. TJUE de 28 de marzo de 2000 (*caso Krombach*) por la que se reconoce que los derechos de defensa o las garantías procesales fundamentales son partes consustancial del orden público al que se refiere el art. 27.1 del Convenio. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 245; VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 631.

¹⁵⁷ *Vid.* MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comarex, 2001, pp. 359 y 360.

¹⁵⁸ El art. 24.1 CE establece: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

¹⁵⁹ El art 29 CPC dispone: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se le alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

extranjeras, ya que su inobservancia puede suponer un ataque a principios fundamentales del Estado requerido¹⁶⁰.

En cualquier caso, no se puede desconocer que la omisión en CHC de una referencia expresa a la notificación del demandado resulta cuanto menos sorprendente, sobre todo si se tiene en cuenta que la extracción de esta condición de la cláusula general de orden público ya venía siendo una característica común a los textos contemporáneos de los que España y Colombia forman parte. Así, en el Convenio hispano-suizo de 1896 (art 6.1), en el Tratado de Derecho procesal internacional de 1889 [art. 5. inc. c)], en el Tratado de Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador de 1903 (art. XLI. 2º)¹⁶¹, y en el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros de 1911 [art. 5º. inc. c)].

En control que de la cuestión de la notificación del demandado ha de llegarse a cabo en el marco del art. 1.2 CHC no diferirá en lo esencial del que se ha de efectuar en aplicación del régimen autónomo de reconocimiento. Así pues, los fundamentos que sirven de base a la jurisprudencia española y a la colombiana para denegar, en el ámbito de sus respectivos regímenes estatales de reconocimiento el *execuátur* de una decisión extranjera de divorcio,

¹⁶⁰ Cabe destacar asimismo que forman parte del orden público el cumplimiento de otras garantías procesales en el proceso seguido en el extranjero, entre ellas, las de imparcialidad de tribunal, fundamentación jurídica, principio de un mínimo de prueba, necesidad de contradicción aun cuando las partes comparecen. *Vid.* REMIRO BROTONS A., *Ejecución de sentencias extranjeras...*, *op. cit.*, p. 227. En igual sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 245.

¹⁶¹ Resulta paradójico que este Convenio, siendo tan próximo en el tiempo al CHC, ya contemplara -aunque muy sucintamente-, una referencia independiente de este control “si la parte hubiera sido legalmente citada”.

separación o nulidad matrimonial por este motivo, serán también de aplicación, *mutatis mutandis*, en el marco del CHC.

El acto procesal de la notificación que constituye una manifestación del “*debido proceso*” que nace del principio de audiencia, principio básico de justicia procesal¹⁶². Y con su control se pretende evitar situaciones de indefensión¹⁶³, garantizándose que el demandado ha tenido conocimiento del proceso seguido en su contra a través de la citación personal (o emplazamiento). Además, de que la notificación se haya realizado de forma regular, habrá de controlarse que se haya llevado a cabo con tiempo suficiente, para que el demandado pueda desarrollar las estrategias procesales necesarias para su defensa¹⁶⁴, y ser oídos antes de fallar en el pleito.

¹⁶²Vid.MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales...., op.cit.*, pp. 359-360; id: *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2002, p. 156.

¹⁶³ El Tribunal Constitucional Español ha acotado que “la indefensión se produce cuando una de las partes se ve privada de la posibilidad de utilizar los medios legales suficientes para su defensa, viéndose con ello situada involuntariamente en una posición de desigualdad o viendo impedida la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado debate del desarrollo procesal”. Y añade, que “no puede alegarse indefensión cuando ésta tiene su origen, no en la decisión de quien juzga, sino en causas imputables a quien dice haberla sufrido, por su inactividad, desinterés, impericia o negligencia, o la de los profesionales que le defienden o representan, así como por la técnica o estrategia procesal empleada” (Sents.TC 265/1988; 132/1991 y Sents. TEDH de 20 junio de 2001 (*Pellegrini*) y de 3 mayo de 2011 (*Negrepontis-Giannisis*)).

¹⁶⁴Son básicamente tres los reclamos en torno a esta condición: a) que la notificación sea personal; b) que se practique con tiempo suficiente para articular adecuadamente la estrategia de defensa personal del demandado en el proceso de origen, y, c) la debida representación del demandado en aquel proceso, cuando eventualmente sea querida.Vid. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical”, en BORRÁS, A. (dir.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 77 y ss; id: *Derecho Procesal Civil Internacional....,op. cit.*, p. 632.

Al tratarse de un aspecto procesal, la regularidad en la notificación será verificada según la ley del Estado de origen de la decisión¹⁶⁵. Mientras la temporalidad, es una cuestión fáctica que deberá controlar el juez del Estado requerido conforme a sus propios criterios, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. En cualquier caso, la notificación formal de la demanda no conlleva necesariamente su regularidad. De ahí que el tribunal requerido, además de comprobar que se han respetado las normas sobre notificaciones del país de origen de la decisión deberá asegurarse

¹⁶⁵En concreto, la legislación interna colombiana contempla varias modalidades de notificación: a) notificación personal (es la que tiene lugar al demandado o a su representante o apoderado judicial, la del auto que confiere traslado de la demanda o que libra mandamiento ejecutivo, y en general la de la primera providencia que se dicte en todo proceso (art. 314-315 CPCC); b) notificación por aviso (se realiza cuando no sea posible efectuar la notificación personal al demandado. El aviso deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al día siguiente de la entrega. Cuando deba surtirse un traslado con entrega de copias, el notificado podrá retirarlas de la secretaría dentro de los tres días siguientes, vencidos los cuales comenzará a correr el término respectivo. El aviso se entregará a la parte interesada en que se practique la notificación, quien lo remitirá a través de servicio postal a la misma dirección a la que fue enviada la comunicación a que se refiere el numeral 1 del artículo 315 CPCC. Según el art. 320 CPCC cuando se trate de auto admisorio de la demanda o mandamiento de pago, el aviso deberá ir acompañado de copia informal de la providencia que se notifica y de la demanda, sin incluir sus anexos); c) notificación por Estado (es aquella notificación de los autos que no deba hacerse personalmente, se cumplirá por medio de anotación en estados que elaborara el secretario. La inserción en el estado se hará pasado un día de la fecha del auto, y en ella ha de constar (art. 321 CPCC); d) notificación mixtas (tiene lugar en aquellos supuestos donde haya que notificarse personalmente a una de las partes y a otra de las partes a través de la notificación por estado, la notificación personal se hará en primer término, salvo la del auto admisorio de la demanda y la del mandamiento ejecutivo (art. 322 CPCC); e) notificación por edictos (Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha, se harán saber por medio de edicto que deberá contener. En el edicto se fijará en lugar visible de la secretaría por tres días, y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto (art. 323 CPCC).

que la notificación se practicó de manera efectiva para ejercitar su defensa. Lo cierto es, que el hecho de que la notificación se haya practicado formalmente crea una sólida presunción de defensa que solo se destruye si el demandado logra demostrar que, pese a haber sido notificado, la forma en que dicha notificación fue practicada no le permitió ejercitar adecuadamente su derecho a defenderse, por ejemplo, por haberse concretado por algún medio ficticio como, edictos, gacetas, o cualquier otra modalidad que no sea la personal¹⁶⁶. De ahí que corresponda a él la carga de la prueba, prueba que no condiciona la decisión de juez, quien podría declarar la procedencia

¹⁶⁶Vid. ATS de 4 de agosto de 2010, en la que se deniega el *execuátur* de la decisión colombiana de divorcio por haberse notificado mediante edictos, señalándose que: “La notificación practicada por edictos sin haber intentado antes una notificación personal es insuficiente. El cumplimiento del principio de audiencia exige que se agoten todos los medios razonablemente posibles para la localización del demandado”. Asimismo resulta significativo el ATS de 30 de noviembre de 2004, el que declara que: “Del demandado, en el momento de promoverse el juicio de divorcio ante la jurisdicción colombiana y tal y como consta de la documentación obrante en autos, “se desconocía su paradero, su lugar de trabajo y no figuraba en el directorio telefónico” por lo que fue citado directamente por “carteles” y nombrándosele un Curador Ad-litem. Tan contundente afirmación conlleva a concluir con certeza que el demandado no tuvo conocimiento personal ni del inicio del pleito de origen ni de la propia sentencia dictada en el mismo, no pudiendo sostenerse que su ausencia en el juicio de origen se debiera a su propia voluntad y conveniencia, resultando, en consecuencia, comprometido el contenido del orden público en su aspecto procesal al no constar que la parte demandada hubiese tenido oportuna noticia del procedimiento seguido en el Estado de origen de modo tal que se le hubiera permitido ejercer en él todos los derechos de defensa que el ordenamiento aplicable ponía a su alcance y que incluye la posibilidad de recurrir la decisión judicial en caso de considerarla perjudicial para sus intereses, todo lo cual conlleva necesariamente a denegar el *execuátur* interesado”. En igual sentido (Autos TS de 23 diciembre del 1997; 17 de enero de 1998; 7 de abril 1998; 2 febrero de 1999; 22 de junio de 1999, 16 mayo de 2000; 23 enero de 2001; 27 marzo de 2001; 29 de enero de 2002; 11 febrero de 2003). En cualquier caso, hay que tener presente que para la jurisprudencia española no toda notificación practicada a través de edictos o por cualquier otro medio ficticio, constituye motivo suficiente para denegar el reconocimiento de la decisión extranjera. Así, no lo será en el caso de que se hayan agotado todos los medios razonables disponibles para la localización del demandado en circunstancias “equivalentes” a las previstas por nuestro Derecho Procesal, incluidos los supuestos de rescisión de sentencia firme a instancias del demandado rebelde contemplados en el art. 501 LEC.

del *execuátur* de entender que la notificación fue practicada regularmente. Y ello porque ante tales circunstancias el motivo de denegación solo sería sustentable en un eventual vicio en la práctica de la notificación¹⁶⁷.

En todo caso, queda descartada la posibilidad de denegar el reconocimiento en supuestos de rebeldía voluntaria o por negligencia, ya que la denegación del reconocimiento por la vía del control de la notificación del demandado solo está pensado para evitar que las decisiones extranjeras desplieguen sus efectos en el Estado requerido, si el demandado, por motivos que no le sean imputables, se haya visto impedido de ejercitar sus derechos de defensa¹⁶⁸. Y es que no hay

¹⁶⁷En suma, aún en desprecio de estos argumentos, admitir el reconocimiento de sentencias extranjeras con estas incoherencias se erigiría en endeble fundamento constitucional, comprometiendo de esta forma el derecho de tutela judicial efectiva del demandado, al desconocer el contenido de la demanda con antelación suficiente para articular adecuadamente su defensa. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales...*, *op. cit.*, pp. 342-343 y 361.

¹⁶⁸*Vid.* ATS de 27 de enero de 2004. “En cuanto al requisito 2º del artículo 1 de la norma convencional, parece conveniente recordar la reiterada doctrina que esta Sala ha venido perfilando en torno al requisito establecido en él, y así precisar que son diversas las clases de rebeldía en que puede calificarse la ausencia del demandado en el proceso, como diferentes son también los efectos que una u otra han de producir en el ámbito del procedimiento de *exequátur*, diversidad de la que ya el Auto de esta Sala de 28 de mayo de 1.985 se hacía eco, distinguiendo entre la rebeldía por convicción -quien no comparece por estimar incompetente al Tribunal-, la rebeldía a la fuerza -por falta de citación-, y la rebeldía por conveniencia, propia de quien no obstante haber sido citado y emplazado en forma y conociendo la existencia del procedimiento, no acude ante el Tribunal que le convoca (en el mismo sentido, AATS 13-6-88 y 1-6-93, y STC 571/86, de 15 de abril de 1.986). Sobre esta base, se ha de advertir que en el presente supuesto, a partir de los datos de hecho contenidos en la sentencia por reconocer, se ha de concluir que dictada la sentencia en rebeldía ésta ha de calificarse como involuntaria y, en consecuencia, obstativa del reconocimiento y ejecución solicitados. La demandada, en el momento de promoverse el juicio de divorcio ante la jurisdicción colombiana y tal y como consta de la documentación obrante en autos, “la misma había abandonado el hogar hace doce años más o menos y no se sabía dónde se encontraba” por lo que, directamente, se le nombró un Curador”. En este mismo sentido el TC reitera mediante *Sent.* Sde 15 de abril de 1986 que la rebeldía por conveniencia no es óbice para el otorgamiento de fuerza en España a las sentencias extranjeras, reconociendo que: “La

duda de que en supuestos de rebeldía voluntaria o por negligencia el demandado dispuso de la oportunidad procesal para defenderse.

Por otro lado, hay que tener presente que la ausencia del demandado en el proceso seguido en su contra podría no ser causa de denegación del *execuátur* si éste es quien insta el reconocimiento de la decisión extranjera, teniéndose por satisfechas por este motivo todas las garantías de defensa¹⁶⁹. Tampoco, la falta de notificación de la sentencia constituye en sí misma motivo de denegación del reconocimiento, si se demuestra que la rebeldía del demandado ha sido voluntaria tras una adecuada notificación en tiempo y forma de la demanda¹⁷⁰. Estos extremos, sin embargo, no se han visto reflejados en la jurisprudencia colombiana. Ello obedece a que las situaciones de indefensión pueden únicamente manifestarse en procesos contradictorios, pero -como tendremos ocasión de ver más adelante- si el divorcio o la separación ha sido instada unilateralmente por uno de los cónyuges en España o en el marco de un proceso contradictorio, el rechazo de la decisión española de divorcio o de separación tiene lugar por otro motivo: el control indirecto de la ley aplicada. En tal caso, el juez colombiano, sin entrar en otras consideraciones omite toda referencia a la regularidad del proceso seguido en España. De ahí que una eventual

pretendida indefensión de que se lamenta la solicitante de amparo se debe única y exclusivamente a su propia omisión de comparecer ante la autoridad judicial extranjera, pues es evidente que una diligencia adecuada le había permitido defender su interés ante la jurisdicción estadounidense” (*vid.* SSTC de 19 de diciembre de 1988 y 14 de junio de 1985).

¹⁶⁹*Vid.* ATS de 4 de agosto de 2010. “Resta precisar que el *execuátur* no fue solicitado por la parte demandada”. En igual sentido, ATS de 12 de enero de 1999 y de 30 de marzo de 1999.

¹⁷⁰*Vid.* ATS de 10 de diciembre de 2002 y 30 de noviembre de 2004.

notificación irregular del demandado rebelde (orden público procesal) quede anulada por el control indirecto de la ley aplicada (entendido por aquella jurisprudencia como una cuestión de orden público sustantivo), si el proceso seguido en España no ha tenido lugar por mutuo acuerdo de las partes.

Finalmente, cabe significar que si el reconocimiento deriva de un divorcio o separación por mutuo acuerdo, el juez colombiano, para advertir la improcedencia de este control si no existe contradicción, invoca como fundamento legal la norma autónoma de reconocimiento¹⁷¹, en concreto, el art. 694.6 CPCC¹⁷². Mientras, los jueces españoles controlan esta exigencia en base al art. 1.2 del CHC (orden público)¹⁷³.

b) No contrariedad con la decisión o con proceso abierto en el Estado requerido

i) Consideraciones generales

Como se puso de relieve en el estudio de la normativa convencional llevada a cabo en el epígrafe anterior, la mayoría de

¹⁷¹ Una parte mayoritaria de la jurisprudencia colombiana tras invocar el CHC, controlan esta exigencia en base al art. 694.6 CPCC (normativa autónoma de reconocimiento). Así, por ejemplo, la CSJC mediante sentencia de 13 de agosto de 2002, reconoce que: “(...) corresponde a la Corte verificar si en el fallo extranjero cuyo exequátur se pide, se cumplen las exigencias del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales (...), se cumplió con el requisito de la debida citación y contradicción, lo cual se presume por la ejecutoria de la providencia”. En igual sentido, *vid.* SSSJC de 7 de julio de 2008, 31 de octubre de 2008 y 25 de febrero de 2011.

¹⁷³ *Vid.* ATS de 7 de julio de 2005, donde fundamenta el control de la debida notificación en el art. 1.2 CHC. (*vid.* Autos TS 28 de noviembre de 1997; 7 septiembre de 1999; 28 septiembre de 1999; 16 mayo de 2000; 3 noviembre de 2000; 23 enero de 2001; 6 noviembre 2001; 5 noviembre 2002; 11 de febrero 2003; 18 marzo de 2003; 8 abril de 2003; 27 de enero de 2004 y 30 noviembre de 2004).

los textos convencionales vigentes coinciden en exigir de manera expresa el control de la no contradicción de la decisión extranjera cuyo reconocimiento se inste con otra existente en el foro o con un proceso abierto en el Estado requerido. El CHC, es cierto, no contempla este control, si bien este último podría llevarse a efecto, bien en el marco de la cláusula general de orden público o por vía hermenéutica como una condición más.

Tampoco la jurisprudencia contrastada de uno y otro país arroja luz sobre la forma en que ha de llevarse a cabo este control, ya que hasta la fecha no se ha dictado ninguna decisión denegatoria en el ámbito de las crisis matrimoniales amparada en este motivo, aunque lo más probable es que los jueces terminen aplicando la normativa de origen estatal. De ahí la conveniencia de referirse, si quiere brevemente, al tratamiento normativo y jurisprudencial que de esta cuestión se lleva a cabo en los respectivos regímenes estatales de reconocimiento.

La normativa colombiana de reconocimiento contempla el control de no contradicción como condición independiente, previéndola tanto para el caso en que ya exista en Colombia una decisión dictada por jueces colombianos, como para aquél otro caso en que lo que en Colombia sea un proceso en curso sobre el mismo asunto (art. 694.5 CPCC). En relación con este último supuesto, la norma no se establece límite temporal alguno, por lo que cabe la posibilidad de que la decisión extranjera pueda verse rachada aún en el supuesto de que el proceso en el extranjero se hubiera iniciado con anterioridad al proceso pendiente en Colombia¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Del mismo modo que ocurre respecto del control de otras exigencias no previstas en el CHC, los jueces colombianos también someten a las decisiones

A diferencia del régimen colombiano, el español no recoge expresamente la inconciliabilidad entre las condiciones de reconocimiento previstas en el art. 954 LEC 1881. Sin embargo, la jurisprudencia española viene rechazando por este motivo decisiones civiles extranjeras, unas veces fuñándole en la cláusula general de orden público¹⁷⁵, otras por vía hermenéutica¹⁷⁶. Y ello tanto si en España existe ya una decisión inconciliable con la que se pretende reconocer como si lo que existe es un proceso abierto que pueda dar lugar a una decisión contradictoria¹⁷⁷.

En ambas jurisdicciones, como se advierte, los presupuestos para efectuar este control coinciden en lo esencial, si bien hay que destacar que se desmarca del concreto régimen convencional del que España participa donde esta abstención nos vincula únicamente en el caso en que el procedimiento que haya dado lugar a la decisión extranjera sea anterior al procedimiento abierto en España¹⁷⁸. Por

españolas al control de no contradicción, de confirmidad con lo previsto en el régimen autónomo de reconocimiento. Así, por ejemplo, la *Sents. CSJC* de 13 de agosto de 2002 reconoce que: “En consecuencia, corresponde a la Corte verificar si en el fallo extranjero cuyo exequátur se pide, se cumplen las exigencias del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales, cuando se demande el exequátur de la sentencia extranjera (...) no debe existir en Colombia proceso de la misma naturaleza en curso o sentencia en firme de la misma índole pronunciada por jueces colombianos.” (En igual sentido *vid. Sents. CSJC* de 20 de agosto de 2009 y 30 de septiembre de 2010).

¹⁷⁵ *Vid.* ATS de 20 de abril y 15 de junio de 2004. *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTIN ALFÉREZ F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 658.

¹⁷⁶ *Vid.* ATS de 28 de abril de 1998. *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTIN ALFÉREZ F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 658.

¹⁷⁷ *Vid.* ATS de 7 de abril de 1998.

¹⁷⁸ Los convenios internacionales de los que España es parte -excepto el concluido con China-, solo prevé el rechazo de la decisión extranjera si el proceso iniciado en el Estado requerido es anterior al proceso extranjero cerrado con la decisión cuyo reconocimiento se pretende.

este motivo, probablemente los jueces españoles requeridos no solo examinen si la sentencia colombiana de divorcio, separación o nulidad matrimonial contradice la dictada en el foro, sino, que esta contrastación podría extenderse a procesos abiertos en España con identidad de objeto, sujeto y causa¹⁷⁹, al margen de si el proceso colombiano se ha iniciado antes o después que el abierto ante los Tribunales españoles¹⁸⁰.

Tal postura, ha sido cuestionada por nuestra doctrina quien defiende que el rechazo de decisiones extranjeras por existir un proceso abierto en España delata cierto deseo local de proteger el proceso abierto en el foro, más que evitar incoherencias con el ordenamiento español, posible solo si existen dos decisiones contradictorias entre sí. Su rechazo, insiste, no queda debidamente anclado en razones de coherencia y seguridad jurídica, pues la simple apertura de un procedimiento en el Estado requerido no provoca inconciliabilidad con la decisión extranjera, sino su reconocimiento, ya que ésta despliega el efecto de cosa juzgada y prejudicial frente al proceso abierto en el Estado requerido y, por tanto, su finalización¹⁸¹.

¹⁷⁹ Concretamente, en aplicación del Convenio hispano-francés de 1969, el ATS (Sala Civil) de 22 de diciembre de 1998 denegó el reconocimiento de una decisión francesa de alimentos por existir un proceso abierto en el foro. *Vid.* ARENAS GARCÍA R., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, p. 477.

¹⁸⁰ Lo más común es que sea motivo de denegación el hecho de que el proceso extranjero se haya iniciado con posterioridad al español, pero no en aquellos casos donde el proceso iniciado en el extranjero cuya decisión pretende reconocerse sea anterior al iniciado en España (AATS de 19 de enero de 1999 y de 20 de abril de 2004). *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, pp. 366-368.

¹⁸¹ Razones de coherencia indican que, en tales casos, debería suspenderse el proceso seguido en el foro, y si procede el reconocimiento de la decisión extranjera, sea alegado como excepción de cosa juzgada para dar por concluido

Precisamente para evitar este tipo de situaciones, la normativa convencional bilateral de reconocimiento en vigor para España, como ya se viera, al igual que la normativa institucional en la materia prevén algunas reglas de litispendencia y conexidad internacionales, reglas que, sin embargo, no contempla la normativa autónoma, si bien a doctrina local viene reclamando la inclusión de reglas similares en el régimen autónomo de validez¹⁸². Con este tipo

el proceso en España. Vid. ATS (Sala Civil), de 28 de abril de 1998. *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Nota a la Sent. de la AP de Oviedo de 17 de diciembre de 1991”, *REDI*, 1991, vol. XLIII, núm. 2, pp. 483-489; MATEOS RODRÍGUEZ P., “Comentarios a la Sent. de la AP de Valencia (Sala de lo Civil), de 16 de mayo de 1989”, *REDI*, 1990, vol. XIII, núm. 1, pp. 234-238, p. 237.

Lo más común es que sea motivo de denegación el hecho de que el proceso extranjero se haya iniciado con posterioridad al español, pero no en aquellos casos donde el proceso iniciado en el extranjero cuya decisión pretende reconocerse sea anterior al iniciado en España (AATS de 19 de enero de 1999 y de 20 de abril de 2004).

¹⁸² ARENAS GARCÍA cuando analiza los caracteres de este control en el Derecho autónomo español, reconoce que “la protección de este fin podrá conseguirse de una forma menos traumática, introduciendo la figura de la litispendencia internacional, que impediría la posibilidad de iniciar un proceso en nuestro país cuando ya se encuentra abierto uno con identidad de objeto, sujeto y causa de pedir. De esta forma, solamente en los casos en los que el procedimiento iniciado en España fuese anterior al procedimiento extranjero que ha dado lugar a la sentencia que se pretende reconocer, sería posible denegar el reconocimiento de tal decisión”. *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, p. 367. Asimismo adviértase que frente a esta laguna legal la doctrina española propugna la aplicación analógica de la solución comunitaria o convencional. La litispendencia prevista en el Reglamento de “Bruselas II *bis*” (art. 19), al tratarse de un reglamento distingue según se trate de demandas de divorcio, separación o nulidad matrimonial, o de demandas sobre responsabilidad parental. Concretamente, para demandas en situaciones de crisis, si se han interpuesto entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el segundo Estado deberá suspender el procedimiento de oficio, a la espera de que se establezca la competencia del primero, fijada la cual, el segundo Estado se inhibirá a favor del primero. En el ámbito del Reglamento “Bruselas II *bis*”, la excepción de litispendencia puede ser acogida aunque las demandas no se planteen sobre el mismo objeto o la misma causa. Basta con que exista identidad de partes. El art. 19.1 del referido Reglamento, establece que: “Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda

de reglas se asegura una tutela judicial uniforme y economía procesal, al impedir que el litigio pueda plantearse en foros distintos como sucede, por ejemplo, cuando quien ha sido demandado en el proceso iniciado en el extranjero insta estratégicamente un nuevo proceso (con identidad de sujeto, objeto y causa) ante las autoridades del Estado receptor, con el propósito de paralizar los efectos de la decisión extranjera¹⁸³. Además se disminuye la posibilidad de que los efectos de una decisión extranjera se vean territorialmente limitados, por el riesgo de que una decisión contradictoria en el Estado requerido frene su reconocimiento, generándose, en consecuencia, situaciones claudicantes innecesarias¹⁸⁴.

suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera”. Asimismo el apartado 3 del propio art. 19, dispone que: “Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá a favor de aquél”; id: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 170; Por lo que respecta al régimen convencional bilateral español estas normas tienen presencia en los convenios con Francia (art. 10), Alemania (art. 21), con Austria (art. 18) -Convenios que, como se apuntara, no reciben aplicación en materia de crisis matrimonial al haber quedado desplazados en esta concreta materia por el Reglamento de “Bruselas II bis”.

¹⁸³ La conducta de las partes debe ser observada a fin de impedir el efecto nocivo que comporta la iniciación de otro procedimiento en el Estado requerido como arma estratégica o abusiva eficaz para frustrar el reconocimiento de la decisión extranjera. *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional.*, *op. cit.*, p. 659 y 660.

¹⁸⁴ “Por un lado, si la *posición procesal* de las partes es la misma en el segundo proceso que en el primero, se protege el interés del *demandado* en no padecer dobles procesos, no sólo ante el coste directo que esto le supondría, sino también ante la doble posibilidad de victoria que tendría el actor. Por eso se dice que la parte que ha sido demandada ante un tribunal competente tiene la carga de defender ahí, pero también tiene el interés legítimo de que sólo sea ahí. Por otro lado, si la posición procesal de las partes se invierte en el segundo proceso, esto es, el demandado en el primer proceso es el demandante en el segundo, se protege el interés del actor inicial en que su elección de tribunal

Una interpretación de esta estirpe, además de deseable en el marco del CHC debería implantarse como solución normativa de *lege ferenda* de cara a una posible revisión del mismo. Lo cierto es que hoy por hoy en el ámbito del CHC la existencia en el foro de un proceso pendiente no debe erigirse como motivo de denegación del *execuátur*, porque ello supondría la imposición de condiciones más gravosas que las contempladas en el CHC¹⁸⁵. Ni siquiera la cláusula de orden público podría servir para justificar el rechazo de la decisión extranjera sobre crisis matrimoniales en el supuesto de pendencia, porque la razón de ser de esta exigencia no es otra que la conservación de la coherencia interna del Estado requerido que, como se ha dicho, se comprometería únicamente si lo que existe en el foro es una decisión contradictoria con la que se pretende reconocer, pero no si lo que existe es un proceso abierto que pueda dar lugar a una decisión contradictoria¹⁸⁶.

Para un sector de la doctrina, la inconciliabilidad como causa de denegación podrá predicarse igualmente en el ámbito del CHC

competente no se vea perjudicada”. *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTIN ALFÉREZ F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 362.

¹⁸⁵ Hay que tener en presente que, incluso en aquellos textos internacionales donde se prevé la pendencia en el Estado requerido de un proceso iniciado con anterioridad como condición o motivo de rechazo de la decisión extranjera, si la sentencia extranjera se ha dictado antes que la del foro (aunque el proceso extranjero se haya iniciado después), también aquí, el rechazo de la decisión extranjera por este motivo actúa como mecanismo de retorsión erigido en sanción por la inobservancia de reglas de litispendencia internacional. *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTIN ALFÉREZ F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 659.

¹⁸⁶ ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, pp. 411 y 412, plantea que “(...) la vulneración del orden público en estos supuestos no se produciría más que si en nuestro sistema coinciden dos normas singulares contradictorias” (AATS de 1 de diciembre de 1998 y de 19 de enero de 1999. En igual sentido, véase; FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 260-262.

cuando la contradicción se produzca entre dos decisiones extranjeras¹⁸⁷, si bien la falta de expresión de este motivo entre las condiciones de reconocimiento previstas en el CHC plantea incertidumbre los parámetros sobre los que dicho control ha de edificarse. Y ello porque en atención a los modelos seguidos dentro del régimen convencional español, algunos convenios prevén la denegación del reconocimiento de la decisión dictada en el Estado parte si en el foro ya ha sido reconocida o ejecutada con anterioridad la decisión de un tercer Estado¹⁸⁸, mientras que en otros se estima suficiente con que la decisión dictada con anterioridad en el tercer Estado sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido¹⁸⁹. En cualquier caso, tanto en unos como en otros convenios rige la regla de prioridad temporal¹⁹⁰.

ii) Supuestos de inconciliabilidad entre causas matrimoniales y entre pronunciamientos accesorios

En el ámbito de las crisis matrimoniales el control de la no contradicción respecto de la decisión presente o futura del foro plantea algunas especificidades. De un lado, deberá tomarse en consideración la causa matrimonial en juego. De otro, se prestará especial atención a si la decisión extranjera que resuelve sobre la causa matrimonial cuyo reconocimiento se interesa, también contiene otros pronunciamientos susceptibles de ser reconocidos en el foro. Nuestra pretensión en las próximas páginas será

¹⁸⁷ Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 659 y 660.

¹⁸⁸ El Convenio con China (art. 22.6).

¹⁸⁹ El convenio con la URSS (Federación Rusa) (art.18.3).

¹⁹⁰ Vid. *Supra* inconciliabilidad dentro del régimen convencional español.

precisamente identificar cuáles son las causas matrimoniales resueltas o pendientes en el foro pueden suponer un obstáculo al reconocimiento de una decisión extranjera, así como precisar cuándo un pronunciamiento colateral resuelto o reconocido en el foro constituye un obstáculo al reconocimiento del pronunciamiento colateral que la decisión extranjera de divorcio, separación o nulidad matrimonio pueda contener.

Es usual que las decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales se pronuncien no solo sobre la causa matrimonial en juego (pronunciamiento principal), sino que venga acompañada de otros pronunciamientos que afectan ámbitos materiales diversos (responsabilidad parental, obligaciones alimentarias entre cónyuges y ex cónyuges y respecto de los hijos, régimen económico matrimonial y su liquidación, disponibilidad de la vivienda, entre otros). El CHC, llamado a ser aplicado al reconocimiento de sentencias en materia civil, afecta por igual tanto al reconocimiento del pronunciamiento principal como los pronunciamientos accesorios recogidos en tales decisiones, respecto de los que también se impone el control de no contradicción

Los supuestos inconciliabilidad en el ámbito del reconocimiento de decisiones civiles extranjeras sobre crisis matrimoniales son diversos. Así, es inconciliable una decisión extranjera de separación con otra sentencia de divorcio o de nulidad dictada en España, ya que no se puede relajar un vínculo que ha sido disuelto o declarado inexistente en el foro (carencia de objeto). Sin embargo, una sentencia de divorcio extranjera no es inconciliable con otra de separación dictada en el foro, dado que el ordenamiento español no impide el posterior proceso de divorcio

entre cónyuges separados (ausencia de identidad en el objeto)¹⁹¹. En cambio, sí es inconciliable con una sentencia de divorcio o de nulidad dictada en España (carencia de objeto). Por su parte, una decisión extranjera de nulidad no resulta inconciliable con una sentencia española de divorcio o de separación, pues nada impide que el vínculo se pueda disolver o relajar mientras el matrimonio disfrutaba de aparente validez, e instar, con posterioridad, su nulidad (ausencia de identidad en el objeto). Por contra, una sentencia de nulidad extranjera si será inconciliable con una sentencia de nulidad española (identidad de objeto).

Por lo que a los procesos abiertos respecta, conviene recordar que el reconocimiento de una decisión extranjera provoca el efecto de cosa juzgada o prejudicial sobre el proceso

¹⁹¹ Resuelve mal el TS en su Auto de 8 julio 2003 cuando deniega el reconocimiento de una sentencia de divorcio estadounidense por existir en el foro una sentencia de separación pronunciada con posterioridad, pues una y otra no se excluyen en cuanto al objeto. Según el Tribunal “(...) no ha de prosperar ya que supondría la incompatibilidad material entre una sentencia extranjera de divorcio, de fecha 21 de febrero de 1997, y otra de separación posterior, pronunciada en el foro el 18 de mayo de 1998. Los efectos de aquélla, que se harían valer tras la declaración de reconocimiento en el foro, chocarían ineludiblemente con los propios de la sentencia posterior de separación, principalmente con el constitutivo y el de cosa juzgada –en todos sus aspectos, principalmente el temporal–, e, incluso, el registral, resultando inconciliables entre sí desde el momento en que no cabe recibir una resolución que declara el divorcio en fecha anterior a aquella en la que se decreta la separación de los cónyuges, por más que la eficacia de la sentencia de divorcio no se pueda hacer valer sino desde el momento de su reconocimiento, lo que en correcta exégesis del art. 107.2 CC no significa que sus efectos se deban entender producidos desde esa fecha, pues han nacido en el instante en que el ordenamiento del Estado de origen dispuso tal cosa, y con el contenido, alcance y extensión que les ha conferido. Esta incompatibilidad determina necesariamente la denegación del exequátur en aras de preservar la coherencia de las resoluciones en el orden interno, tal y como esta Sala ha tenido ocasión de señalar en casos precedentes similares”. El ATS de 28 de abril de 1998, en cambio, estima que no se debe reconocer la decisión de divorcio extranjera hasta que no se concluya el proceso de separación pendiente en España. (*vid.* AATS de 10 septiembre de 1996, 16 de mayo de 2000, 9 julio y 29 de noviembre de 2002, 27 de mayo 2003).

contradictorio abierto en el foro¹⁹², pero no sobre de aquellos procesos cuyo objeto no cause exclusión con la decisión homologable. Así, por ejemplo, el reconocimiento de una sentencia extranjera de separación provoca el efecto de cosa juzgada y, por tanto, la terminación del proceso de separación abierto en España, pero no la terminación del proceso de divorcio o de nulidad iniciado en el foro. Es perfectamente compatible la apertura de un proceso por el que se pretenda disolver o anular el matrimonio previamente relajado (ausencia de identidad en el de objeto). Por su parte, el divorcio extranjero causa el efecto de cosa juzgada frente al proceso de divorcio o de separación abierto en el foro (carencia de objeto), pero no sobre el de nulidad (ausencia de identidad en el de objeto). En cambio, la sentencia de nulidad extranjera provoca el efecto de cosa juzgada y, por tanto, la terminación del proceso abierto en el foro de nulidad, divorcio o separación (carencia de objeto).

Las decisiones civiles extranjeras sobre crisis matrimoniales habitualmente suelen contener pronunciamientos sobre los efectos colaterales de la causa matrimonial. Algunos de estos pronunciamientos colaterales son comunes a cualquier situación de crisis (responsabilidad parental, obligaciones alimenticias respecto de los hijos, uso de la vivienda conyugal...), mientras que otros efectos típicos de cada causa matrimonial (pensión alimenticia, pensión compensatoria, indemnización, régimen económico...) ¹⁹³.

¹⁹² *Vid.* epígrafe anterior.

¹⁹³ El régimen de los efectos de la nulidad, el divorcio y la separación en el Derecho español figura en los arts. 90 y ss del C.c. Así, por ejemplo, mientras que el cónyuge separado tiene derecho a disfrutar de una pensión alimenticia y compensatoria, el divorciado podrá únicamente beneficiarse de la pensión

La configuración teórico-práctica de las situaciones de inconciliabilidad de los pronunciamientos colaterales es sustancialmente más compleja que la ya expuesta respecto de las causas matrimoniales. El tratamiento de este punto dentro de la jurisprudencia española ha planteado algunas irregularidades en aquellos efectos típicos de las distintas causas matrimoniales. Ello ha provocado que por, este motivo, se vean rechazadas decisiones extranjeras cuando, ciertamente, no llega a plantearse contradicción alguna. A nuestro juicio, la confusión de nuestros jueces se origina básicamente por dos motivos. En primer lugar, por no distinguir adecuadamente la pluralidad de supuestos de inconciliabilidad entre los pronunciamientos principales de los que se plantean entre pronunciamientos accesorios, obviando además que, la conexión interna entre los pronunciamientos colaterales y la causa matrimonial en juego puede resultar determinante a la hora de descartar posibles antinomias. Y, en segundo término, por no valorar convenientemente el alcance temporal de la cosa juzgada.

Para una correcta comprensión de las situaciones de inconciliabilidad entre los efectos colaterales es necesario que, el juez, a la hora de llevar a cabo este control tenga en cuenta el grado de conexión interna entre el pronunciamiento accesorio y la causa matrimonial en juego o entre los pronunciamientos accesorios entre sí, debiendo distinguir entre los efectos comunes y los efectos

compensatoria (art. 97 C.c.e.). En los procesos de nulidad, la mala fe demostrada de alguno de los cónyuges repercute en el derecho a ser indemnizado (art. 98 C.c.e.), así como en el régimen económico matrimonial [el cónyuge de buena fe podrá optar entre aplicar a la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de gananciales o las del régimen de participación (art. 1395 C.c.e.), así como impedir al contrayente de mala fe participar en las ganancias obtenidas por su consorte (art. 95 C.c.) y revocar las donaciones (art. 1343. 3º C.c.e.).

típicos de las distintas causas matrimoniales. La importancia de esta distinción radica en que la contradicción se va a producir básicamente entre los efectos comunes a cualquier causa matrimonial, y no entre los efectos típicos o propios de una determinada causa matrimonial, si bien esta última afirmación requiere ser matizada.

Los pronunciamientos comunes a cualquier causa matrimonial no presentan ninguna relación de dependencia con la causa matrimonial en juego, por lo que es posible que la inconciliabilidad respecto de estos pronunciamientos se produzca no solo cuando en el foro se haya resuelto sobre estos efectos en el marco de una situación de crisis, -siempre que la causa matrimonial de que se trate no sea excluyente de la causa matrimonial reconocida-, sino también cuando el pronunciamiento sobre tales efectos se haya adoptado fuera de un procedimiento de crisis matrimonial. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que en España se pretende reconocer una decisión colombiana de divorcio por la que se obliga al padre al pago de alimentos a los hijos, cuando en el foro ya existe una previa decisión de separación donde esta obligación recae en la madre. En tal caso, la decisión de divorcio colombiana no contradice la decisión de separación española en cuanto al pronunciamiento principal, pero sí respecto del pronunciamiento sobre alimentos de los hijos, ya que el objeto de uno y de otro pronunciamiento se identifica. Al tratarse de pronunciamientos independientes de la causa matrimonial rige el principio de separabilidad. Así, el pronunciamiento sobre los alimentos de los hijos adoptado en el foro desplegará el efecto de cosa juzgada o

prejudicial¹⁹⁴ sobre el pronunciamiento accesorio de alimentos de los hijos contenido en la decisión colombiana de divorcio, ya que la causa matrimonial en este caso carece de todo valor. Esta circunstancia provocará el rechazo parcial de la decisión colombiana de divorcio, sin perjuicio de que el principal se vea reconocido. Igual sucederá si el pronunciamiento adoptado en el foro lo hubiera sido, no en el marco de una crisis, sino en un proceso independiente.

Asimismo, cabe la posibilidad de que la inconciliabilidad se produzca entre pronunciamientos colaterales comunes con distinto objeto, pero conectados entre sí. Así, por ejemplo, no se puede reconocer en España un pronunciamiento contenido en la decisión colombiana de divorcio sobre los alimentos de los hijos por el que se fije el derecho de visita y se obligue a pagar alimentos al padre si en España ya existe una decisión que donde se atribuye la guarda y custodia del menor al padre. En tal caso, aunque no se produzca identidad en el objeto, la fijación de un régimen de custodia en España a favor del progenitor obligado a prestar alimentos, y a favor del cual también se ha establecido un régimen de visita en la decisión colombiana, es a todas luces contradictorio.

Distinto es el supuesto en el que se encuentren implicados pronunciamientos accesorios típicos e indisociables de la causa matrimonial de que se trate (*ad ex.* los que afectan las consecuencias económicas patrimoniales de las distintas causas matrimoniales). En

¹⁹⁴Vid. GARAU SOBRINO F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 90-92.

tal caso¹⁹⁵, pueden plantearse dos situaciones. La primera, es aquella en la que la decisión extranjera contentiva de pronunciamientos accesorios dependientes del principal contradice la causa matrimonial resuelta previamente en el foro. Así, por ejemplo, si la decisión colombiana de separación o de divorcio que se concede alimentos a uno de los cónyuges o ex cónyuges se enfrenta a una decisión española de nulidad matrimonial por la que se reconoce al cónyuge de buena fe el derecho a percibir una indemnización. En este supuesto, la inconciliabilidad entre las causas matrimoniales determinará asimismo el rechazo de aquellos pronunciamientos accesorios que guarden una relación de dependencia con el principal (alimentos entre cónyuges o ex cónyuges), ya que la causa matrimonial es antecedente lógico necesario del accesorio (rige el principio de no separabilidad). Obviamente, al fracasar el reconocimiento del pronunciamiento principal, tampoco podría verse reconocido el pronunciamiento accesorio dependiente de aquel, por lo que desaparece el objeto sobre el que debería recaer el control de la no contradicción respecto de los pronunciamientos colaterales.

¹⁹⁵ Hay que tener en cuenta, no obstante, que las obligaciones alimenticias entre los cónyuges y ex cónyuges en las distintas situaciones de crisis no dibuja un tratamiento homogéneo ni en el Derecho comparado ni en los distintos textos internacionales. Este hecho ha propiciado que la resolución de este punto varíe en atención al régimen de validez que resulte de aplicación, llegándose a plantear en el ámbito práctico soluciones muy diversas. En algunos regímenes de validez, ello supone la inversión de la regla del reconocimiento vertical (lógico-causal), según la cual, no sería posible reconocer los alimentos sin definir previamente la situación de estado matrimonial. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis Matrimoniales Internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 251 y 261-265.

La segunda situación que puede plantearse es aquella en la que no se produce inconciliabilidad alguna entre la causa matrimonial extranjera y la del foro. En este caso, el control de no contradicción afectará únicamente a aquellos pronunciamientos colaterales comunes a ambas causas matrimoniales (régimen de custodia y visitas, alimentos de los hijos), pero no a los pronunciamientos relativos a efectos típicos de las distintas causas matrimoniales (*ad ex.* pensión alimenticia, pensión compensatoria e indemnización). Piénsese, por ejemplo, en el caso en que se pretendiera el reconocimiento de una sentencia colombiana de nulidad matrimonial en la que se reconoce una indemnización al cónyuge de buena fe, un régimen de custodia y de visitas, y los alimentos a favor de los hijos, cuando en España ya exista una decisión de divorcio donde, además de un régimen de custodia y de visitas, así como los alimentos de los hijos, se reconoce una pensión compensatoria a uno de los ex cónyuges. Está claro que sobre los efectos típicos e indisociables de la causa matrimonial no se produce inconciliabilidad alguna, toda vez que entre el derecho a la indemnización contenido en la decisión de nulidad colombiana y el derecho a la pensión compensatoria reconocido por la decisión de divorcio española no se origina identidad en el objeto. Sin embargo, entre los efectos comunes a cualquier causa matrimonial resueltos por la decisión de nulidad colombiana y los resueltos en la decisión de divorcio española (régimen de custodia y visitas y alimentos de los hijos), la inconciliabilidad sí se produce puesto que afectan al mismo objeto, tal inconciliabilidad, como se viera, se produciría incluso, si referidas medidas se hubieren adoptado en un proceso independiente en el foro¹⁹⁶.

¹⁹⁶ *Vid.* MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MASCARELL NAVARRO,

Dicho esto, es preciso subrayar que, aun cuando la inconciliabilidad en estas situaciones no se produzca ni respecto del principal ni de los colaterales que le son propios, nuestros jueces suelen tratarla como tal, si bien lo que esta circunstancia plantea es la cuestión temporal de fijar el momento a partir de cual comienza a surtir sus efectos la decisión colombiana -de nulidad o de divorcio-reconocida en España.

En Derecho español, los efectos de una decisión extranjera reconocida comienzan a desplegarse, no desde su reconocimiento, sino desde la fecha en fue dictada en el país de origen, al retrotraer sus efectos a dicho momento. Ahora bien, el hecho de que nos encontremos ante dos decisiones -la extranjera reconocida y la del foro- sobre causas matrimoniales no contradictorias entre sí desplegando sus típicos efectos, no significa que el cónyuge de buena fe, por ejemplo, sea beneficiario a la vez tanto de los efectos propios de la nulidad matrimonial reconocida (*ad ex.* indemnización) como de efectos típicos derivados de la decisión de divorcio del foro (*ad ex.* pensión compensatoria). Para evitar la convivencia el tiempo de unos y otros efectos en, una solución adecuada podría ser, por ejemplo, que los efectos típicos derivados de la nulidad matrimonial reconocida en España no se retrotraigan a una fecha anterior a la sentencia española de divorcio o de

M.J., Los procesos matrimoniales. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 429 a 431; DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 313; CARBALLO PIÑEIRO, L., “Competencia judicial...”, *loc. cit.*, pp. 472 a 476.

separación o, en su caso, que se produzcan a partir de la fecha de su reconocimiento¹⁹⁷.

En Colombia esta circunstancia no se ha visto reflejada dentro del tráfico externo. No obstante, la Corte Constitucional Constitucional (en adelante CCC)¹⁹⁸ en relación con situaciones internas ha reconocido que, por regla general los efectos de las sentencias solo amparan situaciones posteriores a la fecha en que aquéllas han sido dictadas, ello no impide que, en determinados casos, las sentencias puedan retrotraerse a una fecha anterior a su expedición, bien porque el hecho debatido lo exija o porque la naturaleza del conflicto así lo amerite. En todo caso, reitera la CCC, el juez deberá señalar de manera expresa y con exactitud la fecha a partir de la cual la sentencia despliega dichos efectos. Sin embargo, cuando el juez colombiano cuando resuelve favorablemente el reconocimiento de la decisión española en materia matrimonial se ciñe sin más a declarar la procedencia del *execuátur*.

A efectos de descartar si estamos o no en presencia de una posible antinomia, es necesario prestar especial atención al contenido que los pronunciamientos colaterales tienen en el ordenamiento extranjero conforme al cual aquéllos hayan sido adoptados, ya que su nomenclatura a veces nos distrae de su verdadero alcance. Sírvanos de ejemplo el distinto tratamiento que en Derecho colombiano y español reciben los alimentos entre

¹⁹⁷ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, *op.cit.*, p. 443, cuando cuestionan la postura adoptada por el TS en los Autos de 28 de abril de 1998 y 16 de mayo de 2000.

¹⁹⁸ Vid. Sent. C.C. C-037/1996. Vid. NISIMBLAT, N., “La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del estoppel en el Derecho anglosajón”. *Revista Universitas*, núm. 118 enero-junio, Universidad Javeriana de Bogotá, 2009, 247-271, p. 256.

cónyuges o ex cónyuges y el derecho a indemnización del cónyuge de buena fe.

En el Derecho positivo español los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges se incardinan dentro un concepto amplio de alimentos¹⁹⁹ que abarca tanto las prestaciones alimenticias (art. 143 C.c.e.)²⁰⁰, derivadas del deber de socorro y ayuda mutua (arts. 67 y 68 C.c.e.)²⁰¹, como las pensiones compensatorias [art. 90.1 b) y f)], previstas para los casos en que, como consecuencia del divorcio o la separación, se produzca un desequilibrio económico entre los esposos que impida la conservación del nivel de vida que disfrutaba el cónyuge dentro del matrimonio y del que sigue disfrutando su consorte²⁰². En el caso de la separación se admite la acumulación y concurrencia de ambas prestaciones (arts. 142 y ss C.c.e.), esto es, el cónyuge separado puede ser acreedor de una y otra, ya que difieren

¹⁹⁹ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, op. cit., pp. 144 y ss; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, op. cit., pp. 462-465.

²⁰⁰ Vid. DELGADO ECHEVARRÍA, J. “Art. 142 a 153 Cc”, en *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 552 a 554; COBACHO GÓMEZ, J. A., *La deuda alimenticia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1990, p. 38 y 39; PEÑA BERNARDO DE QUIRÓZ, M., *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989, p. 630.

²⁰¹ La necesidad constituye el fundamento de la obligación de alimentos, que podrán exigirse desde que dicha necesidad surja, y siempre que no acontezcan las circunstancias del art. 152 C.c.e.

²⁰² Siempre que el cónyuge mantenga el nivel económico que propicie ese desequilibrio, pues, si afecta a ambos cónyuges, no es posible que prospere la pensión (SAP Barcelona de 5 de marzo de 1997). El desequilibrio económico ha de tener lugar en el momento de la ruptura (límite temporal para ejercitarlo), sin que las circunstancias sobrevenidas otorguen ese derecho con posterioridad, si no fue reclamado en su momento (SAP Toledo de 15 de junio de 1992).

tanto en su fundamento como en su configuración²⁰³, pero no así en el caso del divorcio, pudiendo los divorciados reclamar únicamente la pensión compensatoria, de darse las condiciones del art. 97 C.c.e.²⁰⁴.

Ahora bien, el hecho de que para la doctrina española la pensión compensatoria posea naturaleza alimenticia²⁰⁵, no la exime de un matizado contenido indemnizatorio, que la aleja de las típicas notas estas prestaciones, si bien, a diferencia de lo que sucede en el Derecho colombiano, su calificación de tal responde a un criterio objetivo, donde queda marginada cualquier conexión con la culpa o la responsabilidad de los cónyuges en las crisis²⁰⁶.

En el Derecho colombiano la obligación alimenticia entre cónyuges o ex cónyuges se encuentra regulada en los ordinales 1º y

²⁰³ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51, especialmente la nota núm. 55.

²⁰⁴ Si en la sentencia de separación no se estableció la pensión compensatoria, ésta no podrá concederse en la posterior sentencia de divorcio, pues el desequilibrio económico que con ella se trata de restablecer está limitado en el tiempo (aquél se ha de valorar en el momento en que se produce la ruptura de la convivencia a raíz de la separación y no en el posterior proceso de divorcio), si bien nada obsta para que la pensión alimenticia fijada por la sentencia de separación sea sustituida por la pensión compensatoria en la sentencia de divorcio (SAP Alicante de 20 de octubre de 1993). Si en el convenio regulador de la separación se renuncia a la pensión compensatoria, ésta no se podrá interesar en el posterior proceso de divorcio (SAP Baleares de 14 de mayo de 2004). Vid. M.J. MARÍN LÓPEZ, “Art. 97 C.C.”, en R. BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2ª edic., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 227- 229.

²⁰⁵ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, pp. 48-49; GARCÍA RUBIO, M. P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 163-166.

²⁰⁶ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, p. 57.

4° del art. 411 C.c.e. El ordinal 1° se refiere a la obligación alimenticia entre cónyuges derivada del deber de socorro y ayuda mutua (art. 176 C.c.e.)²⁰⁷, mientras que el ordinal 4° ampara el derecho a recibir alimentos del cónyuge separado de cuerpo y del ex cónyuge divorciado sin culpa, entendido aquél como una prolongación hacia el futuro de la obligación de socorro y ayuda²⁰⁸. En supuesto de que ambos cónyuges hayan puesto causa en la separación o el divorcio, la obligación alimenticia desaparece.

El legislador colombiano, sin embargo, guarda silencio sobre el derecho a recibir alimentos de los cónyuges separados de cuerpo o ex cónyuges divorciado cuando ambos son inocentes²⁰⁹. No

²⁰⁷ La SCSJC de 15 de mayo de 1987 establece que para conceder alimentos entre cónyuges deberán cumplirse las siguientes condiciones: 1) que esté regulado por ley; 2) necesidad del acreedor; y 3) capacidad de quien tiene obligación de proporcionarlos.

²⁰⁸ La fijación del momento procesal para demandarlos coincide con la que se lleva a cabo en el Derecho español: junto a la demanda de divorcio, y no después de dictada la sentencia. Pasado este término, se presume que el demandado no los necesitaba (límite temporal para ejercitarlo). En el caso del art. 411.4 C.c. deberá demostrarse, además, que existe necesidad del cónyuge inocente divorciado o separado (art. 421 C.c.e.). Asimismo el que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él (art. 425 C.c.e.). La transacción sobre alimentos futuros solo valdrá si es aprobada por juez y si no contraviene lo dispuesto en los artículos 424 y 425 del C.c., así como tampoco podrá transmitirse por causa de muerte, ni venderse, ni cederse de modo alguno, ni renunciarse (art. 424 C.c.). *Vid.* VALENCIA ZEA A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, 7ª edic., Temis, Bogotá, 1995, pp. 275 y 276; MONROY CABRA, M. A., *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, 14ª edic., Librería Ediciones El profesional LTDA, Bogotá, 2012, p. 167.

²⁰⁹ Tal sería el caso de los supuestos contemplados en los apartados 6°, 8° y 9° del art. 154 C.c.c.: (6°) “Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial”. (8°) “La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años”. o si el divorcio o la separación tuvieron lugar por el mutuo acuerdo de las partes”. (9°) “El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia”.

obstante, es preciso subrayar que tanto la doctrina local como la jurisprudencia constitucional²¹⁰, sustentada en los principios de solidaridad y de equidad, reivindican la obligación alimenticia entre cónyuges o ex cónyuges inocentes necesitados de ellos²¹¹.

Tales alimentos de los que cónyuge o ex cónyuge es acreedor quedan limitados a los alimentos “congruos” (art. 414 C.c.c.), entendiéndose por tales aquellos que habilitan al alimentado a subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social²¹². Como se puede apreciar, la obligación alimenticia entre cónyuges o ex cónyuges presenta en el Derecho colombiano unas características claramente diferenciales ya que deriva de un sistema matrimonial subjetivo (divorcio sanción)²¹³. Si bien se persigue con ella la conservación del equilibrio económico entre cónyuges o ex cónyuges, el fundamento subjetivo que la sustenta manifiesta una clara orientación sancionadora²¹⁴. De ahí que el desequilibrio económico que con esta obligación se pretende evitar en el Derecho colombiano sucumbe inexorablemente frente a la culpa, ya que funciona como soporte residual únicamente si ambos cónyuges

²¹⁰ *Vid.* SSCCC C-174 de 1996, 237 y 657 de 1997.

²¹¹ En este supuesto se reivindica la aplicación analógica de los arts. 413 y 419 C.c.c. *Vid.* VALENCIA ZEA A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 273 y 274.

²¹² *Vid.* ESCUDERO ALZATE, M. E., *Procedimiento de Familia y del Menor*, 18ª edic., Leyer, Bogotá, 2011, pp. 664-672.

²¹³ El criterio seguido para esta exigencia alimentaria tiene causa en la culpa del cónyuge que ha motivado el divorcio si éste infringe los compromisos de fidelidad o de respeto por mantener relaciones sexuales extramatrimoniales o por ultrajar o maltratar al otro cónyuge. *Vid.* VALENCIA ZEA A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 272.

²¹⁴ *Vid.* MEDINA PABÓN, J. E., *Derecho Civil. Derecho de familia*, Universidad del Rosario, 3ª edic., Bogotá, 2011, p. 284 y 301.

son inocentes²¹⁵, lo que la aproxima más a la indemnización -como efecto típico de la nulidad matrimonial- que a la pensión compensatoria española, derivada de un sistema matrimonial objetivo donde la culpabilidad de los cónyuges en las crisis carece de todo valor.

Con todo, la delgada línea que separa el fundamento sancionador de la obligación alimenticia en el Derecho colombiano y el fundamento de la indemnización, desde la perspectiva española estas argumentaciones no parecen suficientes para extraer del concepto de alimentos las obligaciones alimenticias fundadas en la culpabilidad de los cónyuges. A fin de cuentas, estas notas coexisten de manera más o menos pacífica en algunos ordenamientos de nuestro entorno.

Lo que sí se le puede plantear al operador jurídico español es la disyuntiva de tener que decidir si la identidad de objeto se produce solamente entre los alimentos con el mismo fundamento, esto es, que deriven de la misma causa matrimonial o, si también se produce respecto de los alimentos que se conceden al margen de cuál sea la causa matrimonial, y ello teniendo en cuenta que en el Derecho español los todavía cónyuges podrían disfrutar a la vez de las pensiones alimenticia y compensatoria, mientras los ex cónyuges solo serían beneficiarios de ésta última. A nuestro juicio, es muy probable que el requisito de identidad en el objeto se configure

²¹⁵ El divorcio puede implicar para el cónyuge inocente una brusca alteración de su nivel de vida, y no es justo que se vea compelido a padecer penalidades en los casos en que no dio lugar al divorcio. La doctrina confirma de manera contundente: “Solo el cónyuge inocente que no haya dado lugar al divorcio tiene derecho a pedir alimentos. El culpable jamás tiene tal derecho”. *Vid.* VALENCIA ZEA A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 272 y 273.

tanto si lo que existe en España es una decisión presente o futura sobre pensión compensatoria, como si lo que existe es una pensión alimenticia²¹⁶.

En cambio, el requisito de identidad de partes en este ámbito no debe plantear mayores dificultades, pues esta identidad plantea al margen de la posición procesal que ostenten los cónyuges en uno y otro proceso (demandante/demandado o viceversa)²¹⁷.

Hay que tener presente, además, que desde la perspectiva colombiana la inconciliabilidad jamás se llegará a producir de ser uno de los cónyuges culpable del divorcio o de la separación. Y ello en la medida en que para un juez colombiano, no va a ser posible reconocer los alimentos concedidos en el marco de un sistema matrimonial objetivo como el español donde el divorcio y la separación, así como sus efectos colaterales²¹⁸ no se hacen depender en términos absolutos de la existencia de un culpable. De hecho, como más adelante tendremos oportunidad de abordar con mayor amplitud, bastará con que el divorcio o la separación no se hayan adoptado en el marco de un proceso por mutuo acuerdo para que el juez colombiano rechace en su totalidad la decisión española de divorcio amparándose en su orden público interno. El inexorable rechazo del pronunciamiento principal, como ya se viera, provocaría el rechazo de todos aquellos pronunciamientos indisociables a la causa matrimonial en juego, como es el caso de los

²¹⁶ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.*, pp. 259-269 y 273-274.

²¹⁷ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.*, p. 272.

²¹⁸ Salvo los apartados 6, 8 y 9 del art. 154 C.c.c.

alimentos entre cónyuges o ex cónyuges. De ahí que, la inconciliabilidad con situaciones resueltas en el foro solo se llegue a producir de haber sustanciado éstas a través de un procedimiento de divorcio o de separación por mutuo acuerdo. En tal caso, lo más probable es que, ante el silencio del CHC, los jueces colombianos terminen aplicando su normativa autónoma de reconocimiento, rechazando la decisión española por existir en el foro una decisión, lo que se haría igualmente extensivo a procesos pendientes en el foro en materia de alimentos (art. 694.5 CPCC).

Por lo que concierne a la indemnización del cónyuge de buena fe, ésta se configura en ambos ordenamientos como efecto de la nulidad matrimonial, que queda totalmente marginado del ámbito típico de los alimentos.

El art. 98 C.c.e., reconoce que “El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal²¹⁹, atendidas las circunstancias del art. 97”²²⁰. La jurisprudencia española, es verdad, ha evidenciado un marcado interés en atribuir a la indemnización una finalidad más resarcitoria que sancionadora²²¹, pero lo cierto es que bastará con

²¹⁹ La convivencia genera para el legislador local una apariencia de matrimonio, pero no queda sujeta a un término específico.

²²⁰ Téngase presente que esta remisión no significa que se exija la concurrencia de un desequilibrio económico para la concisión de la indemnización, tan solo que en la determinación de su cuantía se han de tener en cuenta las circunstancias exigidas en el art. 97 C.c.e. La indemnización, por otro lado, es un cifra cierta e inmutable que no se hará depender del mantenimiento de las causas que la originaron. La noma no contempla, sin embargo, si el pago ha de realizarse de una vez o de forma periódica, aunque nada obsta para que los cónyuges pueden llegar a un acuerdo que facilite el pago fraccionado, o, el que tribunal, atendiendo a las circunstancias, valore esta posibilidad.

²²¹ *Vid.* STS de 10 de marzo de 1992.

probar la mala fe de alguno de los cónyuges, y no la existencia de un daño, para que se declare su procedencia²²².

En términos similares se configura el derecho a indemnización del cónyuge de buena fe en el Derecho colombiano. El art. 148 C.c.c., reconoce que “Anulado un matrimonio, cesan desde el mismo día entre los consortes separados todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio; pero si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá éste obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento”²²³. La única diferencia observada entre esta norma y su homóloga española es que no exige convivencia conyugal para tener derecho a la indemnización.

²²² La buena fe se presume (art. 79 II C.c.e.), siendo esta una presunción “*iuris tantum*”, que podrá destruirse por aquél que alegue la mala fe. Hay buena fe cuando el cónyuge ignora que existe una causa que impide que el matrimonio sea válido. La mala fe debe estar contenida en la sentencia de nulidad (arts. 95. II y 1395 C.c.e), por lo que el juez civil no podrá decidir sobre esta cuestión en el proceso de homologación, si bien podrá tomar en consideración algunos indicios derivados del proceso (*ad ex.* el ejercicio de la acción de nulidad de forma conjunta, o los derivados de la propia causal). La regla de la buena fe tiene, dentro del Derecho español, un fundamento objetivo, por lo que el cónyuge de buena fe no tendrá que probar la existencia de un daño para ser indemnizado. Pero, si ambos cónyuges han obrado de mala fe no tendrán ninguno de ellos derecho a la indemnización (STS de 10 de marzo de 1992). *Vid.* M.J. MARÍN LÓPEZ, “Art. 98 C.C.”, *op. cit.*, pp. 229-230.

²²³ La mala fe habrá de probarse y el pago por los perjuicios derivados de la mala fe tendrán lugar a instancia de parte (art. 443. 3º CPCC). La indemnización de los perjuicios causados por el matrimonio nulo del artículo 148 C.c.c. comprende únicamente mala fe por parte de uno de los contrayentes. En caso de que ambos cónyuges hubieran actuado de mala fe no habrá lugar a la indemnización, al producirse una compensación de la culpa. *Vid.* OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Conferencias de Derecho Civil*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1952, p. 58; PÉREZ VIVES, A., *Teoría general de las obligaciones*, t. II, Bogotá, 1954, p. 83; SCOGNAMIGLIO, R., *El daño moral*, Bogotá, 1962, p. 51; MEDINA PABÓN, J. E., *Derecho Civil. Derecho de familia*, Universidad del Rosario, 3ª edic., Bogotá, 2011, p. 284 y 301.

La inconciliabilidad entre pronunciamientos relativos al derecho de indemnización del cónyuge de buena fe es menos frecuente, ya que solo se produciría respecto de la causa matrimonial. Así, si el reconocimiento de una la nulidad colombiana es denegado en España por existir en nuestro país una decisión de nulidad sobre el mismo matrimonio, al ser la indemnización de un efecto dependiente de la causa matrimonial, el pronunciamiento que al respecto contenga la decisión colombiana tampoco será reconocido. De ahí que sobre el pronunciamiento en cuestión nunca se llegue a producir el control de inconciliabilidad.

Dicho esto, no debemos perder de vista que si en la sentencia extranjera no se establece la mala fe, el juez requerido no podrá decidir sobre este extremo. En tal caso, se limitará al reconocimiento de la decisión extranjera, de cumplirse las condiciones exigidas por el CHC. Ahora bien, a nuestro juicio, ello no debería impedir que el tribunal del foro pueda decidir en proceso posterior sobre el derecho a ser indemnizado si el cónyuge de buena fe lo solicita y la decisión extranjera reconocida se ha pronunciado sobre la mala fe²²⁴.

iii) Inoperancia de la inconciliabilidad como causa de denegación del reconocimiento de las resoluciones de modificación por

²²⁴ En ambos ordenamientos el derecho a ser indemnizado es ejercitable a instancia de parte. El art. 443.3 CPCC establece claramente “La condena al pago de los perjuicios a cargo del cónyuge que por su culpa hubiere dado lugar a la nulidad del vínculo, a favor del otro, si éste lo hubiere solicitado”. *Vid.* MEDINA PABÓN, J. E., *Derecho Civil. Derecho de familia*, Universidad del Rosario, 3ª edic., Bogotá, 2011, p. 284. Por su parte, según advierte MARÍN LÓPEZ, M.J., “Art. 98 C.C.”, *op. cit.*, pp. 229-230, “La indemnización del art. 98 debe ser solicitada por el cónyuge de buena fe, de modo que el tribunal no puede decretarla de oficio”.

cambio de circunstancias en el país de origen de la resolución modificada

Como ya se ha señalado, en el ámbito de las crisis es muy frecuente que el fallo sobre la causa matrimonial venga acompañado de otros pronunciamientos, algunos de los cuales precisan de ejecución continuada, ya que por su propia naturaleza pueden verse afectados en el tiempo si acontece un cambio de circunstancias (custodia y visita o alimentos). Estos cambios repercuten en el efecto de cosa juzgada y afectan tanto situaciones internas como internacionales.

En el orden interno, tanto el Derecho colombiano²²⁵ como el español²²⁶ aceptan la modificación de las decisiones por el cambio

²²⁵ El art. 259 C.c.c., dispone que: “Las resoluciones del juez, bajo los respectos indicados en los artículos anteriores, se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas; y podrán también modificarse o revocarse por el juez en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo. Por su parte, el art. 422 C.c.c., en relación concretamente con los alimentos, dispone que: “Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda”.

²²⁶ El art. 775.1 LEC al referirse a la modificación de las medidas definitivas, señala: “El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”. El art. 91 C.c.e., dispone: “En las sentencias de nulidad, separación y divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando alteren sustancialmente las circunstancias”. En este mismo sentido, además de esta referencia genérica a la modificación, nuestro Código civil regula de forma específica la modificación de las pensiones entre cónyuges y ex cónyuges y entre padres e hijos en distintos artículos. El art. 100 C.c.e. al referirse a la pensión compensatoria, reconoce que: “Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia

de las circunstancias, posibilidad que cabe asimismo extender a las situaciones de tráfico externo, admitiéndose que las autoridades judiciales de cualquier de los dos países acuerden la modificación por cambio de circunstancias de las decisiones adoptadas en el otro y, en general en cualquier otro país²²⁷. Esta aceptación, sin embargo, no implica que todos los Estados afronten este fenómeno de la misma manera, pues como tendremos ocasión de evidenciar su tratamiento no está exento de plantear notables diferencias en los distintos sistemas.

La modificación de los pronunciamientos accesorios contenidos en las decisiones extranjeras que lleguen a verse afectados por un cambio de circunstancias nos enfrentará ante un primer problema de reconocimiento: las autoridades del Estado requerido deberán proceder al reconocimiento de la decisión extranjera como presupuesto para poder acordar la modificación por cambio de circunstancias de cualquiera de los pronunciamiento

de separación o de divorcio podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge”. Por su parte, el art. 147 C.c.e. que: “Los alimentos, en los casos a que se refiere en artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”.

²²⁷ Entre los textos internacionales de los que España es parte que aluden a los problemas de modificación se encuentran el Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DO* núm. L 7, de 10 de enero de 2009, corrección de errores *DO* núm. L 331, de 18 de mayo de 2011), en adelante Reglamento de Bruselas III, el Protocolo de la Haya, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 de noviembre de 2007 (*DO* núm. L 331 de 16 de diciembre de 2009), en adelante PLH-2007 y el Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956 (*BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1966), en adelante CNY-1956, Convenio, este último, del que Colombia es también Estado parte (*DO* núm. 43.360 de 11 de agosto de 1998).

accesorios que en ella se contengan²²⁸. Tal reconocimiento, de plantearse la demanda de modificación ante las autoridades españolas y venir aquélla referida a los pronunciamientos contenidos en una decisión colombiana, o a la inversa, de suscitarse la demanda en Colombia, deberá llevarse a cabo en aplicación del CHC.

El segundo problema de reconocimiento, que es el que en este epígrafe nos interesa, será el que se plantee cuando la resolución judicial modificadora pretenda ser reconocida en el país de origen de la resolución modificada.

En España español se acoge claramente el segundo planteamiento, si bien es cierto que no se ha conocido ningún caso en el que el reconocimiento haya tenido por objeto una resolución judicial colombiana por que se modifique una previa decisión judicial española. Planteada la cuestión en abstracto, hay que señalar que ante tal eventualidad, las distintas soberanías no responden de la misma manera. La doctrina identifica tres posturas: a) las jurisdicciones que no reconocen en ningún caso efecto a una resolución modificadora; b) las jurisdicciones que si reconocen este tipo de resoluciones, siempre cumplan las condiciones exigidas o su normativa de reconocimiento de decisiones extranjeras, y c) las jurisdicciones que someten este reconocimiento a

²²⁸ Como se ha venido reiterando no cabe dudas que dentro del sistema español el reconocimiento previo de la decisión extranjera cuya modificación se interpela, es ruta necesaria a efectos de modificación. El reconocimiento de la decisión extranjera, por tanto, se alza como presupuesto procesal ineludible. *Vid.* VIRGOS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 570; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 223 y 224.

condicionamientos especiales²²⁹. De ahí que quepa afirmar que la eficacia en España de una decisión judicial colombiana que modifique la decisión judicial originalmente española quedará sometida a las exigencias previstas en el CHC, aunque sin olvidar que, con carácter previo, el juez requerido deberá necesariamente comprobar si la concurrencia de las siguientes condiciones: 1) en el proceso de modificación seguido en Colombia los jueces hayan tenido en cuenta la decisión española originalmente dictada, y si se hayan respetado los límites temporales de la cosa juzgada conforme al Derecho procesal español, considerándose como nuevas circunstancias para la modificación las acaecidas con posterioridad al que, según el Derecho español, se considera como momento preclusivo: la fecha de la interposición de la demanda. Solo en caso de concurrir estas dos exigencias la decisión colombiana modificadora de la española, podrá desplegar sus efectos en nuestro país, siempre, claro está, que se cumplan las condiciones previstas en el CHC.

El primero de estos controles adicionales se erige en un mecanismo esencial a efectos de descartar supuestos de inconciliabilidad, teniendo en cuenta que la propia mutabilidad de estos pronunciamientos favorece el sometimiento de estas materias a nuevos procesos y decisiones, cada vez que acontece el cambio de circunstancias. La amplitud de los rigores a que es sometida la nueva decisión involucra la garantía de haberse tenido en cuenta la

²²⁹ *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Competencia de los tribunales españoles para modificar decisiones extranjeras (comentario a la STC 61/2000, de 13 de marzo”, *Derecho privado y Constitución*, 2000, 185-205, pp. 204; CARBALLO PIÑEIRO, L., “Competencia Judicial Internacional y modificación de las prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000”, *AEDIPR*, t. I, 2001, pp.463- 482, p.270. y 205; MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias”, *REDI*, vol. LIV, 2002, p. 655.

primera decisión dictada por el Estado ahora requerido. En la medida que la decisión española haya sido tomada en consideración en el proceso de modificación seguido en Colombia²³⁰, la resolución modificadora colombiana, en ningún caso supondría un contraste con situaciones resueltas en foro. Así pues, en modo alguno quedaría justificado el rechazo de la decisión modificadora colombiana por razón de inconciliabilidad, siempre que el proceso de modificación seguido en Colombia se hayan considerado hechos nuevos y distintos (nuevo objeto) de los que en su día se consideran en España para la adopción de la resolución española, lo que impide que se produzca una identidad en el objeto²³¹. En caso contrario, se estaría ante un claro supuesto de inconciliabilidad, prevaleciendo en todo caso la decisión española (prioridad del foro)²³².

Por lo que respecta al planteamiento de las autoridades colombianas en el punto que nos ocupa, hay que señalar que éste no se halla en modo alguno definido. De hecho, ni en la doctrina ni

²³⁰ Como se ha venido reiterando no cabe dudas que dentro del sistema español el reconocimiento previo de la decisión extranjera cuya modificación se interpela, es ruta necesaria a efectos de modificación. El reconocimiento de la decisión extranjera, por tanto, se alza como presupuesto procesal ineludible. *Vid.* VIRGOS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 570; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 223 y 224.

²³¹ SANTIAGO ÁLVAREZ ratifica que las sentencias entre las mismas partes y con el mismo objeto no deben reputarse de contradictorias cuando la extranjera pueda encajarse como una modificación razonable de la nacional. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 275.

²³² El TS mediante Auto de 6 de junio de 2000 reconoció que no era inconciliable la decisión francesa de alimentos que modificaba la decisión española dictada con anterioridad, estimando que la identidad en el objeto no se producía tras el cambio en las circunstancias. (ATS de 16 de mayo de 2000). *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 478 y cita 1013.

en la jurisprudencia de aquel país encontramos antecedentes que nos permita definir con claridad la postura que las autoridades colombianas seguirán de instarse ante las mismas el reconocimiento de una decisión española modificadora de una previa decisión colombiana.

En cualquier caso, la doctrina ha reiterado que la tesis que califica el hecho de la modificación de decisiones en el Estado requerido como un atentado a la soberanía extranjera, ha quedado desterrada de casi todos los ordenamientos jurídicos. De ahí que, para juzgar con precisión el comportamiento de los jueces colombianos frente a este fenómeno, tendríamos necesariamente que esperar a que ello tenga expresión práctica.

En la actualidad, lo que sí ha quedado corroborado es que en el orden interno colombiano la modificación es plenamente aceptada, hecho que también se confirma con su adhesión al CHNY-1956 donde la modificación ha sido contemplada. No obstante, no se debe perder de vista la postura constante de los jueces colombianos frente a los conflictos en materia matrimonial desarrollados fuera de sus fronteras, así como el carácter absolutamente territorial de sus normas internas de competencia, de ley aplicable y de reconocimiento²³³, lo que han hecho patente a

²³³ El juez requerido en reconocimiento carecería de legitimidad para resolver sobre la modificación del pronunciamiento extranjero, siendo calificado este acto como invasivo de la soberanía estatal. Sus defensores consideran que tal intromisión podría solventarse a través del otorgamiento de competencias exclusivas a los Estados en materia de modificación de decisiones, impidiendo de esta forma un atentado a su soberanía. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 223; VIRGOS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 570; MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., “La sentencia extranjera...”, *loc. cit.*, p. 660.

través de la denegación reiterada del reconocimiento de decisiones extranjeras procedentes de países con sistemas matrimoniales no causales.

Para último, queremos referirnos a la incidencia que para el control de inconciliabilidad plantea la apertura de un nuevo proceso en el Estado requerido al margen del reconocimiento.

En el ámbito de la crisis la apertura de un nuevo proceso en el foro podría originarse, por ejemplo, en aquellos casos en que la decisión extranjera de divorcio o de separación que contenga un pronunciamiento sobre los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges no supere por cualquier motivo la prueba del *execuátur* o cuando habiendo supera su reconocimiento el pronunciamientos principal, el pronunciamiento sobre los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges sea rechazado. En el primer caso, al tratarse de pronunciamientos dependientes del divorcio o de la separación (principal), no cabría iniciar ante las autoridades del foro la modificación de la prestación o las prestaciones contenidas en aquella decisión, en la medida en que su reconocimiento va a hacerse depender de que el pronunciamiento principal (divorcio o separación) se va también reconocido. Lo mismo puede ocurrir si se tratara de pronunciamientos independientes de la causa matrimonial si éstos fueran desconocidos en el foro (*ad ex*. alimentos de los hijos y medidas de custodia y visitas). Además de por esta razón, también puede suceder que las partes insten el nuevo proceso ante las autoridades del foro al margen del reconocimiento de la decisión extranjera, lo que podría venir motivado, por ejemplo, por el intencionado propósito de las partes

en evadir una ley extranjera divorcista más restrictiva, como es el caso de la ley colombiana²³⁴.

Pues bien, cualquiera de estos supuestos puede conducir a la apertura de un nuevo procedimiento. Para el tráfico externo, la apertura de un nuevo procedimiento sobre el que ya haya recaído una decisión en el extranjero tiene consecuencias nefastas, generando situaciones claudicantes, si con posterioridad la segunda decisión pretende hacerse valer en el Estado donde la fue originalmente adoptada. En tal caso, se estaría ante un claro supuesto de inconciliabilidad con situaciones resueltas en el foro, en la medida en que las autoridades del país responsables de la segunda decisión, no han tenido en cuenta la decisión originalmente dictada.

c) Control de la competencia judicial internacional

i) Finalidad del control y recurso a la técnica de bilateralización de foros

El CHC, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de convenios internacionales sobre reconocimiento en los que España y Colombia participan, no establece como condición de reconocimiento el control de la competencia judicial internacional, si bien esta carencia no significa que este control no se lleve a efecto.

²³⁴ El Derecho colombiano reconoce a los cónyuges el derecho a percibir una pensión alimenticia únicamente si son inocentes. Mientras el sistema divorcista español, queda marginada la incidencia negativa de la culpa en los alimentos entre cónyuges y ex cónyuges, pudiendo beneficiarse de estas prestaciones siempre que se demuestre la existencia de una necesidad o el desequilibrio económico.

Es cierto que una de las finalidades principales de este control es proteger las competencias exclusivas del Estado requerido en determinados ámbitos. Sin embargo, las crisis matrimoniales no figuran entre las materias de competencia exclusiva de jueces españoles o colombianos. Por otro lado, con este control se pretende asimismo proteger al demandado frente a foros exorbitantes o desproporcionados que comprometan sus derechos de defensa, garantizar determinados intereses de partes especialmente protegidas (menores o incapacitados) o en su caso que se produzca un quebrantamiento de un acuerdo válido de elección de foro, situaciones todas ellas que pueden estar presentes en las distintas situaciones derivadas de las crisis matrimoniales.

A falta de una disposición expresa al respecto en el CHC, el control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen en el marco del referido Convenio se efectuará desde los parámetros del Estado receptor, mediante la aplicación indirecta de los foros de competencia directa (técnica de bilateralización de los foros). De ahí que este control pueda variar de un Estado a otro.

Según esta técnica, como ya se viera, la competencia judicial internacional del juez extranjero será examinada a la luz de las normas de competencia judicial internacional del foro, condicionándose el reconocimiento de la decisión extranjera al hecho de que el juez de origen haya basado su competencia en criterios análogos a los que rigen para el juez requerido. El principal inconveniente de esta técnica es obvio: en la medida en que los criterios de competencia del país de origen no coincidan con las del Estado receptor, las decisiones extranjeras perderán toda posibilidad de ser reconocidas y ejecutadas en este último, incluso

en los casos en que los foros de competencia en los se haya basado el tribunal de origen presenten vínculos razonables con la situación de crisis. Y puede ciertamente suceder que el tribunal extranjero funde su competencia en un foro no previsto en el Estado requerido y que aquél sea igualmente razonable. De ahí que haya quien considere que las reglas de competencia del foro son insuficientes para este control, propugnando que se conceda arbitrio suficiente al juez para verificarlo²³⁵. Hay que tenerse presente, sin embargo, que incluso demostrada la existencia de estos vínculos razonables con el tribunal de origen, éstos pueden ser insuficientes para justificar dicha competencia, como ocurrirá cuando, tras ser exploradas el conjunto de circunstancias en torno al asunto, se aprecia el ánimo fraudulento del demandado (*forum shopping*). En tal caso, la decisión sería igualmente denegada.

ii) Control de la competencia por parte de las autoridades colombianas

El ordenamiento colombiano carece de normas de competencia judicial internacional específicas, si bien la doctrina privatista local sostiene que el factor de conexión “domicilio conyugal” contemplado en los arts. 163 y 164 C.c.c. servirá tanto determinar la competencia como la ley aplicable al divorcio²³⁶. Partiendo de este planteamiento, si en aplicación de los arts. 163 y 164 C.c. colombiano el domicilio conyugal es el criterio que atribuye competencia al juez extranjero para conocer de acciones de

²³⁵ *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 197.

²³⁶ “El factor de conexión es la ley del domicilio conyugal tanto para la jurisdicción como para la ley aplicable al fondo del divorcio”. *Vid.* MONROY CABRA, M. G., *Tratado de Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 399 y 400.

divorcio decretado en el extranjero, tanto si el matrimonio civil que se disuelve se celebró en Colombia como en el extranjero, y entendiendo por “domicilio conyugal”, de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 *in fine* C.c.c. “el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, el del cónyuge demandado”, bien se puede afirmar, desde la perspectiva de un juez colombiano que, los jueces españoles tendrán competencia para conocer de una demanda de divorcio tanto en el caso en que ambos cónyuges tengan su domicilio o residencia conjunta en España, como en aquél en que no siendo así, el demandado conserva su domicilio o residencia en nuestro país.

La utilización de estas normas (arts. 163 y 164 C.c.c.) para abordar el control de la competencia del tribunal de origen plantea, sin embargo, dos dificultades. La primera es que las mencionadas normas afectan únicamente a los divorcios extranjeros de matrimonios civiles, por lo que, en base a dichas reglas, no sería posible determinar si la competencia ejercida por nuestros jueces en causas de separación, nulidad matrimonial o divorcios de matrimonios religiosos resulta exorbitante o desproporcionada desde la perspectiva del juez colombiano. La segunda es, que si los jueces españoles se declaran competentes para conocer acciones de divorcio en base otros foros de competencia judicial internacional en la materia -que, como inmediatamente veremos, son muy amplios-, la aplicación estrictamente del criterio “domicilio conyugal” como criterio de competencia judicial internacional indirecta llevaría ineludiblemente a denegar el reconocimiento en Colombia de las sentencias de divorcio dictadas por jueces españoles.

Se plantea, por tanto, la cuestión saber conforme a qué criterios los jueces colombianos podrían controlar las competencias ejercidas por los jueces españoles en causas matrimoniales, esto es, distintas del divorcio de matrimonio civil, cuestión a la que tendremos que responder señalando que, a falta de regulación convencional y de reglas de competencia judicial internacional en el ordenamiento colombiano, el control de la competencia deberá llevarse a cabo mediante la bilateralización de sus reglas de competencia internas, previamente internacionalizadas (esto es, utilizadas como reglas de competencia judicial internacional)²³⁷.

A este respecto hay que recordar que las reglas generales de competencia de los jueces colombianos en procesos contenciosos se hallan contenidas en el art. 23 del CPCC. De conformidad con lo dispuesto en dicho precepto, cabrá considerar competente al juez español cuando el demandado tenga su domicilio en España; o, en su defecto su residencia (art. 23.1º), y de no concurrir ninguna de estas dos circunstancias, si demandante tiene su domicilio en nuestro país (art. 23.2º)²³⁸. A esta competencia general se añade, además, otro criterio de competencia que afecta específicamente a este ámbito, como es el correspondiente al domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve (art. 23. 4º), si bien, basta una simple lectura de la norma para advertir reveladoras incongruencias²³⁹. El legislador colombiano a la hora de configurar

²³⁷ *Vid.* MONROY CABRA, M. G., *Tratado de Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 309-311.

²³⁸ Téngase en cuenta que el legislador no establece distinción entre el domicilio y la residencia, aunque podría asimilarse sin mayores dificultades.

²³⁹ “En los procesos de alimentos, nulidad y divorcio de matrimonio civil, separación de bienes, liquidación de sociedad conyugal, pérdida o suspensión de la patria potestad, o impugnación de la paternidad legítima, y en las medidas

las competencias internas en las distintas causas matrimoniales el apartado 4º del art. 23, incurre en algunas imprecisiones. Así, por ejemplo, omite toda referencia a la separación de cuerpos si el matrimonio se ha celebrado bajo la forma civil. Y lo mismo sucede con las acciones de divorcio de matrimonio religioso y de nulidad civil de matrimonios religiosos. La distinción entre las formas civil y religiosa hecha por el legislador colombiano al fijar la competencia territorial de los jueces colombianos en la materia, resulta además errónea, ya que los jueces civiles son los únicos competentes para resolver el divorcio, la separación de cuerpos y la nulidad del matrimonio sea cual fuere la forma de celebración del matrimonio (art. 152. 2 C.c.c.)²⁴⁰. Y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. VII del Decreto 782 de 1995, de 12 de mayo, por el que se reglamenta parcialmente las Leyes 25 de 1992, de 10 de noviembre, por la que se desarrollan los arts. 9, 10, 11, 12, y 13 del art. 42 Constitución Política Colombiana (en adelante CPC)²⁴¹ y 133 de 1994, de 23 de mayo, por la que se desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos²⁴² (en adelante Decreto 782/1995)²⁴³, según el cual: “Son de la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria la cesación de los efectos civiles, la separación de cuerpos, la nulidad y disolución del vínculo de matrimonios religiosos...”. La única

cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos o a los de nulidad, divorcio y separación de cuerpos de matrimonio católico, será también competente el juez que corresponda al domicilio común anterior, mientras el demandante lo conserve”.

²⁴⁰ “Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia”.

²⁴¹ DO núm. 40.693 de 18 de diciembre 1992.

²⁴² DO núm. 41.369 de 23 de mayo de 1994.

²⁴³ DO núm. 41.846 de 12 de mayo de 1995.

excepción se produce respecto de las nulidades de matrimonios canónicos, tal y como se desprende del art. VIII del vigente Acuerdo Concordatario entre la Santa Sede y el Estado colombiano de 12 julio de 1973, aprobado por Ley 20 de 1974 (en adelante Concordato de 1973)²⁴⁴, y donde se reconoce a la jurisdicción eclesiástica competencia exclusiva en materia de nulidad de matrimonios celebrados bajo la forma canónica²⁴⁵.

Debemos tener presente asimismo que las decisiones sobre crisis matrimoniales pueden contener pronunciamientos accesorios en materia de responsabilidad parental, alimentos a favor de los hijos o alimentos entre cónyuges y ex cónyuges o indemnización, en relación con los cuáles se impone proceder a un control de la competencia. En este punto hay que señalar que la competencia de los jueces colombianos para conocer de las medidas conexas se contempla en los foros generales del art. 23 CPCC²⁴⁶. Y ello por

²⁴⁴ (D O núm. 34.234, de 14 de enero de 1975). *Vid.* EGUREN, J. A., S.J., *Derecho Concordatario*, Librería Stella, Bogotá, 1974, p. 116.

²⁴⁵ *Vid.* QUIRÓZ MONSALVO, A., *Manual Civil. Familia*, t. V., Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2011, pp. 155-157.

²⁴⁶ Art. 435. 5 C.c. “Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos: 3. Fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos, y restitución de pensiones alimenticias; 4. El divorcio, la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso y la separación de cuerpos, por consentimiento de ambos cónyuges ; y 5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del juez previstos en la ley 24 de 1974, en los decretos 2820 de 1974, 206 y 772 de 1975, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En todos estos casos, procederá la

cuanto que en la sentencia que resuelva sobre la cuestión matrimonial es materia de obligada resolución todo lo relativo a la custodia, visitas, suspensión o pérdida de la patria potestad, así como la proporción en que los padres deben contribuir a los alimentos de los hijos, entre otros, tal y como se establece en el art. 435 CPCC²⁴⁷, pronunciamientos, estos últimos, a los que concretamente nos ceñiremos respecto de este control.

Asimismo cuando se trate de procesos matrimoniales por mutuo acuerdo, y aunque el art. 23 CPCC se refiera exclusivamente a los procesos contenciosos, la competencia de los jueces colombianos para conocer en tales supuestos, según se puede deducir de la doctrina local, será igualmente extraída de este precepto²⁴⁸. En este punto hay que recordar además que en Colombia, como ya se viera, se prevé la posibilidad de convenir ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada por la ley a los jueces colombianos (art. 34 Ley 962/2005).

iii) Control de la competencia por parte de las autoridades españolas

Los jueces españoles, a efectos de proceder al control de la competencia el juez de origen en los casos en que ante los mismos

acumulación de procedimientos de haberse iniciado de forma diferenciada de la cuestión principal de crisis”.

²⁴⁷ Vid. ESCUDERO ÁLZATE, M^a. C., *Procedimiento de familia y del menor*, 18^a edic., Leyer, Bogotá, 2011, p. 454.

²⁴⁸ Vid. VALENCIA ZEA, A., y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho Civil, op. cit.*, p. 280.

se hagan valer decisiones sobre crisis matrimoniales colombianas, deberán llevar a cabo una bilateralización de los criterios de competencia judicial internacional en la materia en vigor en nuestro país. Tales criterios se encuentran contenidos en el Reglamento de “Bruselas II *bis*”, texto que desplaza las normas internas de competencia judicial internacional previstas en el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)²⁴⁹, salvo en supuestos muy concretos y excepcionales (art. 7).

El Reglamento en su art. 3.1 contempla hasta siete criterios de competencia judicial internacional distintos. Según estos foros, nuestros tribunales podrían declararse competentes si en España se encuentra la residencia habitual de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda. A falta de residencia habitual común en España al tiempo de la demanda, los jueces españoles podrían ser competentes de haber estado en España la última residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos siga residiendo aquí. Las autoridades de nuestro país también podrían conocer, si el demandado tuviera su residencia habitual en España, de igual manera que cabría considerar a aquéllos competentes, si la demanda se plantea de forma conjunta y alguno de los cónyuges tuviera su residencia habitual en nuestro país. El Reglamento contempla igualmente la posibilidad de que los tribunales españoles se atribuyan competencia en la materia si el demandante ha residido en España al menos un año antes de la presentación de la demanda, plazo que reduce a seis meses en los casos en que el demandado sea español. Finalmente, se prevé la posibilidad de que las autoridades

²⁴⁹BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. Corrección de errores BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1985.

de nuestro país conozcan de estas acciones cuando ambos cónyuges ostenten la nacionalidad española.

La competencia atribuida a nuestros tribunales por el art. 3 alcanza igualmente a las demandas reconventionales (art. 4), bastante frecuente en el ámbito de las crisis matrimoniales. Y, para los casos de conversión de la demanda de separación en divorcio, prevé que nuestros jueces tendrán competencia tanto si aquéllos decidieron sobre el proceso de separación, como si concurre cualquiera de los foros del art. 3 (art. 5)²⁵⁰.

En los supuestos en los que el cónyuge demandado sea nacional de un Estado miembro del Reglamento o tenga su residencia habitual en alguno de tales Estados, estos foros presentarán carácter exclusivo (art. 6)²⁵¹, no pudiéndose dar aplicación a ningún otro foro de competencia previsto en la normativa autónoma del Derecho del foro. Por tanto, de no concurrir ninguno de los foros referidos, el tribunal español vendrá obligado a declararse incompetente de oficio, ya sea sobre la base de lo dispuesto en el art. 17 del Reglamento o en virtud de lo establecido en los arts. 36 y 38 LEC.

²⁵⁰ Vid. SEIGÍAS QUINTANA, J. A., “Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, en Borrás Rodríguez, A. (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho judicial, vol. IV, 2001, pp. 103 y 104.

²⁵¹ La exclusividad de los foros no queda referida a la naturaleza de éstos, sino a su aplicación, siempre que el cónyuge demandado tenga su residencia habitual o la nacionalidad de en un Estado miembro del Reglamento, en estos casos, las normas de competencia podrían fundarse únicamente en los foros previstos en los arts. 3 a 5. Vid. ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional*, Valencia, Tirán lo Blanch, 2003.

Los foros de los arts. 3 a 5, no presentarán, sin embargo, carácter exclusivo en los casos en que no concurra ninguna de las condiciones antes mencionadas (ni el demandado es nacional de un Estado miembro ni tienen su residencia en ninguno de tales Estados), lo que implicará que, de no poder basar el tribunal español su competencia en ninguno de los referidos foros, y no concurriendo éstas a favor de ningún otro Estado miembro, podrá recurrir a tal efecto a los foros de competencia judicial internacional previstos en la normativa interna, en concreto, al de la residencia en España del demandante (art. 22.3 LOPJ) o al foro de sumisión, expresa o tácita (art. 22.2 LOPJ²⁵²).

Visto que los criterios sobre los que puede edificarse este control en uno y otro Estado son notoriamente dispares, no es difícil concluir que el reconocimiento en Colombia de la decisión española de divorcio, separación y nulidad matrimonial podría verse con frecuencia rechazada por tal motivo.

iv) ¿La falta de competencia como causa de denegación del reconocimiento recíproco de decisiones sobre crisis matrimoniales?

Dada la amplitud de los foros por los que cabe atribuir competencia a nuestros jueces en acciones de divorcio, separación y nulidad matrimonial, resulta difícil imaginar un supuesto en el que una decisión colombiana sobre crisis matrimonial vaya a ser rechazada por nuestras autoridades en virtud de un control indirecto de la competencia, ya que, casi siempre, desde la óptica

²⁵²Vid. FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., pp. 427 y 428.

jurisdiccional española los jueces colombianos disfrutarían de competencia en este ámbito.

Distinto, sin embargo, se presenta en principio el planteamiento de las autoridades colombianas frente a las decisiones españolas sobre crisis matrimoniales. Y ello por cuanto aquéllas podrían denegar el reconocimiento de decisiones por entender que la autoridad española fundó su competencia en un foro que, desde su perspectiva, resulte excesivo, si bien como inmediatamente veremos es ésta una conclusión más teórica que real.

Con carácter general la jurisprudencia colombiana fundamenta el control en su normativa autónoma (art. 694.4 CPCC)²⁵³, concretamente, en la necesidad de proteger la competencia exclusiva de los jueces colombianos²⁵⁴. Es verdad que los jueces colombianos, en ocasiones, invocan esta norma para controlar si nuestros tribunales basaron su competencia en el foro del “domicilio conyugal”, previsto en los arts. 163 o 164 C.c. colombiano²⁵⁵, donde según la más autorizada doctrina privatista

²⁵³Este precepto requiere “que el asunto sobre el cual recaer, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos”.

²⁵⁴ *Vid.* SCSJC de 13 de agosto de 2002, la Sala ratifica que: “En consecuencia, corresponde a la Corte verificar si en el fallo extranjero cuyo exequátur se pide, se cumple las exigencias del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales, cuando se demande el exequátur de la sentencia extranjera, ésta no debe versar sobre derechos reales constituidos en bienes situados en territorio colombiano, en atención al contenido de la decisión judicial extranjera, es claro que no versa sobre derechos reales constituidos en bienes ubicados en Colombia, no siendo el asunto de la competencia exclusiva de las autoridades judiciales colombianas”. (En igual sentido *vid. Sents.* SCSJC de 20 de agosto de 2009, 23 de noviembre de 2011 y 19 de diciembre de 2011).

²⁵⁵ *Vid.* SCSJC de 7 de julio de 2008, la Sala reconoce que: “(...) el domicilio conyugal estaba situado en Málaga (España), el conocimiento del asunto correspondía a la autoridad judicial que dictó la sentencia al ser promovido de

local, se recoge la normativa de competencia judicial internacional colombiana en esta materia. Pero no debemos ignorar la existencia de otro sector de la jurisprudencia que a la hora de verificar el control de la competencia exigido por el art. 694.4 CPCC, lo hace atendiendo a las normas de competencia judicial internacional españolas, valorando su posible incompatibilidad con el sistema colombiano^{256 257}. Lo cierto es que no existe ninguna decisión española –ni de tercer Estado- que haya sido rechazada en sede colombiana por este motivo.

Si examinamos la jurisprudencia española existente sobre reconocimiento de sentencias colombianas sobre crisis matrimoniales, en ella no encontramos referencia directa a este control, si bien en sus valoraciones siempre hay presente alguna referencia a la residencia en Colombia de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda²⁵⁸. Pero lo que sí se puede decir es

común acuerdo por las partes, circunstancia conforme con las normas de competencia vigentes en la legislación colombiana”. En igual sentido *vid.* SS CSJC de 7 de octubre y 30 de septiembre de 2010.

²⁵⁶ *Vid.* Asimismo la SCSJC de 20 de agosto de 2009 refiere que “...la sentencia nada dice sobre el domicilio de los ex cónyuges, pero el sentido indica que estaban residenciados en España, y esto, por sí, en la esfera internacional, radicaba la competencia para decretar el divorcio, en el juez del lugar que pronunció dicha decisión, según las reglas generales vigentes en el territorio patrio. (En igual sentido *vid.* SCSJC de 19 de julio de 2005 y 15 de agosto de 2007).

²⁵⁷ Excepcionalmente, alguna decisión ni siquiera hace alusión a este control. (*vid.* SCSJC de 14 de noviembre de 2008, no se contiene ninguna referencia a la residencia o el domicilio de los cónyuges en España).

²⁵⁸ *Vid.* AATS de 11 de noviembre de 2003, 15 de junio y 27 julio de 2004, en los que los jueces españoles indican la residencia de los cónyuges en Colombia al momento de interponerse la demanda de divorcio ante las autoridades de aquel país. En el primer caso, la Sala refiere: "Los contrayentes eran ambos españoles y residentes en España; al tiempo de promover el juicio de divorcio ante la jurisdicción colombiana, eran residentes en la República de Colombia; cuando pidió justicia a esta Sala, el promoverte era residente en España (FJ 2º).

que, por este motivo nunca se han visto rechazadas en nuestro país decisiones colombianas en la materia. De hecho, como es sabido, nuestra jurisprudencia respecto a la normativa autónoma de reconocimiento (LEC 1881) ha reducido este control al fraude procesal en base a los arts. 6.4 C.c.e. y 11.2 de la LOPJ²⁵⁹, impidiendo de esta forma la concurrencia de un foro de conveniencia al servicio de los intereses de las partes. Así, por ejemplo, el hecho de que los cónyuges con residencia legal en España hubieran planteado su demanda de divorcio o de separación en el lugar de la celebración del matrimonio o en el país del que uno de los cónyuges sea nacional, ha sido causa de denegación por parte de nuestros tribunales del reconocimiento de decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales por este motivo.

v) Control de la competencia respecto de las cuestiones accesorias relativas a las obligaciones alimenticias entre

En el segundo, la Sala reconoce que: “Los contrayentes eran ambos colombianos; al tiempo de promover el juicio de divorcio ante la jurisdicción colombiana, eran residentes en la República de Colombia; cuando pidió justicia a esta Sala, el promovente era español y residente en España” (FJ 2º). En el tercer supuesto, la Sala reitera que: “Los contrayentes eran español -el varón- y colombiana -la mujer- y residentes en España y República de Colombia, respectivamente; al tiempo de promover el juicio de divorcio ante la jurisdicción colombiana eran residentes en la República de Colombia; cuando pidió justicia a esta Sala, el promovente era español y residente en la República de Colombia”. (FJ 3º).

²⁵⁹ Vid. TRINIDAD GARCÍA, M. L., “Nota al Auto del TTS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1982”, *REDI*, 1983, vol. XXXV, núm. 2, pp. 11-113, p. 513; AMORES CORANDI, M. A., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, *REDI*, 1986, vol. XXVIII, núm. 1, pp. 234-258, pp. 255-256; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, pp. 369-371; VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de divorcio”, *REDI*, 1983, vol. XXXV, núm. 2, pp. 504-511, pp. 508-511; VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMATÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Iternacional...*, *op. cit.*, pp. 620 y 621. (AATS de 15 de octubre de 1996, 23 de junio de 1998, 13 octubre de 1998, 29 de enero de 2002)

cónyuges, las obligaciones alimenticias a favor de los hijos, así como las relativas al régimen de custodia y visitas.

En los supuestos en que las decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales que se haga valer en el foro contenga otros pronunciamientos accesorios habituales en este tipo de decisiones (sean comunes a todas ellas o específicos solo de algunas) cabe preguntarse de qué manera puede incidir el control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen en el reconocimiento de tales pronunciamientos en el Estado requerido.

Como ya se ha dicho, el CHC afecta con carácter general al reconocimiento de decisiones civiles, lo que unido a la inexistencia de convenios específicos que vinculen a España y Colombia en esas concretas materias, nos lleva a mantener su aplicabilidad al reconocimiento de tales pronunciamientos. En efecto, para que los pronunciamientos accesorios contenidos una decisión sobre crisis puedan ser reconocidos en el foro no es suficiente con que el tribunal de origen de la decisión tuviera competencia para conocer de la cuestión matrimonial, siendo necesario que también la tuviera para conocer de las referidas cuestiones accesorias. Puede suceder que el tribunal de origen sea competente para resolver la cuestión principal (separación, divorcio y nulidad), y no lo sea para pronunciarse sobre las medidas de custodia y visitas de los menores, o sobre los alimentos de los hijos, pensiones alimenticias y compensatorias o indemnizaciones entre cónyuges.

En España, los foros de accesoriad en materia de responsabilidad parental se encuentran previstos en el Reglamento

“Bruselas II *bis*”²⁶⁰, foros cuya aplicación viene siendo reclamada, salvo en los casos en que el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte del 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 medidas de protección de los niños (en adelante CLH-1996)²⁶¹, que no lo sea del Reglamento de “Bruselas II *bis*”, pues, en tales supuestos, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 61 del Reglamento, serán los foros de competencia judicial internacional previstos en el citado convenio los que serán aplicación²⁶².

Colombia, sin embargo, aun cuando tiene suscrito el CLH-1996, no lo ha ratificado aún, por lo que las reglas de competencia que habrán de aplicar las autoridades españolas en los casos en que el menor resida en territorio colombiano serán las contempladas en el Reglamento de “Bruselas II *bis*”.

En el Reglamento de “Bruselas II *bis*” la regla general de competencia establecida en el art. 8, otorga competencia a nuestros tribunales si en el momento de presentarse la demanda el menor

²⁶⁰ Según el art. 2.7 del Reglamento, la responsabilidad parental incluye “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y de visita”.

²⁶¹ España es Estado parte de este Convenio desde el 2 de diciembre de 2010 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010).

²⁶² Según el citado precepto, el CLH-1996 será aplicable en materia de responsabilidad parental siempre que el menor resida en el territorio de un Estado parte del Convenio que no sea Estado miembro del Reglamento. De ahí que el Reglamento resulte de aplicación tanto en los casos en que el menor resida en un Estado que sea miembro a la vez del Reglamento y del CHL-1996, como en aquellos otros en los que la residencia del menor se encuentre en un tercer Estado que no sea parte de ninguno de tales instrumentos.

reside en España. De no ser así, cabe el recurso al art. 12.1, donde se prevé que nuestros tribunales resulten competentes para conocer de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial conforme a lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento de “Bruselas II *bis*”, tendrán también competencia para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental derivada de las crisis matrimoniales si se dan los siguientes presupuestos: a) que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor; b) que dicha competencia haya sido aceptada expresa o inequívocamente por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental; y c) que la atribución de dicha competencia responda al interés superior del menor. Esta competencia, que cabe calificar de “accesoria”, cesará por los motivos contemplados en art. 12.2²⁶³.

Finalmente, señalar que en aquellas ocasiones en que no concurren los presupuestos a los que alude el art. 12.1, descartada la posibilidad de basar la competencia de los tribunales españoles en el foro de accesoriadad previsto en el citado precepto, queda abierta la posibilidad de que aquéllos funden sus competencias en los foros de competencia judicial internacional contenidos en la LOPJ, posibilidad condicionada, no obstante, al hecho de que el menor no tenga su residencia en otro Estado miembro del Reglamento, ya que

²⁶³En efecto, el foro de accesoriadad al que puede acogerse la acción sobre responsabilidad parental se encuentra limitado por las reglas de caducidad previstas en el art. 12.2 del Reglamento “Bruselas II *bis*”: a) si ha recaído una sentencia firme sobre la causa matrimonial; b) aunque haya concluido el proceso de divorcio, separación o nulidad, se mantiene la competencia sobre la responsabilidad parental. La caducidad tiene lugar cuando recae sentencia firme sobre el proceso de responsabilidad parental; c) cuando la competencia en los supuestos a) y b) terminen por razones distintas las del apartado 1, es decir, por desistimiento, fallecimiento de los cónyuges, etc y no mediante sentencia firme.

en tal caso serían las autoridades de dicho Estado las que, sobre la base del art. 8 del Reglamento, tendrían competencias (art. 14).

En lo relativo a los alimentos, (término este último que entendido de forma amplia, engloba tanto los alimentos a favor de los hijos, como la pensión de alimentos entre cónyuges y la pensión compensatoria al cónyuge o ex cónyuge) las reglas de competencia de nuestros tribunales para conocer de la materia son las previstas por el Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos²⁶⁴ (en adelante Reglamento “Bruselas III”). De aplicación universal (*erga omnes*), ha desplazado totalmente a las referidas normas de competencia previstas por la LOPJ.

Además de los foros generales de competencia judicial internacional establecidos en los arts. 3.1 a) y b) (residencia habitual del demandado o del acreedor de alimentos), el art. 3 c) y d) del Reglamento autoriza asimismo a nuestros tribunales en a pronunciarse sobre la cuestión de los alimentos: 1) si aquéllos son competentes para conocer de la acción principal de divorcio cuando la cuestión de los alimentos presente carácter accesorio a la cuestión de estado civil (*ad ex.* pensión alimenticia o compensatoria), y 2) si poseen competencia en materia de responsabilidad parental, en aquellos casos en que los alimentos presentaran carácter accesorio a la cuestión de la responsabilidad parental (*ad ex.* pensiones alimenticias de los hijos).

²⁶⁴DO núm. L 7, de 10 de enero de 2009, corrección de errores DO núm. L 131, de 18 de mayo de 2011.

El Reglamento de “Bruselas II *bis*”, prevé asimismo la posibilidad de que nuestros tribunales conozca de la cuestión de alimentos en virtud de un acuerdo de atribución de competencia, acuerdo que deberá hacerse por escrito (art. 4.2)²⁶⁵, debiendo además concurrir las circunstancias previstas en el art. 4.1 del Reglamento²⁶⁶.

Conviene precisar, sin embargo, que esta posibilidad queda descartada en relación con los alimentos de hijos menores de 18 años (art. 4.3).

La competencia atribuida a nuestros jueces a través de un acuerdo válido de sumisión, salvo que se pacte lo contrario, presentará carácter exclusivo (art. 4.1 *in fine*). De ahí que no quepa reconocer en España las decisiones que en materia de alimentos

²⁶⁵ “Se considera hecho por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”.

²⁶⁶ “Las partes podrán convenir en que el órgano u órganos jurisdiccionales siguientes de un Estado miembro sean competentes para resolver los litigios en materia de obligación de alimentos suscitados o que puedan suscitarse entre ellos:

a) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que una de las partes tenga su residencia habitual;

b) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que sea nacional una de las partes

c) por lo que respecta a las obligaciones de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges:

i) el órgano jurisdiccional competente para conocer de sus litigios en materia matrimonial, o;

ii) el órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año.

Las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) tendrán que cumplirse en el momento de celebrarse el convenio relativo a la elección del foro o de presentarse la demanda.

La competencia atribuida por convenio será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes”.

puedan adoptar los tribunales colombianos de existir un convenio atributivo de competencia a favor de los tribunales españoles²⁶⁷.

El ordenamiento colombiano, como ya se viera, no dispone de foros de competencia judicial internacional, por lo que los criterios en los que cabe fundar la competencia los tribunales de aquel país para conocer sobre los pronunciamientos accesorios sobre responsabilidad parental y alimentos derivados de las crisis matrimoniales, serán extraídos de sus normas internas.

En materia de responsabilidad parental derivada de una situación de crisis además en el foro general del art. 23 CPCC serán competentes los jueces de familia de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 del Decreto 2272 de 1989, por el que se modificó parcialmente el art. 15.2 CPCC²⁶⁸ (en adelante Decreto 2272/1989) y el art. 119²⁶⁹ del Código de la Infancia y la Adolescencia, de 8 de

²⁶⁷ Vid. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMATÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 608, 618 y 619.

²⁶⁸ Art. 15. 2, derogado. Decreto 2272/1989, Arts. 4 y 5 literal i.
Art. 4. - Denominación. Los jueces civiles y promiscuos de menores se denominarán en adelante jueces de familia y promiscuos de familia. Los jueces penales de menores se denominarán en adelante jueces de menores y seguirán ejerciendo sus funciones de acuerdo con la competencia establecida por la ley.
Art. 5. - Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos:
d) De la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores.

²⁶⁹ “Competencia del Juez de Familia en Única Instancia. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley.
3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.
4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia.

noviembre de 2006²⁷⁰ (en adelante, CIA). A falta de juez de familia, la competencia en esta materia se atribuye al juez del circuito del domicilio del menor (art. 14.5 CPC y art. 8 del Decreto 2272/1989), y en su defecto, al juez de la residencia de menor, y si no existe juez del circuito, al juez municipal o promiscuo municipal (art. 120 CIA)²⁷¹.

En materia de alimentos hay que distinguir las obligaciones alimenticias entre cónyuges o ex cónyuges de los alimentos de los hijos. En el primer caso, la competencia de los tribunales colombianos se sustenta en el foro general del art. 23 CPCC, por lo que es juez competente para conocer de la causa matrimonial, también lo será para conocer de las cuestiones accesorias. Si se tratara de alimentos de los hijos, además del foro general del art. 23 CPCC, se atenderá a lo dispuesto en los arts. 15.2 CPCC²⁷² y en los arts. 133²⁷³ a 159 del Código del Menor²⁷⁴ (vigente en todo lo

²⁷⁰ Por el que quedó derogado parcialmente el Código de Menor mediante Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006 (DO núm. 46.446 de 8 de noviembre de 2006), aunque se mantienen vigentes algunas de sus disposiciones.

²⁷¹ *Vid.* LAFÓN PIANETTA, P., *Derecho de familia. Derecho de familia contemporáneo...*, *op. cit.*, p. 593.

²⁷² Art. 15. 2, derogado. Decreto 2272 de 1989, Arts. 4 y 5 literal i.

Art. 4. - Denominación. Los jueces civiles y promiscuos de menores se denominarán en adelante jueces de familia y promiscuos de familia. Los jueces penales de menores se denominarán en adelante jueces de menores y seguirán ejerciendo sus funciones de acuerdo con la competencia establecida por la ley.

Art. 5. - Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos:

i. De los procesos de alimentos, de la ejecución de los mismos y de su oferta.

²⁷³ El artículo 139 CM, estableció un fuero especial de competencia para el conocimiento de los procesos relativos a la imposición alimentaria o de revisión de los ya asignados, cuando estos sean deprecados en interés de un menor, fuero que atiende al domicilio que tenga el menor en el momento de la presentación de la demanda, sin que la disposición prevea

relativo a los alimentos de los menores de 18 años²⁷⁵ Capítulo Tercero, según lo confirma el art. 217 del CIA), resultando competentes los jueces de familia, y en su defecto, el Juez civil Promiscuo del Circuito (art. 14 y 16 CPC) del domicilio o la residencia habitual del menor²⁷⁶. A falta de ésta el art. 120 CIA añade la del juez civil municipal o promiscuo municipal. Asimismo, la doctrina sostiene que de conformidad con el foro general del demandado previsto en el art. 23.1 CPCC²⁷⁷ cabría sustentar la competencia de autoridades colombianas si el demandado (acreedor o deudor) tiene el domicilio o residencia habitual en Colombia. En este caso, reitera esta doctrina, la imperatividad del foro deviene del carácter de orden público de las normas alimentarias si éstas han de

alteración de dicha competencia cuando se trate del reajuste de la cuota alimentaria que previamente se hubiese impuesto, o la reducción de la misma. Así, la persona que tenga prevalencia en el cuidado del menor, podrá y tendrá derecho ante el Juez de Familia para fijación o revisión de los alimentos.

²⁷⁴ “Los representantes legales del menor, la persona que lo tenga bajo su cuidado y el Defensor de Familia podrán demandar ante el Juez de Familia o, en su defecto ante el Juez Municipal del lugar de residencia del menor, la fijación o revisión de alimentos, que se tramitará por el procedimiento que regulan los artículos siguientes. El Juez, de oficio, podrá también abrir el proceso”.

²⁷⁵El art. 157 establece que: “Los alimentos que se deben de acuerdo con este Código se entienden concedidos hasta que el menor cumpla dieciocho (18) años”.

²⁷⁶*Vid.* LAFÓN PIANETTA, P., *Derecho de familia. Derecho de familia contemporáneo...*, *op. cit.*, pp. 593.

²⁷⁷ Conforme al procedimiento previsto en el arts. 435.1. 3ºCPCC, es decir, a través del proceso verbal sumario de fijación, aumento, disminución y exoneración de alimentos, y restitución de pensiones alimenticias.

producir efectos en Colombia (art. 18²⁷⁸ y 19.2 C.c.c²⁷⁹), y ello, tanto si afecta a un colombiano como a un extranjero²⁸⁰.

En cualquier caso, hay que señalar que el control de la competencia sobre los pronunciamientos colaterales contenidos en las decisiones de divorcio, separación y nulidad matrimonial no se ha visto reflejado en ninguna de las decisiones consultadas en aplicación del CHC. Lo que en la práctica sucede es que, si el juez que adoptado la decisión, dispone de competencia para conocer del pronunciamiento principal, desde la perspectiva del juez requerido, también la tendrá para conocer de los pronunciamientos colaterales que de aquéllas decisiones puedan derivar.

d) Control de la ley aplicada

El CHC no establece como condición de reconocimiento el control de la ley aplicada por el juez de origen de la decisión. De esta forma se desmarca de la tendencia casi uniforme dentro del régimen convencional bilateral español, donde este control se prevé, unas veces con carácter general, otras limitado a determinadas materias -estado civil, capacidad y relaciones de familia-, posibilitando que el reconocimiento de la decisión

²⁷⁸ Bajo la rúbrica “obligatoriedad de la Ley” el art. 18 C.c.c., dispone que, “La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia como a los extranjeros residentes en Colombia.

²⁷⁹ El art. Con la rúbrica “extraterritorialidad de la Ley”, establece que, “Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:
(...) 2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

²⁸⁰ *Vid.* LAFON PIANETTA, P., *Derecho de Familia, op. cit.*, pp. 607 y 608.

extranjera sea denegado cuando la ley aplicada por la autoridad judicial extranjera sea distinta a la que hubiera aplicado la autoridad del foro, salvo en aquellos casos en que exista equivalencia de resultados²⁸¹.

La ausencia de este control en el régimen convencional hispano-colombiano, sin embargo, no ha impedido a los jueces colombianos practicar este tipo de control respecto de las decisiones españolas de divorcio, control que han llevado a cabo en aplicación de lo dispuesto en el 164 C.c.c. Al estudio de este concreto control en el ámbito colombiano dedicaremos un epígrafe específico en el capítulo siguiente. Por ahora, solo interesa saber que la finalidad que este control persigue en Colombia no es otra que descartar la concurrencia de causales distintas de las previstas en el art 154 C.c.c.

A diferencia de los jueces colombianos, los jueces españoles, en aplicación del CHC, en ningún caso controlan la ley aplicada a los procesos de divorcio o de separación seguidos en Colombia. Como ya se apuntara, los jueces españoles se limitan a controlar las exigencias previstas en el Convenio, entre las que no figura el control de la ley aplicada.

3. Remisión convencional a las reglas de procedimiento del Estado requerido

El CHC no contiene normas que regulen el procedimiento para la tramitación del *execuatur* que en aquél se prevé, remitiendo sin más a las normas del Estado requerido, según se deduce de la

²⁸¹ *Vid. supra* control de la ley aplicada.

imprecisa redacción del art. 3. El CHC, además, omite toda referencia a la competencia de los tribunales del Estado requerido a efectos de la tramitación del procedimiento de *execuátur*, y de lo que cabe extraer que tanto el procedimiento como la determinación de la autoridades competente para el trámite de *execuátur* se hará de conformidad con la normativa vigente en el Estado receptor, si bien, el art. 3 *in fine* sí recoge expresamente la imposibilidad de recurso contra el auto o sentencia adoptada por el tribunal requerido. Sobre este punto es preciso destacar las significativas diferencias entre el procedimiento de *excuatúr* previsto en la normativa colombiana y el establecido en la legislación española, diferencias que se advierten no solo en lo que concierne a la autoridad competente a efectos de reconocimiento, sino también en cuanto en el procedimiento propiamente dicho, en especial, en lo relativo a los recursos contra la resolución adoptada.

En la normativa procesal colombiana, la competencia para la tramitación de las demandas de *execuátur* recae sobre la Sala de Casación Civil de la CSJC (art. 695 CPCC)²⁸². Junto a la demanda de *execuátur* la parte o partes interesadas acompañarán la constancia de la firmeza y ejecutividad de la decisión, y si no estuviera redactada en castellano, se presentará copia traducida y debidamente apostillada (art. 695 *in fine* CPCC). Además, como ya indicamos anteriormente se exigirá el cumplimiento de las exigencias contenidas en los apartados 1 al 4 del art. 694 CPCC (art. 695.2 CPCC).

²⁸² La normativa procesal colombiana no alude a la legitimación, si bien en estos procesos serán los interesados las personas legitimadas para la tramitación del *execuátur* (cónyuges o ex cónyuges), es decir, quienes fueron partes en el proceso seguido en el extranjero.

La parte demandante, junto con la demanda, podrá solicitar las pruebas que estime pertinentes y, una vez admitidas, se dará traslado al demandado por el término de 5 días para que responda y solicite las pruebas que considere oportunas, así como al Ministerio Fiscal (art. 3 CHC)²⁸³. Vencido este plazo, el tribunal procederá a la práctica de las pruebas solicitadas en el término de 20 días, término que de conformidad con el art 405 CPCC, podrá extenderse si alguna de las pruebas ha de tener lugar en el extranjero. Agotados estos trámites, se dará traslado común a las partes por el término de cinco días para que presenten sus alegaciones (art. 694.3-6 CPCC). Transcurrido dicho término, se dictará sentencia. Finalmente, señalar que al venir atribuida en la competencia para la tramitación del *execuátur* en Colombia a la Corte Suprema de Justicia, contra la decisión dictada por la dicha autoridad no cabrá recurso alguno.

En Derecho español, tras la modificación de los arts. 85.5 LOPJ²⁸⁴ y 955 LEC 1881²⁸⁵, la competencia objetiva para la

²⁸³ “Admitido el escrito incoativo, se procedió a dar traslado del mismo al Ministerio Público (folio 27), luego de lo cual se dio apertura al periodo probatorio; posteriormente, vencida dicha etapa y, por un término común de cinco días, se dispuso que las partes presentaran sus alegaciones finales, facultad de la que hizo uso, únicamente, la parte actora para insistir en la concesión del *exequátur* solicitado”. (*vid.* SCSJC de 14 de noviembre de 2008).

²⁸⁴ Modificado mediante Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), quedando redactado en los siguientes términos “Los juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: (...) 5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal”.

²⁸⁵ Modificado asimismo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en cuanto suprime apartado 4 del art. 56 LOPJ y el 136 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que modifica el art. 955 LEC 1881, el que en su nueva redacción establece lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas

tramitación del *execuátur* corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o del lugar de la residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución. Mientras la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio o de la residencia de la persona frente a la que se solicita el *execuátur* o, en su caso, el del domicilio o lugar de la residencia de la persona a que se refieran los efectos de la resolución. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de la ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban de producir efectos²⁸⁶.

Junto a la demanda deberá acompañar la ejecutoria traducida y legalizada. De la demanda se dará traslado a la parte para que comparezca en el plazo de 30 días y conteste (art. 957 LEC). Si comparece, tendrá 9 días para contestar la demanda. En caso contrario, transcurridos los 30 días desde la fecha de su emplazamiento el tribunal continuará los trámites del procedimiento. Tras oír, por el término de 9 días, a la parte contra quien se dirija la demanda, si comparece, así como al Ministerio Fiscal, el tribunal resolverá a través de auto (art. 955 LEC 1881). Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto en el art. 3 CHC, el

internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extanjas corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de la residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento y ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos”.

²⁸⁶ En Derecho español tampoco se regula la legitimación en estos procesos, aunque se entiende que estarán legitimadas las partes que lo fueron del proceso en origen, sus herederos o causahabientes, así como cualquier otra persona con interés legítimo.

procedimiento de *execuátur* en España abre la posibilidad de recurrir en apelación el Auto dictado por el Tribunal de Primera Instancia²⁸⁷, y ello a partir de la modificación²⁸⁸ que del segundo párrafo del art. 956 LEC 1881 hiciera la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para implantación de la nueva Oficina judicial²⁸⁹. Esta ha sido la principal razón por la que nuestros jueces, al margen de lo dispuesto en el CHC, no se han opuesto en ningún caso a que las partes puedan interponer el posterior de recurso de apelación contra lo resuelto por el Juez de Primera Instancia, si bien marca una de las más significativas diferencias entre el procedimiento de *execuátur* colombiano y español.

²⁸⁷ *Vid.* ATS núm. 384, de 19 de noviembre de 2010.

²⁸⁸ Esta modificación se halla en total coherencia con el traslado de la competencia a los Jueces de Primera Instancia (art. 955 LEC 1881).

²⁸⁹ (BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).

CAPITULO SEGUNDO

RECONOCIMIENTO EN COLOMBIA DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN

I. RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS ESPAÑOLAS DE DIVORCIO

1. Invocación conjunta por parte de las autoridades colombianas de los regímenes convencional y autónomo

El planteamiento seguido por la jurisprudencia colombiana frente al reconocimiento de las decisiones judiciales españolas bien se puede decir que responde invariablemente a una constante: la aplicación cumulativa de las exigencias del régimen interno (art. 694 CPCC) y las contempladas en el CHC. Pero es que, incluso, cuando se trata de condiciones contempladas en el CHC se busca su avenencia con las exigencias previstas por el régimen autónomo, lo que permite concluir que la invocación que se lleva a cabo del Convenio no implica más que una formalidad devenida de su carácter prevalente^{290 291}.

²⁹⁰ Entre innumerables ejemplos existentes, cabe mencionar la SCSJC de 15 de agosto de 2007, por la que la Sala reconoce que: “El Convenio sobre Ejecución de Sentencias Civiles, suscrito por ambos gobiernos, prevé en su artículo 1º que las sentencias civiles pronunciadas por los tribunales comunes de una de las Altas Partes contratantes serán ejecutadas en la otra, siempre que fueran definitivas y que estén ejecutoriadas como en derecho se necesitaría para darles efecto en el país en que se hayan dictado y en tanto no se opusieran a las leyes vigentes en el Estado en que se solicite la ejecución. Corresponde ahora,

Como se viera, la normativa interna colombiana de reconocimiento de decisiones extranjeras se encuentra recogida en el CPCC, en concreto, en sus arts. 664 y 695. En el primero de ellos se establecen las condiciones de reconocimiento (siete en total), regulándose en el segundo el trámite de *execuátur*. Según el apartado 2 del art. 695 CPCC, la demanda de *execuátur* de una decisión extranjera solo prosperará de cumplir cuatro de las siete condiciones previstas en el art. 694 CPCC, esto es, las establecidas en los apartados 1 al 4, a saber: a) que la decisión extranjera no verse sobre derechos reales constituidos sobre bienes situados en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso; b) la no oposición a las leyes u otras disposiciones colombianas de orden público; c) ejecutoriedad, autenticidad y legalización de la decisión

verificar si el fallo extranjero cuyo *execuátur* se solicitó, cumple las exigencias del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil”. Asimismo, la SCSJC de 20 de agosto de 2009 dispone que: “En el caso, existe un convenio entre Colombia y España para el cumplimiento de sentencias civiles, suscrito en Madrid el 30 de mayo de 1908, ratificado mediante la Ley 6ª de 1908, donde se prevé, en el Artículo I, que dichas sentencias, “*pronunciadas por los Tribunales comunes de una de las Altas Partes contratantes, serán ejecutadas en la otra*”, siempre y cuando se reúnan los requisitos allí señalados, los cuales coinciden, en términos generales, con los exigidos en el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil”. En igual dirección la SCSJC de 30 de septiembre de 2010, considera lo siguiente: “Verificada la operatividad de la reciprocidad diplomática o legislativa, según como fuere el caso, para que la sentencia extranjera produzca efectos en el territorio patrio, es menester que además reúna otras exigencias contempladas en la legislación interna, establecidas principalmente con el propósito de impedir que el pronunciamiento foráneo salga lesionando el orden público o la jurisdicción nacionales; entre tales requisitos cabe destacar el consistente en que el fallo extranjero “no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento”, conforme lo preceptúa el artículo 694, numeral 2º, del Estatuto Procesal Civil”.

²⁹¹ Para la jurisprudencia colombiana el Tratado es una norma de primer grado cuya incorporación a aquella soberanía tiene lugar como resultado de una ley estatal de obligado cumplimiento que prevalece frente a las leyes internas. Lo es cierto que, tras este planteamiento de la jurisdicción colombiana se esconde un enorme desconocimiento del DIPr., además de una fuerte atadura a un sistema jurídico de corte excesivamente territorialista.

extranjera; y, d) a la protección de las competencias exclusivas de jueces colombianos²⁹².

Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia colombiana dejan claro si el preceptivo control de estas condiciones en el procedimiento de *execuatur* colombiano conlleva necesariamente el control de tales condiciones en los supuestos en los que venga reclamada la intervención de los regímenes de convencionales de reconocimiento. De ser así, se podría explicar en cierto modo el control de condiciones que lleva a cabo el juez colombiano conforme a su normativa interna de reconocimiento y no según el Convenio. Pero lo que está claro es que, tal planteamiento implicaría una desactivación parcial del régimen de condiciones previstas en regímenes de prevalencia obligada, además de una flagrante vulneración de la norma procesal y constitucional colombiana²⁹³.

La posibilidad de invocar el art. 695.2 CPCC como fundamento del planteamiento seguido por la jurisprudencia colombiana se disipa a la vista del exhaustivo control de condiciones al que se ven sometidas las decisiones españolas en sede colombiana, exigiéndose a éstas, además de los requisitos contemplados en los apartados 1 al 4 del art. 694 CPCC, los

²⁹² “2. La corte rechazará la demanda si faltare alguno de los requisitos exigidos en los numerales 1. a 4. del artículo precedente...”.

²⁹³ El art. 693 CPCC establece que: “Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia”. Por su parte, el art.93 CPC dispone que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso (...), prevalecen en el orden interno...”.

previstos en los apartados 5 y 6 de la referida norma procesal -estos últimos referidos a la inconciliabilidad con proceso abierto o con sentencia dictada en Colombia (art. 694.5 CPCC) y a la notificación conforme a la ley del país del Estado requirente (art. 694.6 CPCC)²⁹⁴-. Obviamente, consideramos que la remisión efectuada por el CHC al procedimiento de *excuátur* según la normativa interna del Estado requerido ha de tenerse hecha sólo a las normas procesales, con exclusión del régimen de condiciones.

Por contra, la línea seguida por la jurisprudencia española es la de ceñirse al control de los requisitos contemplados en el art. 1.1 y 2 del Convenio, sirviéndose para la fiscalización de aquellos otros motivos de denegación no contemplados en el Convenio el recurso de orden público -sustantivo o procesal- o de la vía hermenéutica. Nuestra jurisprudencia en ningún caso suple las indiscutibles carencias de un régimen abocado al cambio a las condiciones previstas en la normativa autónoma de reconocimiento (art. 954 LEC 1881)²⁹⁵.

2. Obstáculos al reconocimiento de sentencias españolas de divorcio.

²⁹⁴ Vid. Todo este epígrafe de conjunto donde se hace referencia a los controles establecidos sobre la base del conjunto de condiciones previstas en las normas de procedimiento colombianas y no conforme al Convenio.

²⁹⁵ *Vid.* ATS de 27 julio 2004, la Sala reconoce que: “De conformidad con dicho Convenio ha de ser controlada la firmeza de la resolución (artículo 1º,1), y la conformidad con el orden público del estado requerido (artículo 1º, 2), debiendo oírse al Ministerio Fiscal (artículo 3º); todos los requisitos establecidos por el Tratado bilateral aparecen debidamente cumplidos”. Tal reconocimiento se reproduce invariablemente en todos los fallos de nuestros órganos jurisdiccionales.

A) Control indirecto de la ley aplicada

a) Verificación de la aplicación de la “*ley del domicilio conyugal*”

En virtud de la Ley 25 de 1992, de 17 de diciembre quedó establecido en Colombia el divorcio vincular para supuestos de matrimonios civiles. Concretamente los arts. 13 y 14 de la referida ley introdujeron importantes modificaciones a los artículos 163 y 164 del vigente C.c.c. En el presente epígrafe analizaremos detenidamente la problemática planteada la regulación de corte sustantivo, con matices procesales, ofrecida en estos dos últimos preceptos y su papel nuclear en el sector del reconocimiento y ejecución de soluciones extranjeras en materia de divorcio.

El art. 163 del C.c.c. dispone lo siguiente: “El divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la “ley del domicilio conyugal”²⁹⁶. Para estos efectos, entiéndase por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como el del cónyuge demandado”. Según la doctrina, como ya se viera, es ésta una norma que sirve para de determinar tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable al divorcio²⁹⁷. La norma, sin embargo, presenta algunas carencias.

En primer lugar, se trata de una norma que afecta únicamente a los divorcios de matrimonio civil cualquiera que sea la

²⁹⁶ Colombia, al ratificar el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1889, optó por la conexión “domicilio conyugal”.

²⁹⁷ Véase epígrafe sobre “el control de la competencia judicial internacional”.

nacionalidad de los contrayentes, no sirviendo, por tanto, para determinar la ley aplicable al divorcio de matrimonio religioso celebrado en el extranjero, así como tampoco a los supuestos de separación. El artículo 163 C.c.c. colombiano, además, solo hace referencia al divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero, quedando abierta la cuestión de saber cuál sería la ley aplicable al divorcio de matrimonio civil celebrado en Colombia entre extranjeros o entre nacionales y extranjeros. No obstante, la jurisprudencia colombiana hace una interpretación lata del precepto haciendo extensiva su aplicación al reconocimiento de decisiones de divorcio extranjeras de matrimonios católicos, aunque no existen antecedentes jurisprudenciales que corroboren el reconocimiento en Colombia de decisiones de divorcios de matrimonios religiosos no católicos celebrados y disueltos en España. Todo parece apuntar que para el Derecho colombiano la internacionalidad del supuesto, viene determinada por el elemento territorial²⁹⁸, y no por la nacionalidad de los contrayentes, por lo que cabe inferir que para aquel ordenamiento el divorcio en Colombia de matrimonio colombiano en que participe un extranjero constituye un supuesto interno y no internacional.

Visto desde esta perspectiva, puede que la regla contenida en el art. 163 C.c.c. cumpla, además, la función de norma de reconocimiento que autorizando un control indirecto de la ley aplicada al divorcio extranjero de matrimonio civil extranjero, en base a la “ley del domicilio conyugal”. De ser así, su interpretación sería más coherente con la formulación del art. 164 C.c.c.

²⁹⁸ El elemento extranjero se extrae del lugar de celebración del matrimonio o del lugar donde al momento de presentarse la demanda se encuentra el domicilio matrimonial o conyugal. *Vid.* FERNÁNDEZ FLORES, J.L., *El divorcio en el derecho internacional privado*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p.8.

colombiano, teniendo en cuenta que este último supuesto prevé otra circunstancia: el divorcio extranjero de matrimonio civil colombiano excluido del art. 163 C.c.c., y al que más adelante nos referiremos.

La doctrina colombiana, al tiempo que sostiene que la conexión del domicilio conyugal recogida por el art. 163 C.c.c. sirve para determinar tanto la competencia judicial internacional y la ley aplicable al divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero, toma como punto de partida para sustentar tal afirmación un supuesto de reconocimiento y no de competencia ni de ley aplicable. Y en tal sentido reitera: “Cuando el matrimonio se haya celebrado en el extranjero y se solicite el divorcio también en país extranjero”²⁹⁹.

El control indirecto de la ley aplicada propugnado por la doctrina en aplicación del art. 163 C.c.c. colombiano implicará que el reconocimiento en Colombia de una decisión española de divorcio solo será factible en el caso en que los tribunales españoles hayan aplicado al divorcio la ley del domicilio conyugal, en tanto ley designada por la norma de conflicto colombiana. Y ello con independencia del contenido de dicha ley, esto es, no se exige que exista equivalencia de resultados entre la ley del domicilio conyugal y la ley colombiana. Por tanto, si la autoridad judicial colombiana constata que el juez español ha decretado el divorcio en aplicación de una ley distinta a la del domicilio conyugal, en principio, podrá aquél denegar el reconocimiento de la decisión española en sede colombiana.

²⁹⁹ *Vid.* MONROY CABRA, M. G., *Tratado de Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 399.

Dicho esto, hay que destacar, sin embargo, que el control indirecto de la ley aplicada patrocinado por esta doctrina en el supuesto al que alude el art. 163 C.c.c. (divorcio extranjero de matrimonio civil extranjero), no ha encontrado reflejo en la jurisprudencia colombiana. Según hemos constatado del exhaustivo estudio de la jurisprudencia de la CSJC en procedimientos de *execuátur* de decisiones extranjeras en este ámbito material, la autoridad judicial colombiana en ningún caso condiciona el reconocimiento de la decisión extranjera de divorcio, sea cual fuere el régimen aplicable (convencional o autónomo), a que el juez extranjero haya aplicado la ley correspondiente al domicilio conyugal. A lo que sí condiciona tal reconocimiento es a otra exigencia no contemplada en el art. 163 C.c.c.: la identidad causal, si bien esta última exigencia, como inmediatamente se verá, únicamente afectará a los divorcios decretados en el extranjero respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia (art. 164 C.c.c.).

Las consideraciones hechas al art. 163 C.c.c. son igualmente extensibles al control indirecto de la ley aplicada en base a la ley del domicilio conyugal recogida en el supuesto del art. 164 C.c.c. *in prime*, según el cual, “El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal”.

b) Comprobación de la identidad causal

Al control indirecto de la ley aplicada sobre la base de la ley del domicilio conyugal, en los supuestos prevista por el art. 164 C.c.c., se suma la exigencia de identidad causal. Según el art. 164 *in prime* C.c.c.: “El divorcio decretado en el exterior, respecto del

matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal y no producirá efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana...”.

En Derecho colombiano, así pues, se sujeta el reconocimiento del divorcio decretado en el extranjero de matrimonio civil celebrado en Colombia al cumplimiento de un doble requisito: a) que se haya aplicado la ley del domicilio conyugal (conexión acogida por la norma de conflicto colombiana), y b) que la causal acogida por la ley del domicilio conyugal sea de las contempladas por la ley colombiana³⁰⁰.

Al primero de estos requisitos “control indirecto de la ley aplicada conforme a la ley del domicilio conyugal, ya nos hemos referido en el epígrafe anterior. Sin embargo, la exigencia de la identidad causal acogida por el art. 164 C.c.c., nos advierte de una importante diferencia respecto del supuesto de hecho contemplado en el art. 163 C.c.c.

Teniendo en cuenta las diferencias entre uno y otro precepto, bien se puede afirmar que, en aplicación del art. 163 C.c.c. (en los casos en que venga reclamada la intervención del régimen autónomo de reconocimiento), una vez localizada en el extranjero la celebración del matrimonio civil disuelto por la resolución extranjera que se haga valer en Colombia, y constatada la aplicación de la ley del domicilio conyugal al divorcio adoptado por la autoridad extranjera, no habrá ningún motivo para que el juez

³⁰⁰ *Vid.* MONROY CABRA, M. G., *Tratado de Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 399-401.

colombiano rechace su reconocimiento, aunque la identidad causal no llegue jamás a producirse. En cambio, si el matrimonio civil disuelto en el extranjero se hubiera celebrado en Colombia (y siempre que venga reclamada la aplicación del régimen autónomo de reconocimiento), será necesario, de conformidad con lo previsto en el art. 164 C.c.c., que la causal acogida por el ordenamiento aplicado (que asimismo habrá de ser la ley del domicilio conyugal) coincida con alguna de las previstas en el ordenamiento civil colombiano³⁰¹.

Dicho lo anterior, hay que tener presente que, contrariamente a lo dispuesto por las referidas normas, la jurisprudencia colombiana viene efectuando en todos los supuestos, un control de la identidad causal, sin distinguir según se trate de las situaciones recogidas en el art. 163 o en el art. 164 C.c.c. Pero es que incluso hace extensivo este control, no solo al divorcio de matrimonio civil celebrado en colombiano o en el extranjero³⁰²,

³⁰¹ *Vid.* NARANJO OCHO F., *Derecho Civil, personas y familia*, Edic. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín, 2006, p. 75, cuando reconoce explícitamente que solo en el caso de que el matrimonio se celebre en Colombia los cónyuges quedan sometidos al art 154 C.c.c. si el divorcio pretende desplegar sus efectos en Colombia.

³⁰² *Vid.* SCSJC de 27 de noviembre de 2007 por la que se deniega el reconocimiento de la sentencia de divorcio de matrimonio civil proferida en Alemania de matrimonio civil celebrado en Alemania, por no haberse acreditado en el expediente la prueba relacionada con la causa que produjo la disolución del vínculo matrimonial, destacándose en que la imposibilidad de acreditar la causal que dio al traste con la disolución del vínculo ataca los principios fundamentales del Estado colombiano por la inobservancia de los 163 y 164 C.c.c. (téngase en cuenta que, al igual que España, el divorcio en Alemania es objetivo). “En efecto -reconoce la Sala-, no se logró aducir al expediente prueba relacionada con la causa que condujo a la disolución del matrimonio, aspecto de suma importancia habida cuenta que imposibilita superar la incertidumbre alrededor de cuál fue realmente la justificación del rompimiento, y si la acogida por el fallador foráneo está en consonancia con las leyes colombianas de orden público, pues en los documentos allegados por la actora (folios 6 a 12), se alude a que la respectiva demanda fue a instancia de

sino también al divorcio de matrimonio religioso³⁰³ y, además, al margen del régimen de reconocimiento aplicable³⁰⁴.

En el ámbito hispano-colombiano la exigencia de la identidad casual provocará que el reconocimiento de una decisión española de divorcio fracase cada vez que el divorcio español deje de sustentarse en alguna de las causales previstas por el art. 154 C.c.c³⁰⁵. Teniendo en cuenta la alta probabilidad de que el juez

parte y evidencia oposición, mientras que la demandante arguye que fue de mutuo consentimiento. Obsérvese que al libelo se acompañó copia de la sentencia extranjera y allí se refiere “al oponente” o “demandado” cuando hace mención a quien fuera cónyuge de la actora (folio 7), situación que aparece reiterativa a folio 12, al dejarse constancia que, “En la causa de divorcio promovido por la solicitante”, denotando, de una parte, que hubo contienda entre los consortes y de otra, que el fallo extranjero y el escrito incoativo son imprecisos al punto que comprometen las resultas de la homologación demandada. Así, mal puede confrontarse lo actuado por el funcionario extranjero con respecto a lo regulado en el derecho interno, cuando aparece con evidente notoriedad las imprecisiones tanto del libelo como de la sentencia a homologar, pues una y otra impiden verificar su conformidad con las normas imperativas del ordenamiento patrio”. En igual sentido *vid.* SSCSJC de 5 de noviembre de 1996, 17 de julio de 2001 y 6 de agosto de 2004.

³⁰³ *Vid.* SCSJ de 3 de diciembre de 2003, por la que se reconoce el divorcio de matrimonio católico celebrado en Italia al haberse fundado en una de las causales previstas en el art. 154 C.c.c., concretamente, el mutuo acuerdo.

³⁰⁴ SCSJC de 17 de julio de 2009, por la que se concede el execuátur a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Aranjuez, Madrid (España), el 5 de diciembre de 2006 y en la que se disolvía el matrimonio canónico celebrado entre nacionales colombianos ante autoridades canónicas colombianas.

³⁰⁵ Causales de divorcio: “1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges; 2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres; 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra; 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges; 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica; 6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial; 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo. 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años; 9. El consentimiento de

español, en aplicación de lo previsto en la normativa conflictual española en materia de divorcio, termine aplicando su legislación interna, y que ésta autoriza el divorcio sin que haya que alegar causal alguna (divorcio objetivo), bien se puede afirmar que tan solo en los casos de divorcio por mutuo acuerdo va a ser posible hablar de una equiparación entre el divorcio español y el colombiano.

En efecto, en práctica lo que realmente ocurre es que el juez colombiano en la mayoría de las ocasiones ni siquiera verifica si la ley aplicada por el juez extranjero es la del domicilio conyugal, reduciendo este control en la gran mayoría de los supuestos a la verificación de la identidad causal, y si esta identidad no se produce, para motivar el rechazo de la decisión, invocan el orden público como fundamento, sin justificar adecuadamente su conexión con principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano.

La inadecuada aplicación de la exigencia de identidad causal al divorcio decretado en el exterior de matrimonio celebrado en el extranjero ha sido puesta de relieve en el voto particular del magistrado PEDRO LAFONT PIANETTA a la Sentencia dictada por la CSJC (Sala de Casación) de 16 de enero de 1995. La Sentencia en cuestión concedió el *execuátur* a la decisión que, con fecha 9 de septiembre de 1988, dictara el Juzgado de Primera Instancia No. 3 de Familia de Pamplona, declarando disuelto el matrimonio católico contraído en Arre, localidad de Navarra, España, el 23 de septiembre de 1963, entre nacional colombiana y nacional español. Precisamente uno de los puntos más controvertidos tratados en su voto particular, ha sido el relativo a la interpretación que del art 163

ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia”.

C.C. hiciera la más autorizada doctrina privatista colombiana (MONROY CABRA).

El destacado magistrado y doctrinario colombiano, en su voto particular declaraba que no procedía en el supuesto en cuestión, el control de la identidad causal, al ser una condición solo reclamada en los casos en que el divorcio extranjero afecte a un matrimonio civil colombiano³⁰⁶. El magistrado, sin embargo, peca por defecto, cuando olvida que, tratándose de una norma interna no cabría invocarla en el ámbito del CHC donde este control no se contempla, por lo que la decisión española en ningún caso podría denegarse por este motivo³⁰⁷.

³⁰⁶ El magistrado reitera en su voto particular que “en estos supuestos el legislador colombiano “al deferir la regulación de la “disolución del vínculo por divorcio” a dicha legislación extranjera, adopta anticipadamente y sin requisito judicial alguno, el divorcio de esos matrimonios civiles, bien se produzca administrativa o judicialmente, por una causal contenciosa o por mutuo acuerdo, o por un régimen sustancial o procedimental cualquiera. Por cuanto parte del supuesto de que en dicha materia no se ha afectado el orden público interno colombiano, en vista de que precisamente tanto el matrimonio civil como el divorcio fueron celebrados y decretados en territorio extranjero, donde tenían su domicilio conyugal, bajo la legislación extranjera, en lo cual nada le interesaba a la legislación colombiana. Luego, con esta disposición se le reconoce al Estado extranjero, por medio de su legislación y de sus órganos competentes, regular exclusivamente el matrimonio civil celebrado en su territorio y el divorcio también allí decretado cuando los cónyuges tuviesen allí su domicilio conyugal. Este reconocimiento -añade el magistrado- persigue, de una parte, que sea en el extranjero donde se defina sustancial y procesalmente el asunto relativo a una disolución matrimonial, porque siendo exclusivamente convencional, o con intervención judicial (según la legislación correspondiente), esa solución extranjera en nada afecta los intereses públicos de Colombia”.

³⁰⁷ El control de la ley aplicada fue una conducta seguida durante años por la jurisprudencia española ya abandonada, por resultar incompatible con la doctrina asentada del Tribunal constitucional (STC 132/1991) justificada únicamente existan razones de orden público constitucional, o a consecuencia del régimen de reciprocidad positiva. *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias*, *op. cit.*, pp. 240-251; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional Privado*, *op. cit.*, p. 250-252.

A nuestro entender, no parece coherente que la ausencia de identidad causal sea interpretada por aquella jurisdicción como un ataque al orden público del foro en cualquier supuesto. Y menos aún que lo haga si la normativa interna reclama el control de la identidad casual solo si el divorcio extranjero disuelve un matrimonio civil celebrado en Colombia, pues, entonces no tendría sentido tal dicotomía normativa, solo en tales supuestos operará el referido control. Ver una contrariedad con el orden público colombiano en el que de hecho de que en las referidas situaciones no se produzca una identidad causal resulta más cuestionable. Y ello por cuanto supone identificar el orden público con las normas imperativas, identificación que resulta a todas luces errónea³⁰⁸.

³⁰⁸ La confusión entre el orden público y las normas imperativas se aprecia igualmente en la doctrina colombiana cuando interpretan el orden público en aplicación del apartado segundo del art. 19 C.c.c.³⁰⁸ desde una lamentable confusión entre las normas relativas al estatuto personal y las propias disposiciones de los arts. 163 y 164 C.c.c.³⁰⁸. El art. 19 C.c.c. dispone que: “Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles: 2º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”. En consecuencia -reitera la doctrina-, será la ley colombiana la que rija para los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero, en lo relativo a los derechos y obligaciones que el matrimonio ocasiona entre los cónyuges y las distintas situaciones derivadas de aquel, tales como: el divorcio, la separación de cuerpos, la nulidad matrimonial, la determinación de la paternidad, la porción conyugal y a todas aquellas relaciones jurídicas integradas en el ámbito familiar. De ahí que en todo lo concerniente a la familia en que intervenga un nacional colombiano quedará sujeto a la ley colombiana, y su desconocimiento se considera un ataque a las bases fundamentales de la sociedad colombiana, siempre que estos derechos y obligaciones pretendan desplegar sus efectos en territorio colombiano. CHAMPEAU y URIBE, A. J., *Tratado de Derecho Civil Colombiano*, Tomo I, pp.87 y 88, reconoce que “... será la ley colombiana la que determinará respecto de los nacionales de este país, en qué caso y con qué efectos. Será también esta legislación la que rige para los colombianos en el extranjero, en lo tocante a los derechos y obligaciones que el matrimonio origina entre los cónyuges; nulidad de aquél; separación de cuerpos, al divorcio, a la paternidad, a la filiación o legitimidad, a la porción conyugal y a las demás relaciones jurídicas que la existencia de la familia produce entre los individuos que la componen (...).

A la vista de semejante comportamiento de la jurisprudencia colombiana, varias son las consideraciones que cabe efectuar en relación con el reconocimiento de decisiones españolas de divorcio y de separación. En primer lugar, hay señalar que en ningún caso cabría fundar el rechazo al reconocimiento de tales decisiones en Colombia en un control indirecto de la ley aplicada, incluido el control de la identidad causal, y ello en tanto en cuanto tal control no encuentra base positiva en el ámbito del CHC, justificado solo en aquellos casos en que el texto convencional así lo previera³⁰⁹. Aceptar que el control indirecto de la ley aplicable derivado de la norma de conflicto colombiana funciona al margen del régimen convencional prevalente, implicaría dotar a esta norma de un valor

Este principio -reitera- se justifica plenamente, pues todo lo que se refiere a la familia afecta las bases fundamentales de la sociedad civil, y no ha de permitirse el que, por ausencia más o menos larga, pueda un individuo, fuera de su patria, desconocer deberes sagrados que lo ligan a la sociedad donde se ha formado, ni esquivar las leyes imperativas. Es evidente que no pudiendo el legislador colombiano imponer a los tribunales extranjeros las reglas conforme a las cuales deben apreciarse los derechos y obligaciones que existen entre los diversos miembros de una misma familia, aunque éstos sean colombianos, concrete que los principios anteriores no se apliquen sino en cuanto aquellos actos han de tener efecto en la República. En la misma línea. Este criterio también es confirmado por VALENCIA ZEA, A. Y ORTIZ MONSALVE A., *Derecho civil...*, *op. cit.*, p.196 y CAICEDO CASTILLA, J.J., *Derecho Internacional Privado*, 5ª edic., Bogotá, Temis, 1960, p. 242. Cierta jurisprudencia, sin embargo, si bien distinguido con acierto entre el contenido y alcance del principio de territorialidad de las leyes respecto del estatuto personal y la determinación de la ley aplicable a los distintos institutos del derecho privado, siguen defendiendo en cambio la imperatividad de sus normas frente a situaciones que no comprometen principios y valores fundamentales defendidos por su Constitución. En esta dirección véase el voto aclaratorio a la SCCC C-395, de 30 de mayo de 2002 del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, al que se adhirieron los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Manuel José Cepeda Espinosa. Postura esta también corroborada por MONROY CABRA, M. G., *Tratado del Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 298.

³⁰⁹ *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento de decisiones en materia de divorcio”, *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1984, pp.508-511; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Divorcio”, *REDI*, vol. XXXVI, núm. 2,1984, pp. 654 y 655.

universal que no ostenta³¹⁰, desactivando de esta forma la opción singular de cualquier régimen bilateral. Asimismo, se restringiría de manera considerable la eficacia en aquel territorio de decisiones españolas de divorcio y de separación, lo que no sucedería a la inversa, ya que las decisiones colombianas de divorcio y de separación no son sometidas a este control en sede española, donde se aplica estrictamente el régimen convencional.

Hecha esta primera precisión, procede igualmente preguntarse si la ausencia de identidad causal justifica o no suficientemente el recurso al orden público sustantivo, en los términos en que viene reclamando la mayoritaria jurisprudencia colombiana, también ratificado por la doctrina local³¹¹.

Ciertamente, el Derecho de familia es constituye un ámbito especialmente expuesto al impacto negativo del orden público del foro³¹² y donde mayor duda plantea esta exigencia en su vertiente sustantiva. Situados en este punto es preciso saber que los principios y valores esenciales del foro se proyectan con la distinta intensidad en los sectores de la ley aplicable y del reconocimiento

³¹⁰ *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras...*, *op. cit.*, p. 241.

³¹¹ *Vid.* MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 247.

³¹² *Vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Curso de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, p. 233.

de decisiones extranjeras³¹³. En uno y otro sector la postura del juez competente frente al orden público varía sustancialmente³¹⁴.

Imaginemos, por ejemplo, el supuesto de una demanda de divorcio planteada ante los órganos jurisdiccionales españoles en la que, en cumplimiento de lo establecido en nuestra normativa conflictual, resulte de aplicación la ley colombiana, y en aplicación de la cual el juez español competente detecte que de conformidad con dicho Derecho, no es posible alcanzar el divorcio, bien por no haberse demostrado la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c. colombiano, o por el hecho de que quien ha accionado el divorcio sea el cónyuge culpable no legitimado para emprender dicha acción según aquella norma. No hay duda de que, en dicho supuesto el juez español no tendría más recurso que excluir la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto española y terminar aplicando la ley española para resguardar un valor esencial de su sistema³¹⁵. Y ello porque, tras la transformación operada por la norma civil española con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ambas instituciones se sustentan en principios constitucionales tales como del libre desarrollo de la personalidad³¹⁶ y el de igualdad de los cónyuges. Estos valores

³¹³ *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 223-224.

³¹⁴ *Vid.* TRINIDAD GARCÍA, M. L., “Función del orden público en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, *RDPr.*, 1984, p. 906.

³¹⁵ *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, 2008, pp. 339-341; Álvarez González S., “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, 2001-1, 205-223.

³¹⁶ “Para nuestro legislador la libertad para desligarse de una relación conyugal insatisfactoria es inherente al principio constitucional del libre desarrollo de la

esenciales que conforman nuestro orden público en materia matrimonial inspiran las figuras del divorcio/separación objetivos caracterizados por no requerir la acreditación de motivo alguno para que sea posible disolver o relajar el vínculo matrimonial, favoreciendo, asimismo, que estas acciones puedan emprenderse bien por la acción unilateral de uno de los cónyuges o de manera conjunta³¹⁷. Esta misma proyección tendrá el orden público en la determinación de ley aplicable al divorcio en sede colombiana, exigiendo en todo caso la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c. y coartando cualquier posibilidad de accionar el divorcio o la separación al cónyuge culpable.

Sin embargo, en el sector del reconocimiento, el orden público sustantivo como condición de reconocimiento de decisiones extranjeras no puede identificarse con todas las normas materiales de un determinado sistema³¹⁸, pues no compete al juez del *execuátur* examinar la correcta aplicación de las leyes, ni siquiera

personalidad y al de la igualdad de los cónyuges dentro de la relación matrimonial. Sus causas quedan soterradas en los valores de intimidad y dignidad familiar y personal. No se puede obligar a nadie a compartir la vida con otra persona cuando no se desea hacerlo. El matrimonio trae causa en la confluencia de dos voluntades autónomas, de tal forma que cuando una de ellas cesa, la relación jurídica se desvanece”. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2007, p. 339.

³¹⁷ Así lo ha ratificado nuestro legislador en la exposición de motivos de la Ley 15/2005 cuando reconoce que: “... derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud...”.

³¹⁸ Sobre este extremo GOLSCHMIDT puntualizaba que, el concepto de orden público entraña, de un lado, la diversidad ideológica dentro de la comunidad de aquellos pueblos que aplican mutuamente sus respectivos derechos y, de otro, el reconocimiento de una obligación jurídica de aplicar el Derecho extranjero. *Vid.* GOLSCHMIDT, W., *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, 2ª edic., t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pp. 477.

su oportuna interpretación, dado que la conformidad con el orden público del Estado requerido se ha de analizar en abstracto³¹⁹. En el ámbito del reconocimiento lo susceptible de control no es la conformidad de la decisión con las concepciones jurídicas del foro, sino cuan peligrosa pueden resultar las consecuencias jurídicas derivadas del reconocimiento de la sentencia extranjera para el orden social, económico, cultural o político del foro³²⁰.

Dicho esto, la posibilidad de que ciertamente exista algún supuesto que sitúe a una decisión española de divorcio o de separación en el disparadero del orden público colombiano se desvanece. Es difícil imaginar un supuesto en el que la decisión española de divorcio o de separación interese valores y principios fundamentales del ordenamiento colombiano, incluso, en el hipotético caso de que así fuera, cabría barajar otras alternativas antes de rechazar sin más el reconocimiento de la decisión española por quebrantar principios básicos de aquel país, como es el caso del reconocimiento parcial y de la atenuación del orden público³²¹.

³¹⁹ *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras...*, *op. cit.*, p. 232.

³²⁰ *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, 2008, pp. 340 y 341

³²¹ Sobre el *test* de orden público en su vertiente material *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 645-650. El *test* consta de cuatro etapas: 1ª Etapa: se responde a la pregunta de si la resolución ponen en peligro algún principio o valor fundamental del foro y si la respuesta es afirmativa se pasa a la segunda etapa; 2ª Etapa: se responde a la pregunta de si el mismo resultado sería alcanzable sin la infracción de ese principio o valor fundamental del ordenamiento del foro. Si la respuesta es positiva se pasa a la tercera etapa; 3ª Etapa: vinculación espacial y temporal del caso con el foro. No es lo mismo el reconocimiento del repudio unilateral en España sin éste se ha producido antes de haberse establecido en nuestro país que en un momento posterior. Si la conexión con el foro no es relevante se pasa a la cuarta y última etapa. 4ª Etapa: se analiza la colisión valorativa entre la resolución extranjera y las normas o principios

Yendo más allá del galimatías que suscita el control de la identidad causal en el ordenamiento colombiano, puede que tras el planteamiento seguido en este punto por la jurisprudencia colombiana se esconda una razón de mayor calado. Seguramente, al instaurar el control indirecto de la ley aplicada y de en base a la identidad casual solo para aquellos supuestos en que el divorcio afecta a un matrimonio celebrado en Colombia, el legislador colombiano trataba de proteger a sus nacionales de la aplicación de una ley divorcista distinta de la colombiana. Sin embargo, el legislador colombiano pese a haber elegido una conexión flexible como la del domicilio conyugal, la corrección espacial del supuesto de hecho (lugar de celebración del matrimonio) unida a la exigencia de la identidad causal solo en algunos supuestos, resultó a todas luces inadecuada a este propósito, ya que obvió un importante detalle que enfrenta el contenido de la norma con su verdadera intención: el divorcio de matrimonio celebrado en Colombia no afecta únicamente a colombianos, sino también a extranjeros, del mismo modo que el divorcio de matrimonio celebrado en el exterior puede llegar a afectar a súbditos colombianos³²². Siendo así, puede que la jurisprudencia colombiana no haya tenido más alternativa que recurrir al orden público para salvaguardar la inoperatividad de sus normas frente a la omisión de este control en ciertos supuestos. En cualquier caso, sea cual fuere la intención de

fundamentales del foro en juego y se resuelve sobre el reconocimiento mediante un modelo de decisión basado en la “regla de ponderación”.

³²² Adviértase que el tratamiento del orden público interno colombiano va más allá del significado que reviste la valoración de la culpa de uno de los cónyuges en el divorcio o la separación matrimonial en aquel ordenamiento, ya que afecta con el mismo alcance tanto las causales subjetivas como las objetivas. Por tanto, el orden público se va a configurar siempre, salvo que el divorcio en España haya tenido lugar por mutuo acuerdo.

la jurisprudencia, se trata, sin duda, de una manifestación precaria vinculada a sistemas poco desarrollados como el colombiano³²³.

Nuestro análisis, en definitiva, pasa por considerar que la falta de convergencia material entre ambos ordenamientos no es una circunstancia que en sí misma suponga la quiebra del orden público colombiano ni del español. Es antitético supeditar el éxito del *execuátur* a una mera desigualdad normativa que no afecta valores fundamentales del Estado del foro. El orden público colombiano puede soportar sin quebranto el divorcio objetivo español, aunque el divorcio español haya recaído sobre matrimonio celebrado en Colombia, derive de la acción unilateral de cualquiera de los cónyuges por separado sin motivación alguna y en él participen nacionales colombianos.

Tras la transformación operada en nuestra norma civil con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, aunque tampoco en fechas anteriores³²⁴, la jurisprudencia española haya impedido que las decisiones de divorcio o de separación procedentes de sistemas casualistas se integren a nuestra soberanía fuera de los supuestos de mutuo acuerdo³²⁵.

³²³ Vid. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 241.

³²⁴ Vid. ABARCA JUNCO, A. P., “Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española”, *ADC*, 1981, vol. XXXIV, pp. 733-745.

³²⁵ En la jurisprudencia anterior a la Ley 15/2005, cabe referir los AATS de 5 de mayo de 1989 y 8 de abril de 1998, en los que se concede *execuátur* a sentencias chilenas de nulidad matrimonial en la que la nulidad se fundamenta en la incompetencia del funcionario autorizante, a pesar de que el art. 53 C.C.E. haya eliminado dicha causa de nuestro ordenamiento.

En el ámbito español la cláusula de orden público, viene siendo aplicada a la luz de la comunitarizada corriente tendente a limitar su aplicación en supuestos que conculquen principios y valores fundamentales del Estado requerido, con exclusión de sus normas imperativas, se habla así de “orden público internacional”³²⁶.

En el espacio integrado europeo el orden público se construye desde el respeto por la diversidad jurídica y cultural de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas nacionales (art. 67 TFUE)³²⁷, lo que convierte a esta exigencia en un recurso excepcional, sin que por ello las distintas soberanías pierdan legitimidad a la hora de impedir que sentencias pronunciadas por jueces de otro Estado miembro desplieguen sus efectos en dicho Estado, si sus consecuencias son manifiestamente incompatibles con principios fundamentales del foro³²⁸.

³²⁶El orden público se caracteriza por su relativismo espacial y temporal. Su contenido varía de un Estado a otro, “Lo puede ser de orden público para un país, para otro, en cambio, no lo será y con el paso del tiempo cambia en un mismo territorio”. *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, pp. 229 y 230.

³²⁷ Según establece el Tratado Fundacional de la Unión Europea, “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”.

³²⁸ La evolución de esta excepción en las normas comunitarias se nutre de los modelos nacionales perfilando gradualmente los principios y valores sobre los que el juez español ha de fundar este control, tanto en un sentido positivo como negativo. El orden público nacional y europeo evolucionan en “relación dialéctica”, nutriéndose mutuamente. “El orden público nacional es aplicado por el Juez nacional y controlado por el Juez de Derecho comunitario. (..) al final, por tanto, se mantiene el orden público nacional e, indirecta y eventualmente, una paralela construcción del orden público europeo”. El TJUE no ha dudado en poner freno a comportamientos estatales, a través de mecanismos sancionadores con el propósito de corregir conductas extremadamente flexibles, al tiempo que se ha erigido en un importante pulso

Los distintos Reglamentos comentarios que vinculan a nuestro país en esta materia, reducen a la mínima expresión el impacto negativo del orden público tanto en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones como en el de ley aplicable. Del concepto bruto de orden público se han ido extrayendo los aspectos procesales³²⁹ y reduciendo a la mínima expresión las cuestiones sustantivas en las que pueda escudarse el rechazo a la aplicación de un Derecho extranjero o al reconocimiento de una decisión extranjera, convirtiéndolo en un excepcionalísimo recurso al que apelar³³⁰.

para la interpretación de este recurso, estableciendo límites a los Estados cuando desconocen decisiones extranjeras (art. 6 de la CEDH y art. 2 del TUE). *Vid.* POILLOT PERUZZETTO, S., “La incidencia de las modalidades del reconocimiento y ejecución de decisiones en el espacio judicial europeo”, *AEDIPr.*, t. IX, pp. 179-199, pp. 183 y 184.

³²⁹ De la cláusula general del orden público se han ido extrayendo supuestos que hoy son motivos de denegación del reconocimiento. Al disfrutar de su propia autonomía dentro del régimen institucional consagrado en el Reglamento de “Bruselas II *bis*”, no cabe invocarlas a través de aquella excepción, a pesar de constituir un ataque a un derecho fundamental (*ad ex.* la notificación del demandado, los supuestos de inconcilibilidad, etc).

³³⁰ El Reglamento de “Bruselas II *bis*”, al referirse al reconocimiento en materia de las crisis matrimoniales limita la intervención del orden público a los supuestos de incompatibilidad manifiesta [arts. 22 inc. a)]. Asimismo, no cabría aplicar el orden público a las normas de competencia establecidas en los arts 3 a 14 del Reglamento (art. 24), así como tampoco podría denegarse el reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales alegando que, el Derecho del Estado requerido no autorizaría el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos (25). Por su parte, 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 (DOC núm. L 343, de 29 de diciembre de 2003), en adelante Reglamento “Roma III”, admite la exclusión de la ley extranjera designada por las normas de conflicto del Reglamento solo si su aplicación resulta manifiestamente contraria al orden público del foro (art. 12). Asimismo el art. 10 que existe la posibilidad de aplicar la ley del foro cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo, igualdad de aC.c.e.so al divorcio o a la separación, incluso si esta ley ha sido elegida por las partes. Se trata de una norma de conflicto independiente de la posibilidad de recurrir al orden público

Precisamente por la concepción limitada del orden público acogida ámbito intracomunitario permite la coexistencia pacífica de sistemas divorcista subjetivos y objetivos en el entorno europeo, sin que las diferencias entre los distintos sistemas divorcista hayan supuesto un obstáculo al reconocimiento y ejecución de decisiones en el espacio europeo³³¹.

La cláusula de orden público queda reducida en este ámbito material a motivos evidentes de desigualdad entre los cónyuges (sexo, religión, raza) o que impidan el libre desarrollo de la personalidad³³². De ahí que para el Estado español sea inadmisibles fundar en el orden público la denegación del reconocimiento si el divorcio extranjero es causal y no objetivo.

Por lo demás, las consecuencias negativas del control indirecto de la ley aplicada han sido evidenciadas por nuestra doctrina, quien ha reiterado que este control cuando sea exigido se limita a verificar el cumplimiento de las condiciones de

contemplado en el art. 12. Por otro lado, el art. 25 del Reglamento insiste en el carácter excepcional del orden público, no pudiendo ser utilizado vulnerando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Vid.* INFORME BORRÁS, RODRÍGUEZ, A., “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”, *D.O.C.E.*, núm. C-221, de 16 e julio de 1998, p. 76.

³³¹ El proceso de armonización del DIPr. en el ámbito familiar comunitario se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, de ahí que sea incompatible que situaciones jurídicas válidamente constituidas en los distintos Estados miembros de la Unión europea no produzcan los mismo efectos en otro Estado miembro. *Vid.* GONZÁLEZ BEIFUSS C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común”. *AEDIPr*, t. IV, 2004, 117-168, especialmente, pp. 164 y 169.

³³² *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 7-9.

reconocimiento, quedando excluido un nuevo examen del asunto. Otra cosa implicaría la revisión del fondo de la decisión³³³.

Finalmente, señalar que el legislador colombiano añade la exigencia de la notificación personal o el emplazamiento del demandado según la ley de su domicilio. En términos exactos la redacción final del art. 164 C.c.c. *in primis* es la siguiente: “El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal y no producirá los efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana y de que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio”. Del tenor literal de esta norma parece inferirse que el divorcio otorgado en el extranjero de matrimonio civil celebrado en Colombia producirá los efectos de disolución, si concurren tres condiciones: 1) de la ley del domicilio conyugal; 2) de la identidad causal, y 3) de la notificación o emplazamiento personal del demandado. Sin embargo, como ya se viera, los jueces colombianos someten las decisiones españolas de divorcio no solo a la exigencia de identidad, sino a las condiciones de

³³³ La exigencia de conformidad con el Derecho designado por la norma de conflicto del foro anula la razón misma del DIPr. que parte del respecto por las divergencias normativas estatales y solo tendría cabida si el CHC expresamente lo previera. El control indirecto de la ley aplicada se ha pretendido justificar para evitar el fraude de ley cuando, por ejemplo, las partes se trasladan a España a discernir la eventual crisis matrimonial sin existir vínculos razonables con nuestro país. Sin embargo, con este control nunca se llega a discernir si existe una intención fraudulenta de las partes o si éstas han actuado ejerciendo legítimamente sus libertades personales. De ahí su ineffectividad. Además, a este resultado podría llegarse a través de otros mecanismos correctores como, por ejemplo, el control de la competencia judicial internacional del juez de origen. *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMATÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 639. En igual sentido ABARCA JUNCO, A. P., “Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)”, en ABARCA JUNCO, A. P. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 4ª edic., Madrid, 2003, pp. 176-180.

reconocimiento previstas en el régimen autónomo. No parece tener mucho sentido situar la notificación del demandado en el art. 164 C.c.c. si esta condición se encuentra recogida en el art. 694. 6 CPCC³³⁴.

B) El rechazo jurisprudencial al reconocimiento de sentencias recaídas en procedimientos inicialmente contenciosos y convertidos a procedimientos de mutuo acuerdo

La CSJC en Sentencia de 25 de junio de 2010, denegó el *execuátur* de una decisión de divorcio dictada en España por la que se disolvía el matrimonio católico celebrado en aquel país entre nacional español y nacional colombiana. El proceso seguido en España se había iniciado unilateralmente por el ex cónyuge español conforme a los trámites previstos en el art. 770 LEC, convirtiéndose posteriormente en un proceso de mutuo acuerdo. Según la CSJC “la causal del mutuo acuerdo no aparece reflejada en la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se interesa³³⁵, y aunque sí fue reconocido este extremo dentro de la demanda de *execuátur*

³³⁴ “Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria”. No se puede decir lo mismo del control indirecto de la ley aplicada, pues, en este caso, pese a estar excluido de las exigencias contempladas en el régimen autónomo colombiano (art. 694 CPCC) y de las críticas que este control pueda merecer en el presente, ha sido ésta la voluntad del legislador local, si bien, como se ha reiterado, este control se justificada únicamente en este concreto supuesto del art. 164 C.C. si resultara de aplicación el régimen autónomo.

³³⁵ Según confirma la CSJC “al analizar el referido fallo, se advierte que en él no se precisa cuál fue el motivo que originó el divorcio. De hecho, en la providencia se cataloga el divorcio como “contencioso” y se deja constancia de la citación y contestación de la demandada, lo cual descarta la posibilidad de que la petición haya sido mancomunada”.

tramitada³³⁶, no se ha comprobado que se haya iniciado el procedimiento en origen de conjunto fundado en el mutuo acuerdo de los contrayentes”.

Como se ha destacado en epígrafes anteriores, el reconocimiento en Colombia del divorcio o de la separación de matrimonio civil o religioso acordado por juez español sólo procederá de haberse decretado el divorcio o la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges³³⁷. Sin embargo, en esta oportunidad, el motivo por el que se denegó la decisión española de divorcio de matrimonio celebrado en España fue más allá del control indirecto de la ley aplicada en búsqueda de una identidad causal. La CSJC centró su atención en el hecho de que la demanda de divorcio en España se había tramitado inicialmente a través del procedimiento contencioso y no conforme al previsto para solicitudes de mutuo acuerdo o a instancia de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro³³⁸, ignorando la consideración que, dentro de procedimientos inicialmente contenciosos merecen tanto en el Derecho español como en el colombiano la variación en la voluntades de los cónyuges a lo largo del proceso, así como de cualquier alternativa intrajudicial para alcanzar el mutuo consenso. Sin recursos para más, la Corte tras realizar un anquilosado juicio de

³³⁶ “Según la peticionaria del exequátur, la causal reconocida en el fallo extranjero fue el “mutuo consentimiento logrado dentro del procedimiento inicialmente contencioso”. (Considerando tercero).

³³⁷ Dicho artículo reconoce que: “El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1ª y 7ª o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª.

³³⁸ De conformidad con lo previsto en el art. 777 LEC.

valor³³⁹, concluyó que: “Lo que importa a la hora de determinar si la sentencia extranjera es susceptible de homologación, es la hipótesis legal que se invocó para sentenciar el divorcio, pues es a partir de ella, en abstracto, es que la Corte debe hacer el examen de compatibilidad con las normas colombianas”.

En efecto, en Derecho procesal español, para que exista divorcio por mutuo acuerdo no siempre será necesario que la acción conjunta de los cónyuges o de uno con el consentimiento del otro tenga lugar desde el inicio mismo del proceso. El procedimiento contencioso de divorcio en España no excluye la posibilidad de que, una vez movilizado el entramado judicial, las partes unifiquen posturas inicialmente divergentes. Así lo corrobora el art. 770. 5 LEC³⁴⁰ cuando facilita la continuación del procedimiento por los trámites previstos en el art. 777 LEC (diseñado para solicitudes de divorcio por mutuo acuerdo o para el iniciado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro) si partes así lo desean y se cumplen los requisitos previstos en el art

³³⁹ Juicio de valor que reproduce en todas las decisiones: “Al comparar esa preceptiva con la regulación nacional, se concluye que en principio los dos regímenes sólo son compatibles cuando se trata de la solicitud de terminar el vínculo matrimonial por mutuo acuerdo de los cónyuges, porque las demás formas de pedir el divorcio en España, no acompañan con las causales del Código Civil Colombiano, en especial porque las foráneas no tienen el carácter tuitivo que inspira a las del derecho patrio. A diferencia de lo que aquí sucede, en España es posible que baste la manifestación unilateral de uno de los cónyuges para romper el vínculo matrimonial, sin que se analice la realización de hechos o actos culposos, la legitimidad para alegarlo o la pérdida del derecho a pedir el divorcio por el paso del tiempo”.

³⁴⁰ El art. 770.5 LEC, reconoce que: “En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el art. 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo”.

777.2 LEC³⁴¹. Asimismo, la norma procesal española autoriza la suspensión del procedimiento contencioso si los cónyuges, de común, deciden someterse a la mediación (art. 770.7ª LEC). Curiosamente, la conversión del proceso de divorcio contencioso en mutuo acuerdo también es cogida por la norma colombiana³⁴², incluso de forma más simplificada que en la LEC.

Para la CSJC también resultó insuficiente la alegación hecha por la demandante en su demanda de *execuátur* respecto a la que indicaba la conversión del procedimiento de divorcio inicialmente contencioso en mutuo acuerdo. La Corte admitió que el procedimiento español se había incoado a través del “contencioso”, en ningún momento desmintió la afirmación sostenida por la demandante acerca de la conversión en mutuo acuerdo el

³⁴¹ Esto es, la certificación de la inscripción del matrimonio, la certificación de nacimiento de los hijos (de haberlos) y el convenio regulador.

³⁴² La conversión de un procedimiento de divorcio o separación matrimonial en un procedimiento de mutuo acuerdo fue introducida por la Ley 446 de 8 de julio de 1998, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 25 de noviembre 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y aC.c.e.so a la justicia (*D. O.núm.* 43.335 de 8 de julio de 1998). El art 28 de dicha ley establece que: “En los procesos de divorcio, cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, separación de cuerpos o de bienes y en los demás procesos de familia sometidos a su conocimiento que se hubieren iniciado como contenciosos, el Juez dictará sentencia de plano si las partes llegaren a un acuerdo, siempre que éste se encuentre ajustado al derecho sustancial”. Esta regulación permite a las partes disolver el vínculo matrimonial sin tener que desistir o iniciar un nuevo proceso. En tales casos, el juez que conoce del asunto dictará sentencia de plano, siempre que las partes lleguen a un acuerdo, bajo la exigencia de que el acuerdo alcanzado sea ajustado a Derecho (art. 27). El mutuo acuerdo alcanzado durante el procedimiento antes de dictarse sentencia, excluye cualquier consideración sobre la culpa y su repercusión en el régimen de los efectos, así como los problemas que plantea la legitimación activa en estos procesos. *Vid.* MONROY CABRA, M.G., *Derecho de familia, infancia y adolescencia, op. cit.*, p. 327.

procedimiento en cuestión. Tampoco la Corte tuvo a bien valorar, la posible adaptación del divorcio objetivo español al mutuo acuerdo en el caso de que la demandada hubiera contestado allanándose. La Salta, por el contrario, terminó haciendo una valoración negativa de estas circunstancias, considerando que la postura de la parte demandada en el proceso seguido en España no tenía ninguna repercusión en que el divorcio culminara por mutuo acuerdo de los cónyuges³⁴³, basando su fallo en la falta de acreditación de la causa que originó la terminación del matrimonio, exigencia esta última que, difícilmente cabía cumplir en un sistema objetivo de divorcio como el español³⁴⁴.

Como colofón de su mal hacer, para la CSJC resultó intrascendente que la entonces demandada fuera la parte demandante del *execuátum*³⁴⁵, y una vez más acabó recurriendo al orden público para justificar el rechazo de la decisión española de divorcio³⁴⁶.

³⁴³ La Sala en el considerando 5º manifiesta que: “Por lo demás la conducta de la demandada en el curso del proceso, esto es, el silencio, la aceptación de los hechos o el allanamiento frente a la pretensión de divorcio, no significa que la causa de terminación del matrimonio haya sido de mutuo acuerdo.

³⁴⁴ “al analizar el referido fallo, se advierte que en él no se precisa cuál fue el motivo que originó el divorcio”. (Considerando 5º).

³⁴⁵ Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, La Caixa, Barcelona, 2000, p130.131; id: “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico en Europa”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 259-342.

³⁴⁶ En el Considerando 2º, la Sala ratifica su radical postura respecto a la consideración del orden público reclamando su intervención cuando cualquier circunstancia que se oponga a alguna de sus normas internas Y en tal sentido declara: “La normatividad en ningún momento ha dejado al libre designio de alguno de los cónyuges la facultad de romper la unión así conformada, sino que, por el contrario, propendiendo aún por la protección familiar, estableció

La sumatoria de de cuanto se acaba de exponer evidencia, una vez más, el excesivo territorialismo del sistema colombiano de DIPr. Tas el frívolo argumento del procedimiento lo que se esconde es el más absoluto control de la identidad causal que esta vez a rozado los límites de lo improbable, lo cual, por cierto, también ha provocado fuertes y merecidas críticas en la doctrina local³⁴⁷.

C) Imposibilidad de convertir el procedimiento de separación en procedimiento de divorcio

El Derecho procesal colombiano contempla la posible conversión de un divorcio en separación si una vez iniciado el proceso de divorcio se hubiere solicitado subsidiariamente la separación. Sin embargo, no prevé la posibilidad de que el juez pueda decretar el divorcio en el marco de un procedimiento

un sistema de causales que restringen la posibilidad de que el matrimonio se acabe por la decisión unilateral del marido o de la mujer, de modo que existen limitaciones de carácter legal -por supuesto, de orden público- que han de ser atendidas en esa materia”.

³⁴⁷ MARÍN FUENTES, miembro ASADIP, reconoce que: “De ser cierto lo anterior estaríamos frente a una situación en la cual la Corte estaría extralimitando sus funciones como tribunal local en tanto foro competente de acuerdo a la solicitud de execuátur planteada. Igualmente podría quedar la sensación de que con dicha decisión lo que se busca es propiciar una “aplicación extraterritorial” de la ley colombiana a las situaciones jurídicas nacidas en el extranjero en las cuales está implicado un nacional colombiano”. Aunque muchos de los argumentos contenidos en la crítica desvelan ciertas carencias teóricas en la disciplina del DIPr., merece la valoración positiva de propugnar un cambio de postura en la jurisprudencia colombiana tachándola de altamente territorialista. El citado autor señala asimismo que: “Al aplicar las normas de orden público colombianas, la Corte debería haber recurrido a concepto de orden público atenuado o bien a aquel del orden público de proximidad”. *Vid.* MARÍN FUENTES, J.L., “Comentarios sobre un posible error en la calificación de la categoría jurídica de divorcio de mutuo acuerdo”, *Revista de la ASADIP*, 2010, pp. 3 y 11.

iniciado para obtener la separación de cuerpos, a menos que se haya planteado una nueva demanda (art. 444. 4º CPCC)³⁴⁸.

La situación es en cambio diferente en el Derecho procesal español, ya que el art. 770.2 inc. b) abre la posibilidad de reconvenir al cónyuge que demandado de separación pretenda el divorcio. Si bien, esta circunstancia no ha tenido expresión práctica en el ámbito de las relaciones hispano-colombianas, no hay que olvidar que la trayectoria descrita por la jurisprudencia colombiana adelanta los posibles resultados. Seguramente, los jueces colombianos considerarán un obstáculo infranqueable al reconocimiento de sentencias de divorcio españolas recaídas en procedimiento que inicialmente hubieran sido de separación. A esta circunstancia se suma, además, la exigencia de la identidad causal, así como la condición temporal para accionar el divorcio si no han transcurrido dos años de la separación (arts. 154.7 en relación con el 165 C.C.), siendo muy probable, que el orden público sea igualmente utilizado para impedir el reconocimiento de las decisiones españolas.

D) Contrariedad de divorcio español de matrimonio homosexual con el orden público colombiano

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante Ley 13/2005)³⁴⁹ introdujo en nuestro ordenamiento el

³⁴⁸ “El juez no podrá decretar el divorcio dentro de un proceso iniciado para obtener la separación de cuerpos, a menos que en oportunidad se haya reformado la demanda; pero podrá decretar la separación de cuerpos si ésta hubiere sido solicitada subsidiariamente, en un proceso iniciado para obtener el divorcio”.

³⁴⁹ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

matrimonio entre personas del mismo sexo³⁵⁰. La modificación, pese a suponer un importante cambio en la concepción jurídica del matrimonio en España, pronto reveló la insuficiente visión práctica del legislador frente a la diversidad de situaciones que el matrimonio plantea desde la óptica del DIPr.

La primera duda que a las autoridades españolas competentes para la celebración de matrimonio homosexual suscitó la puesta en marcha de la Ley 13/2005 fue precisamente el tratamiento que debía darse en nuestro país a aquellos matrimonios en los que uno de los futuros contrayentes fuera nacional de un Estado donde el matrimonio con identidad de sexo no fuera admitido. A esta problemática respondió la muy cuestionada Resolución-Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005³⁵¹, que confirmó sin cortapisas que estos matrimonios podían celebrarse al margen de que la ley nacional del contrayente no admitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, y ello a pesar de que tras la importante modificación operada por la Ley 13/2005, permaneció inmutable el art. 9.1 C.c.e, que establece que: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el

³⁵⁰ Según el párrafo segundo del art. 44 C.c.e. dispuso lo siguiente: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

³⁵¹ BOE 188 de 8 de agosto de 2005. Esta Resolución-Circular dió lugar a la Resolución DGRN de 26 de noviembre de 2005 (BOE 31 de diciembre de 2005).

estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”³⁵².

La contundente respuesta de la DGRN a través de la mentada Resolución-Circular es la cara que favorece en el orden interno la celebración de estos matrimonios, pero también es la cruz al reconocimiento de esta figura fuera de las fronteras españolas allá donde el matrimonio entre personas de mismo sexo no es admitido³⁵³, siendo ésta una conclusión igualmente extensiva a la extinción del matrimonio con identidad de sexo³⁵⁴.

El caso de Colombia es un claro ejemplo de cuando se acaba de señalar, al ser un país donde ni se admite el matrimonio homosexual ni, por tanto, se reconoce eficacia a las resoluciones que pongan fin a este tipo de matrimonios.

El art. 133 C.c.c. define claramente el matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

³⁵² Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional”, en NAVAS NAVARRO, S. (dir.), *Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional*, Reus, Madrid, 2006, pp. 45-73; GARCÍA RUBIO, M. P., “El matrimonio entre personas del mismo sexo en España, El Derecho, Madrid, 2006, pp. 71-86.

³⁵³ Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZO, P, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 299 y 300; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: Una lectura más crítica”. *Diario La Ley*, núm. 6629, Sección Doctrina, 15 de enero de 2007, pp. 4-7.

³⁵⁴ Vid. GONZÁLEZ DEILFUSS, C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional Privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”. *AEDPr*, t. IV, 2004, p. 170.

Para la doctrina local la falta de identidad sexual de los contrayentes se erige en requisito sustancial de existencia del matrimonio. Por ello los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo no producirán efectos en Colombia³⁵⁵, si bien la protección jurídica de las parejas homosexuales en Colombia se lleva a cabo a través de la figura de la unión marital de hecho³⁵⁶ de conformidad con la SCCC C-075, de 7 de febrero de 2007³⁵⁷.

³⁵⁵ La identidad sexual, igual que la falta de capacidad sexual, es interpretada por la doctrina colombiana como un motivo de inexistencia del matrimonio, de modo que si las relaciones sexuales no llegan a consumarse o si el matrimonio se celebra entre personas del mismo sexo el matrimonio, éste es considerado inexistente. La jurisprudencia ha reiterado que la ley no distingue entre el matrimonio inexistente y el nulo, ni tal distinción se deduce del contenido de los artículos 113 y 115 del C.C. (SCSJC de 9 de diciembre de 1975), por lo que en la práctica ambos conceptos se fusionan y se identifican legalmente con el de nulidad, si bien, la doctrina dominante propugna que esta distinción se ve reflejada en la norma, ya que no es posible atribuir la identidad sexual como causa de nulidad si no se encuentra contemplada en la norma civil colombiana. *Vid.* VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho de Familia*, *op. cit.*, pp.135 y 136; ROBERTO SUÁREZ, F., *Derecho de Familia*, Tomo I, Bogotá, Edit. Temis, 1979, p. 81; MONROY CABRA, M. G., *Derecho de familia...*, *op. cit.*, pp. 248 y 249; QUIROZ MONSALVO, A., *Manual Civil. Familia...*, *op. cit.*, pp. 256 y 298; MONROY CABRA, M. G., *Matrimonio civil y divorcio en Colombia*, 2ª edic., Temis, Bogotá, 1979, p. 73.

³⁵⁶ *Vid.* LAFÓNT PIANETTA, P., *Derecho de Familia*, Librería El Profesional, Bogotá, 2001, pp. 67-68.

³⁵⁷ Esta vez la CCC reconoce que “la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuestas adecuada para las cese la cohabitación”. En consecuencia declara la exequibilidad de la Ley 54 de 1990 tal y como fue modificada por la Ley 979 de 2005, “en el entendido de que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales, siempre y cuando, la pareja homosexual cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, es decir, una comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un período de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstas en la ley para establecer cuando así lo consideran adecuado”.

Según reconoce la referida Sentencia, el régimen previsto en la Ley 54 de 1990, de 31 de diciembre (en adelante, Ley 54/1990)³⁵⁸ para las uniones maritales de hecho heterosexuales³⁵⁹ se ha hecho extensivo a las parejas del mismo sexo. Tal equiparación, además de suponer un cambio radical tanto en la normativa interna como en la jurisprudencia colombiana³⁶⁰, que hasta ese momento se había resistido a dotar de un estatus jurídico a estas parejas, también supuso el inicio del reconocimiento progresivo de derechos a tales parejas en otros ámbitos materiales³⁶¹.

³⁵⁸ DO núm. 39.615, de 31 de diciembre de 1990.

³⁵⁹ En el Derecho colombiano la unión marital de hecho se configura como un negocio jurídico integrado por elementos objetivos (cohabitación, notoriedad, singularidad y permanencia) y subjetivos (convivencia y comunidad de vida). La unión marital de hecho se presume, aunque podrá solemnizarse a través de escritura notarial o en un centro de conciliación, si bien tal solemnidad no va a incidir en el régimen de los efectos de estas uniones, pues los elementos que la integran podrían acreditarse a través de cualquier medio de prueba previsto en el orden procesal interno.

³⁶⁰ Sobre estos antecedentes véase BONILLA, D., “Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público: la historia de la sentencia C-075/2007, en *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad*, Universidad de los Andes-Colombia Diversa, Bogotá, 2008, pp. 11-40; LEMAITRE RIPOLL, J., “El amor en los tiempos del cólera: derechos LGBT en Colombia”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm. 11, 2009, (versión electrónica <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200005>).

³⁶¹ *Vid.* SSCCC C-1033 de 27 de noviembre de 2002, donde se reconoce sanciona la conducta penal del art. 233 del Código Penal; C-811 de 10 de octubre de 2007, por la que se reconoce la afiliación al sistema contributivo de salud; C-336 de 16 de abril de 2008, por la que se reconoce a la pensión de sobrevivientes por sustitución, esto es, el derecho a recibir la pensión que venía disfrutando su pareja tras la muerte; C-798 de 20 de agosto de 2008, por la que se reconoce el derecho a recibir alimentos, pero este derecho no se hace extensivo una vez rota la relación; C-T-856/2007 y C-T-1241/2008, referidas al derecho a ser afiliados al sistema contributivo de seguridad social, entre otras aclaraciones en relación con el derecho a recibir pensión de sobreviviente; y C-029 de 28 de enero de 2009, por la que se declaran constitucionalmente condicionadas 26 normas que afectan en distintos ámbitos [penal, penal militar, seguridad social –salud, pensiones, subsidios-, inhabilitaciones e incompatibilidades de acceso a funciones públicas y contratación, adquisición

La CCC en su más reciente decisión sobre el tema (C-577 de 26 de julio de 2011), ha dejado claramente expuesta su postura frente a la instancia de inconstitucionalidad del art. 113 C.c.c., fallando la exequibilidad de la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el art. 113 C.c.c. En tal sentido la CCC razona que impedir el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo³⁶² no violenta el derecho de igualdad, ya que en el derecho colombiano existen otras formas de conformar una familia a la que estas parejas pueden acceder. No obstante, sí considera oportuno fundamentar este derecho en la necesidad de superar el déficit de protección jurídica de las parejas homosexuales con vocación de permanencia a través de un régimen jurídico independiente que les permita optar entre la unión de hecho o la formalización de la relación a través de una vinculación jurídica específica, lo que, reitera, debe ser atendido por el legislador. En consecuencia, la CCC acaba exhortando al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle de manera sistemática y organizada sobre la materia, y alerta que, de no

de la nacionalidad por adopción, sobre derechos civiles y comerciales – protección del patrimonio inembargable de familia o de la vivienda familiar, el derecho a subsidio de vivienda en situación de pobreza)].

³⁶² Desde la perspectiva conservadora defendida por MONROY CABRA, M. G., *Derecho de familia...*, *op. cit.*, pp. 248 y 249 las decisiones de la CCC han querido proteger el modelo de familia monogámica y heterosexual, pues del contenido de las actas de la Asamblea Nacional constituyente se deduce que el actual art. 42 CPC, consideró a la familia como la unión entre el hombre y la mujer al reconocer que “las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tiene pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones o su religión o creencias”. *Vid.* MONROY CABRA, M. G., *Derecho de familia...*, *op. cit.*, pp. 248 y 249.

completar aquél requerimiento en el término indicado, las parejas entre personas del mismo sexo podrán acudir ante notario a formalizar su unión mediante un vínculo contractual.

Lo cierto es que, hasta la fecha, el mandato de la CCC no ha sido cumplimentado. Y lo que no conocemos es si, en la práctica, las parejas homosexuales han acabado ejerciendo el derecho a formalizar el vínculo contractual ante notario que la Corte les reconocía. Pero lo que está claro es que, a falta de un régimen específico, la formalización ante notario a la que podrían acceder las parejas del mismo sexo en ningún caso modifica el alcance limitado y disperso de los derechos ya reconocidos por diversas decisiones de la Corte.

En la actualidad, por tanto, el estatus y los derechos de las parejas del mismo sexo en el ordenamiento colombiano sigue dependiendo de las disgregadas conquistas constitucionales y de la aplicación de una precaria ley diseñada para las uniones entre personas de distinto sexo, ley que, además ha acarreado serias dudas en su aplicación, sobre todo cuando este tipo de unión quiebra.

Partiendo este escenario, aflora inmediatamente la incertidumbre respecto al trato que en sede colombiana puedan recibir las decisiones españolas de divorcio de matrimonios entre personas del mismo sexo³⁶³. Y no contamos con antecedentes en la jurisprudencia colombiana que nos permitan disipar las dudas, no solo el ámbito del CHC, sino también fuera de éste.

³⁶³ Problemática que asimismo se plantea en relación con las decisiones de separación y de nulidad matrimonial.

A nuestro juicio, son tres las respuestas que los jueces colombianos podrían adoptar ante una solicitud de *execuátur* de una decisión española que disuelva el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En primer lugar, podrían rechazar el reconocimiento de dichas decisiones fundado en la incompatibilidad de esta última con el orden público. Si, como se viera, la identidad sexual en la norma colombiana convierte al matrimonio en inexistente, en principio no se podría extinguir un vínculo matrimonial que no existe para aquel ordenamiento.

En segundo lugar, y como opción, a nuestro juicio, menos probable el juez colombiano podría estimar que un matrimonio homosexual no ataca su orden público matrimonial y, en consecuencia, proceda al reconocimiento de la decisión española que disuelva el referido matrimonio³⁶⁴. En todo caso, el reconocimiento de una decisión española de divorcio quedaría sujeto al control indirecto de la ley aplicada y de identidad causal, al igual que en los casos en que el divorcio disuelve un matrimonio heterosexual.

Como tercera y última posibilidad, podría suceder que la autoridad judicial colombiana, pese a estimar que el pronunciamiento principal de la decisión española de divorcio violenta su orden público interno, opte por apreciar el efecto atenuado del orden público respecto de aquellos pronunciamientos colaterales contenidos en la decisión española. Esta solución, sin embargo, no estaría exenta de plantear al intérprete local

³⁶⁴ *Vid.* MEDINA PABÓN, J. E., *Derecho Civil. Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 354.

incertidumbre en el ámbito de los efectos colaterales, en cuyo caso cabría barajar a su vez dos posibles soluciones³⁶⁵: a) La primera y menos probable, la extensión sin más de los efectos reconocidos por la sentencia española de divorcio, lo que en la práctica acarrearía dificultades dada las diferencias sustanciales existentes entre el amplio régimen de efectos derivados de la decisión española de divorcio, y el reducido régimen de efectos reconocidos a las rupturas de las uniones maritales de hecho homosexuales en el orden interno colombiano³⁶⁶. Entre estos efectos, concretamente conviene recordar la disolución y liquidación de la comunidad de bienes que se generara con el establecimiento de la unión matrimonial³⁶⁷; b) La segunda solución, y sin duda la más probable, sería asignar a la decisión española de divorcio los efectos reconocidos en el orden interno a las uniones maritales de hecho, con la consecuencia inversa a la que acabamos de apuntar.

En todo caso, no podemos obviar la ventaja que esta segunda solución presenta: al no ser objeto de reconocimiento el pronunciamiento principal se destruiría la incidencia negativa que la culpa de uno de los cónyuges en el divorcio despliega sobre el régimen de los efectos, a diferencia de lo que sucede con el divorcio, los miembros de una unión marital no tienen que motivar la terminación de esta última, ya que, según reconoce el art. 5 de la

³⁶⁵ Vid. MEDINA, G, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 97-190.

³⁶⁶ Vid. PÉREZ VERA E., “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español”, en CALVO CARAVACA, A. L. y IRIARTE ANGEL, J. L (eds), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 131-138.

³⁶⁷ Uno de los efectos más importantes reconocidos a las parejas del mismo sexo es la presunción del nacimiento de la sociedad patrimonial (SCSJC 075 de 2007).

Ley 54/1990, bastará con la acción unilateral de una de las partes para apreciar que la ruptura se ha producido³⁶⁸³⁶⁹. Este último rasgo diferencial, además, excluiría la posibilidad de considerar la identidad causal como causa de denegación del reconocimiento (identidad causal), causal que, como se viera, y de conformidad la rancia y cuestionable postura de la jurisprudencia colombiana, viene siendo objeto de control en las sentencias extranjeras de divorcio a través de la cláusula general de orden público.

Disuelta la unión el patrimonio generado por comunidad de bienes conformada por los compañeros de hecho será liquidado proporcionalmente a su participación en dicha sociedad³⁷⁰. Sin embargo, para que el nacimiento de esta última tenga lugar, el art. 2º de la Ley 54/1990 exige el cumplimiento de dos requisitos

³⁶⁸“La unión marital de hecho se disuelve por la muerte de uno o de ambos cónyuges, por el matrimonio de uno o de ambos cónyuges con personas distintas de los que integran la unión y por decisión judicial”.

³⁶⁹ La CCC en su sentencia C-174 de 29 de abril de 1996 declara que “pretender hacer extensiva la los efectos de la culpa a las uniones de hecho implicaría partir del supuesto de que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones equiparables y tienen los mismos efectos jurídicos, lo cual, como se ha explicado, es un supuesto interpretativo equivocado”. Y más adelante reitera que “es claro, en síntesis, que una es la situación jurídica de los cónyuges, y otra, diferente, la de los compañeros permanentes. Diferencia que trae consigo consecuencias jurídicas”.

³⁷⁰ Dicha sociedad la conforma el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros de la unión marital de hecho, a partes iguales, tal y como lo señala el art. 3 de la Ley 54/1990. De esta sociedad se deriva de la posibilidad de reclamar gananciales, entendidos doctrinariamente como la “comunidad de bienes conformada por los compañeros por el hecho de la unión marital, cuya administración encabeza cada uno de ellos, para el sostenimiento de los mismos”. *Vid.* SUAREZ FRANCO, R., *Derecho de Familia: Régimen de las personas*. t.I., Temis S.A., Bogotá, 2006, p. 451 15. *Vid.* QUIROZ MONSALVO, A., *Manual civil de familia: Sociedad Conyugal y Patrimonial de Hecho*, t. VI., Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá, 2007, p. 168.

adicionales: a) que exista una comunidad de vida permanente³⁷¹ y singular³⁷²; b) la convivencia por un término no menor de dos años, sin impedimento legal para contraer matrimonio o, habiendo impedimento, que la sociedad constituida con anterioridad se haya disuelto³⁷³.

La interpretación de esta norma, no obstante, ha generado posturas encontradas en la doctrina colombiana que se divide entre los que estiman que la sociedad patrimonial se puede constituir antes del término de los dos años, si se llegara a demostrar su existencia por cualquiera de los medios de prueba contemplados por el CPCC³⁷⁴, y los que creen que en ningún caso se entenderá constituida la sociedad patrimonial antes de dicho término. Esta última es precisamente la línea sostenida por la SCSJC³⁷⁵, lo que

³⁷¹ La comunidad de vida debe entenderse como cohabitación, en los mismos términos que se exige para la pareja heterosexual que contrae matrimonio o que inicia una unión marital de hecho y comporta un proyecto de vida duradero. *Vid.* MONTOYA MEDINA, L. E., *Derecho de Familia: El drama constitucional de los derechos*. Ediciones Jurídica Radar, Bogotá, 2009, p. 43.

³⁷² “(...) la singularidad que le es propia no se destruye por el hecho de que un compañero le sea infiel al otro, pues lo cierto es que aquella, además de las otras circunstancias previstas en la ley (...) solo se disuelve con la separación física y definitiva de los compañeros”. SCSJC de 10 de abril de 2007; *Vid.* PARRA BENÍTEZ, J., *Derecho de Familia*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2008, p. 303.

³⁷³ En cuando a este requisito la SCSJC de 4 de septiembre de 2006 aclara que antes de iniciar la nueva convivencia no es necesaria la liquidación de la sociedad, pues lo que se busca es la no coexistencia entre sociedades. Y reitera: “no se justifica hacer ninguna diferencia entre quienes tienen vínculo anterior y quienes no, pues lo fundamental es que quienes conforman esa nueva familia, hayan disuelto la sociedad conyugal anterior, si es que la tuvieron, (...) la cuestión es rigurosamente económica o patrimonial”.

³⁷⁴ *Vid.* PARRA BENÍTEZ, J., *Derecho de Familia, op. cit.*, p. 312 16.

³⁷⁵ La temporalidad, no obstante, es un requisito exigido solo para la constitución de la sociedad patrimonial y no para la consideración de unión marital de hecho, pues para que la comunidad de vida permanente y singular se

podría suponer, a efectos de liquidación patrimonio común los ex cónyuges, la exclusión de aquellos bienes adquiridos por el matrimonio homosexual antes del término de dos años.

Otro ejemplo significativo lo encontramos en el derecho a recibir alimentos. La CCC, en las sentencias C-029 de 2009 y C-1033 de 2002 ha reconocido que la obligación de prestarse alimentos también es aplicable a las uniones de hecho mientras la relación está viva, pero no tras la ruptura³⁷⁶. La Corte justifica este extremo, a través de la distinta configuración de los derechos y las obligaciones derivadas del matrimonio y de la unión conyugal y del efecto negativo de la culpa en los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges³⁷⁷. Pero este fundamento es solo una verdad a medias. En

llegue a configurar no se exige que transcurra término de tiempo alguno. SCSJC de 29 de noviembre de 2002 y de 25 de mayo de 2010.

³⁷⁶El numeral 1º del artículo 411 C.c.c. concluir a la CCC que si la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están capacitados para asegurar su subsistencia. La unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integra esa relación, por lo que no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar.

³⁷⁷En su Sentencia C-029 de 2009 la CCC declaraba que “el cargo formulado por la parte actora de la demanda excedió los contornos regulativos del numeral acusado al atribuirle a dicha norma una consecuencia jurídica ajena a su redacción, puesto que por esa vía pretende extender la sanción al cónyuge culpable que dio origen al divorcio o a la separación de cuerpos a uno de los integrantes de la unión marital de hecho, lo cual viola el principio de legalidad y desconoce que la interpretación en materia de sanciones es de carácter restrictivo (...). Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuge, es menester lograr la declaración

efecto, la culpabilidad no entra en el juego de los efectos de la ruptura de las uniones maritales de hecho, toda vez que estas podrán concluir por decisión unilateral de cualquiera de las partes. Pero no hay que olvidar que la obligación alimenticia en el Derecho colombiano también se constituye entre cónyuges o ex cónyuges inocentes si existe necesidad de ellos. Cosa distinta es que tras este motivo se esconda la negativa a atribuir a las uniones maritales de hecho disueltas un derecho del que no gozan los cónyuges o ex cónyuges en todos los supuestos, y ello a causa del contenido sancionador que para aquel ordenamiento tienen los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges, lo que hasta cierto punto parece razonable. Sin embargo, a este motivo finalista puede oponerse que en el Derecho colombiano las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, a diferencia de las uniones maritales de hecho entre parejas de distinto sexo, no pueden optar entre contraer matrimonio o constituir una unión no matrimonial³⁷⁸.

Para concluir, es preciso señalar que, puesto que en Derecho colombiano no se reconocen, a día de hoy, derechos de adopción a las parejas homosexuales, no va a ser posible hablar de efectos de la ruptura en el ámbito de la responsabilidad parental.

judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia”.

³⁷⁸ VALENCIA ZEA, A. y QUIRÓZ MONSALVE, A., *op. cit.*, p. 480; CAÑÓN, P. A., *Sociedad conyugal y concubinato*, ABC, Bogotá, 1983, p. 211, se pronuncian a favor de que el compañero que abandona a su compañera se encuentra obligado a indemnizarle los perjuicios causados, los que bien pueden traducirse en un capital o en una pensión periódica de alimentos. Otras voces se oponen al pago de una indemnización al compañero, por no estar aquella prevista por la ley y quedar la indemnización reservada a los divorcios y nulidades matrimoniales. *Vid.* BOSSER, GUSTAVO, A., *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires 1990, p. 147.

3. Efectos en Colombia de las sentencias españolas de divorcio

A) Reconocimiento de la disolución del vínculo y posible atribución de efectos a los pronunciamientos accesorios en caso de denegación del pronunciamiento principal.

Cuando decisión española de divorcio es reconocida en Colombia desplegará el efecto constitutivo (disolución del vínculo) y de cosa juzgada (vinculante para cualquier autoridad), devolviendo a los cónyuges su capacidad nupcial, y procediéndose a su inscripción en el Registro Civil colombiano.

Si la decisión de divorcio es rechazada, ésta podrá desplegar sus efectos probatorios en el foro como cualquier documento público, pero no podrá acceder en este caso al Registro civil colombiano, ya que a estos efectos la normativa interna exige la tramitación del *execuátur*³⁷⁹.

Junto al reconocimiento del pronunciamiento principal los jueces colombianos proceden asimismo a dar efectividad a los pronunciamientos colaterales contenidos en la sentencia española (convenio regulador)³⁸⁰, siendo irrelevante para la autoridad

³⁷⁹ Lo que será posible asimismo si se trata de una decisión de separación o de la nulidad matrimonial. El Dictamen núm. 2968 de 9 de septiembre de 2009 emitido por la Superintendencia de Notariado y Registro colombiano, así lo reconoce al distinguir entre el efecto probatorio y la inscripción de estas decisiones en el Registro Civil colombiano. A efectos probatorios la decisión extranjera deberá cumplir los requisitos de legalización y traducción exigidos en los arts. 259 y 260 CPCC.

³⁸⁰ *Vid.* SCSJC de 19 de diciembre de 2011, por la que reconoce el juez español decretó el divorcio de la pareja, y de manera complementaria dejó a la menor bajo la custodia de la progenitora, dispuso que los padres continuaran con la patria potestad y señaló el régimen de visitas y las cuotas alimentarias a cargo de cada uno de los padres. En dicha sentencia la Sala da efecto a la decisión de

colombiana el contenido de estos efectos en el Derecho extranjero (extensión de los efectos)³⁸¹.

Ahora bien, cuando el reconocimiento del pronunciamiento principal de disolución del vínculo no se produce, los jueces colombianos rechazan sin más la decisión española de divorcio, sin entrar a valorar si alguno de estos pronunciamientos colaterales cumple los requisitos para ser reconocido al margen del principal³⁸².

divorcio española por haber aplicado la casual de separación de cuerpos por más de dos años acogida por el art. 154 C.c.c. (identidad causal) y reconoce asimismo los efectos colaterales relativos a los hijos. En igual sentido, SCSJC de 15 de agosto de 2007.

³⁸¹ En el Derecho comparado se siguen dos modelos excluyentes entre sí: el de la equiparación y el de la extensión de los efectos. Según el modelo de la equiparación de los efectos, la decisión extranjera se equipara a una nacional, por lo que dicha decisión desplegará en el Estado requerido los mismos efectos que una decisión nacional, esto es, que se atenderá al Derecho del Estado receptor. Este modelo, sin embargo, plantea algunos inconvenientes para el tráfico internacional de decisiones. El primero de estos inconvenientes es el de producir efectos distintos a los previstos en el Estado donde la decisión se ha originado, lo que puede implicar la atribución de efectos desconocidos por las partes o, en su caso, que los efectos atribuidos fracasen y deban ser planteados nuevamente en el foro. Otro de los inconvenientes opuesto por la doctrina ha sido, el que una misma decisión produzca efectos distintos en las distintas soberanías, haciendo depender las consecuencias jurídicas de estos efectos del país en el que las partes insten el reconocimiento³⁸¹. El modelo de la extensión de los efectos, en cambio, implica el reconocimiento de la decisión extranjera en el Estado requerido con los mismos efectos asignados por el Derecho del Estado donde se ha originado, incluso si éstos son desconocidos por el Derecho del foro. Obviamente, este modelo reduce a los efectos nocivos el modelo anterior, ya que asume la decisión extranjera en toda su amplitud, garantizando que los efectos reconocidos en el Estado donde ha sido adoptada sean los mismos en cualquier otro Estado. El único motivo que impide el reconocimiento en el foro de los efectos otorgados por el Derecho del país en el que ha sido pronunciada la decisión extranjera es el orden público. *Vid. GARAU SOBRINO, F., Los efectos de las resoluciones extranjeras..., op. cit., pp. 28-32.*

³⁸² *Vid. SCSJ de 27 de septiembre de 1996 por la que deniega el ejecutivo a la decisión de divorcio a la que se acompañó el convenio regulador, siendo rechazada en todas sus partes por no haberse producido la identidad causal.*

Para saber en qué casos esto puede llegarse a producir, es preciso saber el grado de conexión interna existente entre los pronunciamientos colaterales y el principal, ya que algunos de los pronunciamientos que acompañan a la decisión de divorcio plantean una relación de dependencia respecto de la causa matrimonial, en cuyo caso será necesario que la causa matrimonial sea reconocida para que dichos pronunciamientos puedan desplegar sus efectos en el foro, uno es antecedente lógico-necesario del otro (*principio de no separabilidad*)³⁸³. En cambio, existen otros pronunciamientos accesorios contenidos en la decisión extranjera de divorcio que gozan de total autonomía del pronunciamiento principal. Al tratarse de pronunciamientos independientes de la causa matrimonial, podrán verse reconocidos en el Estado requerido al margen del divorcio (*principio de separabilidad*)³⁸⁴. Dado este supuesto se puede hablar del reconocimiento parcial de la decisión.

³⁸³Si bien esta lógica (relación de dependencia) puede romperse en determinados regímenes de reconocimiento, bien porque articulen un régimen de reconocimiento separado de las decisiones en atención a la materia objeto de la misma, al margen de su relación interna (Reglamento de “Bruselas I”), o para facilitar algún objetivo de política legislativa (CLH-1973). *Vid.* VIRGOS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 569.

³⁸⁴Esta problemática responde la doctrina alemana acerca de la división horizontal o vertical del contenido de la decisión extranjera (*horizontale und vertikale Teilung*) que tuvimos ocasión de tratar en el control de no contradicción. Según esta doctrina, por un lado, el contenido de la decisión extranjera presupone la división en pretensiones singulares más o menos vinculadas entre sí (*división horizontal*). Este fraccionamiento no plantea problemas a efectos de reconocimiento parcial (*ad ex.* divorcio, pensión compensatoria, alimentos de los hijos). Por otro, la partición puede tener lugar entre *contenido y fundamento*, ambos integrantes del fallo (*división vertical*), en tal caso, se establece una relación lógica-causal de la que se hará depender el reconocimiento parcial de los pronunciamientos contenidos en la decisión extranjera. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis matrimoniales internacionales y las prestaciones alimenticias entre...*, *op. cit.*, p. 258, con cita en GEIMER. R., *Internationales Zivilprozeßrecht*, 2ª edic., Colonia, 1993, núms. 3067 a 3069.

No existe, por tanto, ninguna razón para que los jueces colombianos, tras rechazar el reconocimiento de la decisión de divorcio española, no den efectividad a los pronunciamientos relativos al régimen de custodia y visitas, así como a las obligaciones alimenticias de los hijos, en los que dicha causa no tiene incidencia (reconocimiento parcial)³⁸⁵, y lo que resulta a todas luces criticable ya que el rechazo total de la decisión llevaría necesariamente al desconocimiento de aquellos pronunciamientos separables aptos para su reconocimiento, condenándolos forzosamente al fracaso³⁸⁶, obligando asimismo a las partes a la apertura de un nuevo proceso en el foro. El reconocimiento parcial de la decisión, además, es un eficaz recurso para lograr el efecto atenuado de la excepción orden público, lo que doctrinalmente se justifica en base a la interpretación restrictiva del orden público y del *favor recognitivis*³⁸⁷.

No se puede decir lo mismo, en cambio, de los efectos económicos-patrimoniales (pensión compensatoria, disolución y

³⁸⁵ En atención a los artículos 44 y 45 de la CCC C- 1495 de 2 de noviembre de 2000 ha ratificado que en la responsabilidad de los padres para con los hijos carece de valor la determinación de la culpa en la interrupción o disolución de la vida en común, pues tanto los derechos como las obligaciones adquiridas por estos respecto de los hijos responden con carácter exclusivo a los intereses de los hijos, sin que en ello intervenga el elemento culposo causante de la disolución.

³⁸⁶ “Con el *exequátur* parcial, se dice, se salva lo salvable; se impide, cuando la decisión bajo trámite contiene pronunciamientos perfectamente separables, que aquellos que son admisibles para el ordenamiento del Estado requerido se hundan arrastrados por los que no lo sean, produciendo a la parte interesada en la ejecución de la decisión un perjuicio mayor que el estrictamente necesario para la salvaguarda del orden público”. *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, pp. 233-234.

³⁸⁷ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 238 y 239.

liquidación del matrimonio...)³⁸⁸, pues estos pronunciamientos al plantear una relación de dependencia con el principal (divorcio), su reconocimiento no sería posible en Colombia si el divorcio no ha superado el *execuátur*.

B) Posible atribución a la sentencia extranjera de divorcio de los efectos de la sentencia de separación: art. 164 C.c.c. *in fine*

El art. 164 C.c.c. *in fine*, dispone, “Con todo, cumpliendo los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la separación de cuerpos”³⁸⁹. Con esta disposición de cierre el legislador colombiano excluye el impacto negativo del control indirecto de la ley aplicable, además de la incidencia de ciertas causales (divorcio sanción), en el régimen de los efectos. Se trata, sin duda, de una proyección cuanto menos extraña desde la perspectiva territorialista y legeforista colombiana, si bien es cierto que el precepto analizado en su justa dimensión y alcance no compromete el afanado interés del legislador local en controlarlo todo, pues las partes para alcanzar el pretendido efecto (disolución del matrimonio) no tendrían más alternativa que la de interponer una nueva demanda de divorcio ante aquella jurisdicción. De esta forma, las autoridades colombianas toman nuevamente el control

³⁸⁸ Vid. VIRGOS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 568.

³⁸⁹ La separación podrá ser de hecho o de derecho y produce extinción de la vida en común de los cónyuges sin concurrir alguna de las causales de divorcio (art. 154 C.C.). Al igual que el divorcio, solo estará legitimado para emprender estas acciones el cónyuge inocente (S.C.C. C-1495 de 2 de noviembre de 2000, por la que se declara la exequibilidad la expresión “o de hecho” del artículo 6, numeral 8 de la Ley 25/92, reconociéndole al cónyuge separado de hecho por más de dos años la posibilidad de instar el divorcio).

sobre la causalidad y sus efectos, aplicando al divorcio la ley colombiana.

Por otro lado, si analizamos detenidamente el precepto vemos que nos habla de “los efectos” y no “del efecto” de la separación, por lo que el legislador se puede estar refiriendo, no solo al efecto principal, sino también al resto de los efectos derivados de tal reconocimiento. De ser éste el alcance del art. 164 C.C. *in fine*, por esta vía podrían también verse reconocidos otros pronunciamientos contenidos en la decisión española de divorcio, pero no todos, sino solo aquellos pronunciamientos comunes a cualquier causa matrimonial, quedando marginada -también aquí- la incidencia de la culpa de uno de los cónyuges en ciertos efectos colaterales, ya que la norma objetivita el efecto residual de la separación a través de la exclusión del control indirecto de la ley aplicada.

Lamentablemente, lo que acabamos de exponer no es más que una apreciación teórica a la luz del tenor literal del precepto en cuestión, ya que en la práctica judicial colombiana lo que sucede es que si la identidad causal no se produce, tampoco se produce el reconocimiento de la decisión extranjera de divorcio, lo que supone una evidente manipulación del art. 164 C.c.c.

El juez colombiano, por tanto, en relación con las decisiones españolas de divorcio, incurre en una doble violación: en primer lugar ignora lo establecido en el CHC aplicando a tal reconocimiento el art. 164 C.c.c. y, en segundo término desatiende lo previsto en esta última disposición, al no atribuir a las decisiones de divorcio sin identidad causal el efecto de separación que aquella

contempla, y esto es así tanto si el divorcio proviene de España como de cualquier otro país.

C) Necesidad de iniciación del procedimiento de divorcio en Colombia: inconvenientes y obstáculos

Una de las consecuencias del no reconocimiento de la decisión española de divorcio no es otro que el obligar a las partes tengan que acudir ante las autoridades locales a replantear el asunto³⁹⁰. La iniciación de un nuevo procedimiento implica duplicidad de procedimientos y soluciones, inversión de tiempo y dinero por las partes, además de una situación transitoria de inseguridad jurídica frente a la cuestión ya resuelta en el extranjero. Pero, sobre todo, plantea algunos inconvenientes derivados de la aplicación de la ley colombiana al divorcio, como son: a) los derivados de los efectos negativos de la culpa en causas subjetivas y objetivas, y b) de la legitimación en la determinación de los efectos conexos al divorcio fundado en causales subjetivas³⁹¹ y de la caducidad³⁹².

a) Efecto negativo de la culpa en causales subjetivas y objetivas

En lo relativo al primer inconveniente, no hay que olvidar que, fuera del mutuo acuerdo los cónyuges, no tendrán más alternativa que afrontar la carga de probar la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c. Y si se tratara de una

³⁹⁰ Vid. VIRGOS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p.571.

391

³⁹² Vid. CANOSA TORRADO, F., *Divorcio, Doctrina y Ley*, 2007, p. 76.

demanda de divorcio fundada en casuales subjetivas³⁹³, el cónyuge culpable, además, tendrá que soportar el insalvable obstáculo de una sanción sobre ciertos efectos por haber motivado la eventual crisis matrimonial.

Entre los efectos colaterales afectados por la determinación de un culpable en la ruptura del vínculo matrimonial se encuentra, en primer lugar, la obligación de prestar alimentos al ex cónyuge inocente (art. 411. 4 C.c.c.). Este podrá asimismo beneficiarse de un régimen de indemnizaciones en atención a la situación pecuniaria de los esposos, así como revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que éste pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales. También cesa la vocación hereditaria recíproca de los cónyuges, así como la reclamación de la porción conyugal (arts. 1230 C.c.c.)³⁹⁴, ni a reclamar porción conyugal. A la porción conyugal solo accederá el cónyuge³⁹⁵ o ex cónyuge inocente (1231C.c.c.)³⁹⁶ (ninguno de los divorciados

³⁹³ Concretamente las previstas en los ordinales 1ª, 2ª, 3ª, 4º, 5ª, y 7ª del art. 154 C.c.c.

³⁹⁴“La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia”.

³⁹⁵ Téngase presente la SCSJC de 22 de febrero de 1976, por la que se hizo extensivo este derecho a los cónyuges separados inocentes.

³⁹⁶ El cónyuge inocente, a su vez, puede desheredar vía testamentaria al cónyuge culpable y privarlo del derecho a la porción conyugal, posibilidad ésta que también converge si ambos cónyuges son culpables de la separación. El art. 1231 C.C. no resulta de aplicación si la separación tuvo lugar por el mutuo acuerdo de los contrayentes, al quedar excluida igualmente la estimación de la culpa.

tendrá derecho a invocar en calidad de cónyuge sobreviviente para heredar abintestato en la sucesión del otro)³⁹⁷.

Por otro lado, la CCC ha confirmado mediante sentencia C-1495 de 2 de noviembre de 2000, que la culpabilidad -como rasgo singular del divorcio sanción, plenamente aceptado por la doctrina local³⁹⁸ - también repercute en la causal objetiva el apartado 8 del art. 154 C.C.³⁹⁹. La separación de cuerpos, judicial o de hecho a que se refiere es última apartado, autorizará el divorcio siempre que aquél haya perdurado por más de dos años⁴⁰⁰.

Según la doctrina local⁴⁰¹, tal y como se ha diseñado esta causal en el Derecho positivo colombiano, al juez no le debe

³⁹⁷ “Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge divorciado, a menos que por culpa suya haya dado lugar al divorcio”.

³⁹⁸ *Vid.* PARRA QUIJANO, J., *Tratado de la prueba judicial. La confesión*, 1ª edic., t.II, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984, p. 179; ECHANDÍA, D., *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, 9ª edic., t. I, ABC, 1988, p. 228.

³⁹⁹ En la demanda de inconstitucional del referido precepto el actor sostiene que “la separación de cuerpos se ha entendido como la interrupción de la vida conyugal sin que se distingan modalidades o responsabilidades al margen del motivo que originó la interrupción de la vida en común. De nada sirve –reiterar que el cónyuge demandado interponga reconvencción porque de todas maneras se declara el divorcio (...) se trata de una contención sin opositor, porque no se puede afirmar que se reconoce el derecho de defensa de quien comparece, cuando su intervención no se tiene en cuenta. La norma demandada ha derogado implícitamente todas las demás causales de divorcio consagradas en la ley, puesto que con justa causa o sin ella, lo más sencillo es abandonar el hogar conyugal y al cabo de dos años instaurar el proceso de divorcio, el cual necesariamente, va a ser decretado, y así se evitan problemas probatorios y situaciones engorrosas”. En otras palabras, la pretensión de inconstitucionalidad de la expresión “que haya perdurado por más de dos años” conduce a la consagración del divorcio unilateral e inmediato por la mera separación de cuerpos de uno de los cónyuges”.

⁴⁰⁰ Esta causal quedó modificada por la Ley 25/1992, haciendo extensiva esta causal a la separación de hecho por más de dos años.

⁴⁰¹ *Vid.* VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho de Civil...*, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

interesar cuáles han sido los motivos que desencadenaron la interrupción de la convivencia conyugal, de igual manera que tampoco le compete enjuiciar la culpabilidad o inocencia de los cónyuges. Sin embargo, la CCC valora que, a diferencia de la separación de derecho, donde la determinación de un culpable queda previamente fijada por sentencia judicial, en la separación de hecho esto no es posible⁴⁰². En tal caso -reitera-, que para delimitar con certeza las posibles consecuencias patrimoniales de la disolución del vínculo, deberá el juez resolver previamente sobre la responsabilidad de las partes en el resquebrajamiento de la relación⁴⁰³, ya que el derecho a invocar una causal objetiva para

⁴⁰² La CCC falla que: "... la expresión "o de hecho" contenida en el numeral 8° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992, que reformó el artículo 154 del Código Civil, no desconoce los artículos 4° y 6° de la Constitución Política por apartarse de las disposiciones que regulan el incumplimiento en los contratos patrimoniales, porque un contrato en el cual el objeto es la persona misma así lo exige- artículos 1°, 2° y 5° C.P.-, tampoco se quebranta el artículo 42 del ordenamiento constitucional, cuando, ante la evidente ruptura que denota la interrupción de la vida en común, por más de dos años, se faculta a cualquiera de los cónyuges, sin reparar en la mayor o menor participación en el rompimiento, para instaurar la acción de divorcio, porque se vulnerarían los anteriores preceptos constitucionales si, olvidando los derechos inalienables de la persona y su dignidad, se impusieran medidas coactivas para obligar a los cónyuges a mantener, en contra de su voluntad y de la evidencia, un vínculo inexistente".

⁴⁰³ "... si la causa de divorcio tiene consecuencias patrimoniales, vinculadas con la culpabilidad de las partes, así el demandante opte por invocar una causal objetiva para acceder a la disolución del vínculo, el consorte demandado está en su derecho a exigir que se evalúe la responsabilidad del demandante en la interrupción de la vida en común. (...) puesto que no por el hecho de establecer una causal objetiva el juez debe hacer caso omiso de la culpabilidad alegada por el demandado, cuando otras disposiciones lo obligan a establecer los efectos patrimoniales de la disolución acorde con la culpabilidad de las partes. Lo anterior por cuanto es el inocente quien puede revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable; y a favor de aquel y a cargo de quien dio lugar al rompimiento subsiste la obligación alimentaria, de tal manera que no pronunciarse respecto de la demanda de reconvencción que inculpa al demandante, como omitir decidir respecto de su defensa, cuando este pronunciamiento se demanda para establecer las consecuencias patrimoniales de la disolución del vínculo, no solo

disolver el vínculo no facultará a ninguna de las partes a disponer libremente de los efectos patrimoniales, concluyendo que el carácter objetivo de la norma repercutirá únicamente sobre el efecto disolutorio del vínculo, para el que será intrascendente la determinación de un culpable.

De lo dicho, cabe concluir que la dualidad de funciones que despliega la causal del art. 154.8 C.c.c. habilita el efecto negativo de la culpa en el régimen de los efectos en idénticos términos que para las causales subjetivas, lo cual que parece tener poco sentido existiendo en aquel ordenamiento otros motivos por los que el divorcio puede encaminarse de existir un culpable en la ruptura⁴⁰⁴.

b) Incidencia de la caducidad y la legitimación en la determinación de los efectos conexos al divorcio fundado en causales subjetivas y de la caducidad.

Las partes, a la hora de interponer nueva demanda de divorcio ante las autoridades colombianas, deben también tener presente los problemas derivados de la caducidad y la legitimación. Como se ha reiterado, para el Derecho colombiano las acciones de divorcio quedan reservadas al cónyuge inocente (art. 156 C.c.c.),

resulta contrario al artículo 29 de la Constitución Política sino a los artículos 95 y 229 del mismo ordenamiento por cuanto, el primero obliga a todas las personas a respetar los derechos ajenos y a no abusar de los propios y el segundo le garantiza a toda persona el acceso a una pronta y cumplida justicia”.

⁴⁰⁴ La SCSJC de 31 de marzo de 1998 defiende una postura contraria la sentencia, cuando dice: “Y si la causal fuera subjetiva ninguna razón habría tenido su consagración, por cuanto la separación de cuerpos injustificada, por cualquier lapso, es constitutiva de la causal (2ª), esto es, el incumplimiento de los deberes de esposo y padre o de esposa y madre, pudiéndose demandar el divorcio en cualquier tiempo mientras perdure el incumplimiento sin que haya necesidad de esperar el transcurso de los dos años de separación. Quiere decir esto, que si la causal se toma como subjetiva, perdería toda autonomía y quedaría subsumida dentro de la causal segunda”.

debiendo ser éste quien demuestre la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c., a menos que si se trate del ejercicio conjunto de la acción (mutuo acuerdo)⁴⁰⁵. La causal esgrimida deberá acreditarse y probarse en juicio por quien la alegue.

Para el ejercicio de estas acciones, el art. 154 C.c.c. establece que las causales contenidas en los apartados del 1 al 7 quedan sujetas a un término de caducidad de un año⁴⁰⁶. Para el cálculo de este término se tomará en cuenta el momento en que el cónyuge tuvo conocimiento de los hechos (2, 3, 4, y 5) o aqué en el que sucedieron (1 y 7). En este último caso, el término será prorrogable hasta dos años. La causales objetivas (6, 8 y 9, por su parte, no quedan sometidas a término alguno, por lo que podrán invocarse en cualquier momento.

La previsión, no obstante, del término de caducidad de 1 año para las causales subjetivas contenidas en el art. 154 C.c.c. fue modificada parcialmente por la CCC mediante sentencia C-985 de 2

⁴⁰⁵ PARRA QUIJANO, J., *Tratado de la prueba judicial...*, op. cit., p. 179-181.

⁴⁰⁶ El Derecho español establece el término de tres meses para el ejercicio de la acción del divorcio si la acción se ejercita por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (art. 81.1 C.c.e.). Sin embargo, este término se podrá excepcionar cuando concurren las circunstancias del apartado segundo del propio art. 81, es decir, si se acredita la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, cuando la acción ha sido ejercitada de forma unilateral. En todo caso el juez colombiano apreciará este término de caducidad atendiendo a si la acción se realiza por ambos cónyuges (mutuo acuerdo), quedando por esclarecer si cuando tiene lugar por uno solo de los cónyuges con el consentimiento del otro es entendido como mutuo acuerdo. En el supuesto de excepción del art. 81.2 C.c.e. podría ajustarse a la causal de violencia o fuerza.

de diciembre de 2010, donde vino a declarar desproporcionado e inconstitucional el término en cuestión.

Sobre este particular, la Corte estimó que el sometimiento de las causales subjetivas a un término de caducidad supone “un sacrificio irracional al cónyuge inocente en términos de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad el derecho, a la intimidad, a la dignidad en su faceta de autonomía, a elegir el estado civil y a conformar una familia”⁴⁰⁷. No obstante, falla la

⁴⁰⁷ La Corte reconoce que el establecimiento de términos de caducidad para ejercicio de la acción de divorcio con fundamento en las causales subjetivas persigue dos finalidades: de un lado, promover la estabilidad del matrimonio como forma de familia; y, de otro, asegurar que las sanciones ligadas al divorcio basado en causales subjetivas se impongan dentro de un término razonable en virtud del derecho de los cónyuges culpables al debido proceso y del principio de seguridad jurídica. No obstante, la Corte considera que la promoción a la estabilidad del matrimonio se puede lograr mediante mecanismos como la educación y la sensibilización hacia el respeto, la tolerancia y otros valores. Por tanto “no es indispensable limitar a un tiempo tan corto el derecho a ejercer la acción de divorcio, ya que esta finalidad se puede lograr, por ejemplo, mediante la definición de un término de prescripción o la aplicación de los términos de prescripción extintiva supletorios previstos en el Código Civil”. La Sala advierte al respecto que, “si bien es cierto nuestro ordenamiento prevé causales objetivas que pueden ser alegadas por cualquiera de los cónyuges en cualquier tiempo ante la jurisdicción y, adicionalmente, que a partir de la Ley 962 de 2005 también es posible que los cónyuges soliciten el divorcio por mutuo acuerdo ante un notario, ninguno de estos mecanismos permite a un cónyuge de manera unilateral solicitar el divorcio cuando considera que el vínculo marital se ha roto y no quiere permanecer unido jurídicamente al otro consorte. En efecto, para que un cónyuge pueda obtener el divorcio, después de que ha vencido el término de caducidad para alegar las causales subjetivas y sin tener que contar con el consentimiento del otro (...), la única salida que tiene es abandonar la residencia común y esperar dos años para poder solicitar el divorcio con fundamento en la causal 8ª. Mientras estos dos años transcurren, el cónyuge se ve obligado a mantener en contra de su voluntad el vínculo jurídico –con las consecuencia personales y patrimoniales que el matrimonio conlleva- y en detrimento de sus derechos a restablecer su vida matrimonial y al libre desarrollo de la personalidad”. Más adelante añade que “(...) la norma acusada restringe la posibilidad de las personas de decidir sobre un asunto tan íntimo como el matrimonio. Además, mediante esta disposición el Estado suplanta al particular en la toma de decisiones al respecto, pues atribuye al paso del tiempo lo efectos del consentimiento de conductas tan lesivas como la violencia doméstica que puede incluir hasta agresiones sexuales. (...). La norma impide a las personas elegir su estado civil y divorciarse”.

exequibilidad condicionada de dicho término de caducidad, que será apreciado únicamente a efectos de reclamar sanciones derivadas de causales subjetivas.

D) Consideraciones sobre la atribución de efectos directos en Colombia a sentencias españolas de divorcio de matrimonio civil extranjero

Como se viera, algunos instrumentos internacionales de los que España es parte, prevén la posibilidad de atribuir efectos a una decisión extranjera de divorcio, en concreto, el efecto constitutivo, el de cosa juzgada, el denominado “efecto registral” sin de tramitar un procedimiento de *execuátur*. Según algunos textos internacionales⁴⁰⁸ una sentencia extranjera de divorcio podrá desplegar efectos en España. Sin embargo, el resto de los textos convencionales internacionales, en ellos el CHC, así como la normativa autónoma de reconocimiento de decisiones extranjeras supeditan la eficacia de las estas decisiones a la tramitación del procedimiento de *execuátur*.

La situación de Colombia es distinta, ya que la exigencia del *execuátur* es el elemento común a los distintos instrumentos en vigor en dicho Estado susceptibles de ser aplicados al reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, encontrándose asimismo presente en la normativa autónoma colombiana de reconocimiento.

En este punto, no obstante, procede poner de relieve el planteamiento que respecto a la posible atribución de efectos a una decisión extranjera de divorcio acoge un sector de la doctrina colombiana. El magistrado LAFONT PIANETTA, en su voto particular a la SCSJC de 16 de enero de 1995 -comentada en epígrafes anteriores

⁴⁰⁸ Véase Capítulo I, epígrafe 3.

en relación con el control indirecto de la ley aplicada y el orden público-, sostiene que el supuesto previsto en el art. 163 C.c.c. constituye una excepción al *execuátur*⁴⁰⁹ y que, en su virtud procedería el reconocimiento directo de la decisión española de divorcio⁴¹⁰. En tal sentido sostiene: “para el efecto exclusivamente

⁴⁰⁹ “el suscrito también observa que el artículo 13 de la Ley 1a. de 1976, subrogatorio del artículo 163 del Código Civil, también consagró legislativa y unilateralmente otra excepción a la exigencia de *execuátur*, restringida al “vínculo matrimonial” cuando defiere integralmente, tanto en lo sustancial como en lo procesal, la regulación del divorcio de cualquier matrimonio civil celebrado en el extranjero, sin distinción alguna de la calidad de nacional o de extranjero de los cónyuges, a la ley extranjera, esto es, a la “ley del domicilio conyugal” o del “lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, ... el del cónyuge demandado”.

⁴¹⁰ “(...) el Estado colombiano al deferir la regulación de la "disolución del vínculo por divorcio" a dicha legislación extranjera, adopta anticipadamente y sin requisito judicial alguno, el divorcio de esos matrimonios civiles, bien se produzca administrativa o judicialmente, por una causal contenciosa o por mutuo acuerdo, o por un régimen sustancial o procedimental cualquiera. Por cuanto parte del supuesto de que en dicha materia no se ha afectado el orden público interno colombiano, en vista de que precisamente tanto el matrimonio civil como el divorcio fueron celebrados y decretado en territorio extranjero, donde tenían su domicilio conyugal, bajo la legislación extranjera, en lo cual nada le interesaba a la legislación colombiana. Luego, con esta disposición se le reconoce al Estado extranjero, por medio de su legislación y de sus órganos competentes, regular exclusivamente el matrimonio civil celebrado en su territorio y el divorcio también allí decretado cuando los cónyuges tuviesen allí su domicilio conyugal. Luego, este reconocimiento persigue, de una parte, que sea en el extranjero donde se defina sustancial y procesalmente el asunto relativo a una disolución matrimonial, porque siendo exclusivamente convencional, o con intervención judicial (según la legislación correspondiente), esa solución extranjera en nada afecta los intereses públicos de Colombia, y, por lo tanto, lo lógico sería que no requiera de *execuátur* ni en uno, ni en otro caso. Pero esta norma también tiene el propósito esencial de facilitar el traslado de esas personas, con su nuevo estado civil, a territorio colombiano, porque llegarían con el estado civil de divorciado, para lo cual no requeriría *execuátur*. De allí que se afirme, sin ambages, que el precepto del citado artículo 13 de la Ley 1ª. de 1976 admite de pleno derecho la eficacia civil de las sentencias de divorcio mencionadas que, por adopción legal, tienen plena vigencia y aplicación en el territorio nacional. Pero tal reconocimiento opera directamente, es decir, sin la intervención de esta Corporación para efectos de *execuátur*, ya que, de un lado, el mencionado artículo 13 de la Ley 1a. de 1976 no lo exige expresamente, y, del otro, tampoco esta disposición y la siguiente dejan a salvo su exigencia, pues su contenido indica lo contrario. En efecto, reconocer ese divorcio extranjero por una ley colombiana, no indica otra cosa que adoptarla directamente para nuestro territorio, ya que lo hace sin

de la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio, no requerirán exequátur las sentencias de divorcio proferidas en el exterior de matrimonios también celebrados en el exterior, cuando los cónyuges tuvieron en uno y otro caso su domicilio conyugal en territorio extranjero, porque conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 1a. de 1976 tales sentencias, por estimarse que no violan el orden público colombiano, y con mayor razón cuando se comprueba que efectivamente no lo infringen, son reconocidas directamente por la legislación colombiana, con plena eficacia y ejecutabilidad en el territorio nacional, que deben acatar los residentes de la nación, tanto funcionarios públicos como particulares”⁴¹¹.

condicionamiento alguno (art. 13 citado); lo que no acontece cuando se trata de otra clase de divorcio, como el decretado en el exterior pero respecto de matrimonio civil celebrado en Colombia (no en el exterior, como en el caso anterior), lo cual se hace de manera condicionada a la admisión de la causal por la ley colombiana y a la notificación debida del demandado (art. 14 citado), caso en el cual indudablemente se requiere la intervención de la autoridad judicial competente para hacer tal verificación, lo que, por consiguiente, supone en este caso la intervención judicial correspondiente. Pero ello no ocurre, como se dijo, con la hipótesis contemplada en el mencionado artículo 13 de la Ley 1a. de 1976, pues exigir exequátur, aún en este caso no solo sería contrariar el texto y la intención del legislador sino que podría llegar a la circunstancia, absurda en la presente época, de exigirle a toda persona, nacional o extranjera, que ingrese a Colombia para cualquier asunto (sea de domicilio, residencia o tránsito) que, en primer término, venga acompañado de las pruebas de sus sentencias extranjeras sobre divorcio y demás estados civiles, y que, en segundo lugar, también obtenga de esta Corporación el exequátur correspondiente, a fin de que en Colombia las autoridades y particulares puedan tenerlo como lo indican dichas sentencias, esto es, como divorciado, ex casado, hijo natural, etc. En cambio, se ajusta más a la realidad actual y, por lo tanto, resulta más ajustada a ello, la interpretación de que en tales casos sea innecesario el exequátur, porque como la persona que ingresa o reingresa a Colombia lo hace con un nuevo estado civil, respecto del cual la legislación y los intereses públicos colombianos no entraron en juego, no existe razón jurídica, ni práctica para que esas sentencias se revisen en este país mediante el exequátur”.

⁴¹¹ El magistrado asimismo declara: “En efecto, pese a que en virtud de la soberanía del Estado la administración de justicia corresponde a sus jueces y,

El magistrado, en definitiva, propugna un reconocimiento directo de la sentencia española de divorcio, limitándose la autoridad colombiana ante la que se haga valer la decisión española a fiscalizar que la autoridad española, haya aplicado al divorcio de matrimonio civil extranjero la ley del domicilio conyugal que es la ley designada por la norma de conflicto colombiana⁴¹². Así, el reconocimiento de la decisión española tendría lugar cuando la ley aplicada por el tribunal de español coincida con la ley designada por las normas de conflicto colombianas “*ley del domicilio conyugal*”, sin que sea necesario someter la decisión a ningún otro condicionamiento.

En cualquier caso, es preciso destacar que el planteamiento defendido por LAFONT PIANETTA en relación con la sentencia española de divorcio no se aviene con el reconocimiento procesal acogido por el CHC. La afirmación sustentada por el magistrado no solo obvia la exigencia de *execuátur* prevista en el CHC, sino que además, y lo que parece más lamentable, excluye el control de las condiciones que en él se establecen.

como consecuencia obligada de ello, como regla general las sentencias extranjeras tan solo pueden producir efectos en Colombia previo el trámite establecido por los artículos 693 y 694 del Código de Procedimiento Civil para que se conceda por la Corte el exequátur correspondiente, también es cierto que, excepcionalmente y por expresa disposición del legislador, algunas sentencias proferidas por autoridades judiciales extranjeras, se encuentran eximidas de ese requisito”.

⁴¹²En este sentido recordemos la interpretación dada por la doctrina colombiana al art. 163 y 164 C.c.c. *Vid.* epígrafe dedicado al control indirecto de la ley aplicada.

A semejante conclusión jamás se llegaría en aplicación del del art. 163 C.c.c.⁴¹³. El reconocimiento conflictual propugnado no tendría cabida ni siquiera en aplicación del régimen autónomo, en la medida que el ordenamiento positivo colombiano exige para el reconocimiento de decisiones extranjeras el cumplimiento de las condiciones (art. 694 CPCC) en el marco de un único procedimiento: el *execuátur* (art. 695 CPCC), exigencia que viene además confirmada por la jurisprudencia colombiana en materia de divorcio.⁴¹⁴.

La lógica que sigue a estas razones explica que el error en el que incurre LAFONT PIANETTA ha sido precisamente omitir esta precisión. Cuando el magistrado admite “*sin embargues*” que el art. 163 C.C. excepcional el trámite de *execuátur* y que por esta razón la sentencia española de divorcio tiene “efectos directos en Colombia” crea artificialmente un argumento que no encuentra respaldo en el marco del CHC, y olvida que para que la sentencia española de divorcio pueda desplegar sus efectos en Colombia, deberá recurrir a los mecanismos establecidos por el CHC. Aunque la competencia internacional del juez español implique -como ha reiterado-, una

⁴¹³ Téngase en cuenta que el control indirecto de la ley aplicada no es una condición contemplada en el art. 694 CPCC, por lo que este control solo parece justificado en decisiones extranjeras de divorcio cuanto resulte de aplicación en régimen autónomo colombiano.

⁴¹⁴ Una cosa es el reconocimiento conflictual y otra distinta es el control indirecto de la ley aplicada como condición de reconocimiento. Ha de tenerse en cuenta que en algunos textos convencionales de los que España forma parte el reconocimiento procesal de las decisiones extranjeras incluye el control indirecto de la ley aplicada como condición de reconocimiento, pero esta exigencia no significa que se estemos ante un reconocimiento conflictual propiamente dicho. En el primer caso, funciona como un control más al que queda condicionado el reconocimiento procesal de la decisión extranjera, mientras que el reconocimiento conflictual sujeta el reconocimiento solo al hecho de que la resolución sea eficaz en el país al que remite la norma de conflicto. *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 81-84.

intervención “en lo sustancial y en lo procesal”, dicha atribución no significa que la sentencia española pueda desplegar efectos directos en Colombia ya que esta posibilidad depende del tratamiento dado a las decisiones extranjeras en esta materia dentro del régimen de validez aplicable.

En efecto, el procedimiento de *execuátur* es una exigencia demasiado gravosa para alcanzar determinados efectos, por lo que sería deseable barajar de *lege ferenda* una modificación en este sentido, pero mientras esto ocurre no cabe más alternativa que la de aplicar el CHC cuyas normas no autorizan la eficacia directa de sentencias civiles entre ambos Estados, incluso, aunque así fuere, tal posibilidad en ningún caso implicaría el reconocimiento incondicionado de la decisión española de divorcio en dicho país, tal y como ha propugnado el referido magistrado.

Dicho esto, no se puede desconocer que la necesidad de tramitar un *execuátur* constituye una exigencia demasiado gravosa para la obtención de efectos de una sentencia extranjera de divorcio, trámite este último exigido en Colombia, incluso en el caso que lo que pretenda sea la inscripción la sentencia española de divorcio en el Registro Civil colombiano⁴¹⁵. De hecho, consideramos lo deseable que el legislador colombiano se planteara la modificación de su normativa (convencional e interna) en este punto concreto, admitiendo la posibilidad de un reconocimiento automático de este tipo de decisiones. Pero, mientras esto ocurre no cabe más alternativa que aplicar la norma vigente en el caso de

⁴¹⁵ *Vid.* Las consideraciones vertidas por la Oficina de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registros en la Consulta núm. 2968 de 9 de septiembre de 2009), en la que se confirma la necesidad de tramitar el *execuátur* de decisiones extranjeras de divorcio que pretenda ser inscritas en el Registro Civil colombiano.

sentencias españolas de divorcio, ya que el CHC en ningún caso autoriza la eficacia directa de las sentencias extranjeras.

4. La elección de ley como solución a los problemas de reconocimiento en Colombia de sentencias españolas de divorcio.

Como se viera, con la entrada en funcionamiento el 221 de junio de 2012 del Reglamento “Roma III” quedó desplazado el régimen común sobre ley aplicable al divorcio y a la separación, contenido en el art. 107.2 CCE para demandas presentadas a partir del 21 de junio de 2012 (art. 18). El régimen de ley aplicable al divorcio y a la separación, previsto en el Reglamento “Roma III”, presenta carácter universal (art. 4)⁴¹⁶, de forma que la ley designada por sus normas de conflicto recibirá aplicación aun cuando no sea la Ley de un Estado parte⁴¹⁷. La perspectiva conflictual del Reglamento se fundamenta en el principio de proximidad⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Así lo recoge el considerando 12 del Reglamento disponiendo que: “El Reglamento debe aplicarse independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda. Si ha lugar, conviene considerar que se ha incoado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional atendiendo a las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 2201/2003”.

⁴¹⁷ El considerando 14 del Reglamento establece que: “Para que los cónyuges puedan designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos o, a falta de elección, para que pueda aplicarse a su divorcio o separación judicial una ley de esas características, esta debe aplicarse aunque no sea la de un Estado miembro participante...”.

⁴¹⁸ El Reglamento no contiene normas materialmente orientadas (en función del resultado). De hecho, se identifican escasos eventos dentro del Reglamento “Roma III” vinculados al contenido material de las leyes estatales. Así, por ejemplo, cuando por razones de orden público no pueda aplicarse la ley designada por la norma de conflicto (art. 12); o cuando la ley designada no contemple el divorcio, o, considerándolo, lo haga conculcando derechos fundamentales consagrados en la ley del foro (art. 10).

Una de las aportaciones más importantes del Reglamento “Roma III” ha sido la posibilidad precisamente el reconocimiento a los cónyuges de la posibilidad de elegir la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁴¹⁹, si bien es cierto que se trata de una elección informada y restringida a las leyes previstas en el art. 5.1 del Reglamento, y que son: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia al momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí al momento de la celebración del convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad ostenten cualquiera de los cónyuges al momento de la celebración del convenio; y d) la ley del foro.

A falta de elección de ley, la determinación de la ley aplicable al divorcio o a la separación se hará de conformidad con los criterios previstos en el art. 8 del Reglamento⁴²⁰. En primer término, se aplicará la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda [art. 8. a)]. En su defecto, habrá que aplicar la ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado

⁴¹⁹ La norma de conflicto del art. 107.2 C.c.e. no contemplaba la posibilidad de elección de ley aplicable al divorcio y a la separación.

⁴²⁰ Se trata, como destaca el Reglamento en su considerando 21 de “ normas armonizadas de conflictos de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate, para garantizar la seguridad y la previsibilidad e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada los criterios de vinculación deben elegirse de modo que se que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses. Esos criterios de vinculación deben elegirse de modo que garantice que el procedimiento o de divorcio de separación judicial se rija por la una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho”.

más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda [art. 8.b)]. De no concurrir el criterio anterior, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda [art. 8.c)]. Y, finalmente, como conexión de cierre, a falta de los criterios anteriores de conexión, se aplicará la ley ante cuyos órganos jurisdiccionales se haya interpuesto la demanda (*lex fori*) [art. 8.d)].

Como se puede apreciar, tanto en casos de elección de ley como en defecto de ella, el punto de conexión por excelencia es el de la residencia habitual de los cónyuges⁴²¹. Y teniendo presente la preponderancia que este criterio tiene asimismo entre los criterios de competencia internacional de los jueces españoles para conocer demandas de divorcio y separación previstos en el art. 3 del Reglamento de “Bruselas II bis”, bien se puede concluir que serán frecuentes las ocasiones en que la ley que acaben aplicando nuestras autoridades sea la ley española, que, como es sabido, acoge un sistema divorcista. A la luz de estos antecedentes normativos queda claro que, las decisiones españolas de divorcio y de separación solo serán reconocidas en Colombia en tres casos: a) cuando se haya aplicado la ley colombiana; b) cuando que se haya aplicado una ley extranjera que contemple alguna de las causales previstas en el art.

⁴²¹ Según lo establecido en el artículo 5 del Reglamento la ley aplicable al divorcio o a la separación a falta de elección por las partes será aquella: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

154 C.C.; y c) cuando se haya aplicado una ley extranjera no causal, como podría ser la española, siempre que el divorcio o la separación se hayan producido por mutuo acuerdo de los cónyuges.

Partiendo de la premisa de que la ley que acaben aplicando nuestras autoridades a las demandas de divorcio o de separación que ante las mismas se planteen pueden llegar a afectar al posterior reconocimiento en Colombia de las decisiones que finalmente adopten, habría que plantearse de qué forma podría reducirse el impacto negativo que la aplicación de una determinada ley puede tener en el reconocimiento de las sentencias españolas en Colombia.

De la normativa vigente en España sobre ley aplicable al divorcio y a la separación, como se ha visto, se colige que un cónyuge de nacionalidad colombiana puede enfrentarse de dos maneras distintas a la cuestión de la ley aplicable a su divorcio o separación. La primera, eligiendo dentro de un limitado grupo de leyes, la ley que habría de ser aplicada a su divorcio o separación (art.5). Y, la segunda, dejando que sea el juez, quien, en base a los criterios previstos en la norma (art. 8), y respetando el orden de prelación que en la misma se establece, determine la que haya de ser la ley aplicable a su divorcio o separación.

De conformidad con el art. 5 del Reglamento de “Roma III”, un cónyuge de nacionalidad colombiana podrá elegir junto a su otro cónyuge la ley colombiana como la ley correspondiente a la nacionalidad de uno o de ambos cónyuges. Esta elección, sin duda, si bien, por un lado, favorecerá la eficacia de la decisión extranjera en Colombia, planteará varios inconvenientes, tales como la necesidad de acreditar el Derecho extranjero (art. 281.1 y 282 LEC),

los problemas relativos a la legitimación para accionar la demanda planteados por el Derecho colombiano, la pesada carga de demostrar alguna de las causales previstas en el ordenamiento colombiano, así como la de soportar las consecuencias negativas que la culpabilidad de uno de los cónyuges ocasiona en los distintos efectos colaterales... Los cónyuges podrían también elegir la ley española, con lo cual se evitarían todos los obstáculos que plantea la aplicación de la ley colombiana, pero, a cambio tendrán que asumir el alto riesgo que comporta para el reconocimiento de la decisión en Colombia el haber aplicado una legislación divorcista causal decisión unilateral, llamada a claudicar en aquel país, si el divorcio no ha se producido por mutuo acuerdo de los cónyuges.

De lo anterior cabe extraer que, antes de ejercer el derecho a la autonomía conflictual, los cónyuges deben saber hacia dónde se orientan sus intereses, delimitando si estos intereses pueden o no ser comunes. En caso de que los intereses de los cónyuges sean los mismos, caben dos posibilidades. La primera, elegir la ley española como ley rectora del divorcio, siempre que el objetivo de los cónyuges sea integrarse en España como país de acogida. Al tratarse, el Derecho (el colombiano) alejado del entorno en el que han decidido desarrollar sus vidas y que, además, plantea tantos obstáculos a la disolución del vínculo, sería contraproducente elegir en este caso ley colombiana. La segunda, elegir la ley colombiana, si es que los cónyuges pretenden retornar a su país de origen. La elección y consiguiente aplicación de la ley española a este supuesto podría erigirse como un obstáculo insalvable si el objetivo primordial de las partes es hacer valer en aquel país su condición de divorciado o separado, a no ser que la demanda se plantee del mutuo acuerdo.

Los problemas se suscitan cuando uno de los cónyuges quiera permanecer en España y el otro volver a su país de origen. En tal caso, aunque exista la voluntad de elegir de manera conjunta la ley aplicable al divorcio, a este deseo se acabarán anteponiendo los intereses inconciliables de los cónyuges. Dado este caso, una solución intermedia podría ser la de optar por ley española y encauzar la demanda a través del mutuo acuerdo, aunque debemos admitir que ello no siempre será posible. Cualquier otra postura llevará a que la decisión española de divorcio o de separación se vea inevitablemente avocada al fracaso en sede colombiana.

De estos ejemplos se desprende la importancia de hacer una correcta elección de la ley aplicable al divorcio o a la separación, lo que justifica que la elección informada se erija en principio fundamental del Reglamento⁴²². Los jueces deben conscientes de la importancia de que los cónyuges sepan con exactitud las consecuencias jurídicas y sociales de su elección⁴²³. Entre estas consecuencias no solo se encuentra el compromiso que adquieren los cónyuges entre sí, sino también la incidencia que la elección puede tener en los intereses de las partes. De ahí que la función informativa que ha de asumir el juez no se circunscriba únicamente al proceso que ante él se desarrolla, debiéndose extender igualmente a las consecuencias que la elección de una u otra ley puede acarrear para las partes fuera del ámbito donde el juez desarrolla su actividad⁴²⁴. Sin duda, una información adecuada del juez constituirá

⁴²² Considerando 18.

⁴²³ *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, *op. cit.*, p. 52.

⁴²⁴ El Considerando 9 del Reglamento “Roma III”, reconoce que “El Reglamento debe crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley

un factor coadyuvante que en gran medida evitaría que la elección de la ley aplicable al divorcio o a la separación por parte de los cónyuges se convierta en un auténtico bumerán para sus intereses de cara al ulterior reconocimiento de la decisión española en sus Estados de origen⁴²⁵.

En cualquier caso, los cónyuges deben tener en cuenta que la elección de la ley aplicable podrá hacerse en cualquier momento anterior a la interposición de la demanda (art. 5.2) y que el pacto de elección de ley alcanzado podrá ser modificado, cancelado o derogado en cualquier momento hasta la fecha de presentación de la demanda⁴²⁶. La elección de la ley o su modificación podrán incluso llevarse a cabo durante el transcurso del procedimiento, si la ley del foro lo permita, siendo ésta una posibilidad que la ley procesal española contempla (art. 5.3)⁴²⁷. Los cónyuges deben

aplicable al divorcio y la separación judicial en los Estado miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses”.

⁴²⁵ El Reglamento ha dejado intencionadamente un margen de libertad a los Estados Parte, para la aplicación oficiosa o instancia de parte del Derecho extranjero eventualmente aplicable. En el caso de España, y en cuanto a la aplicabilidad del Derecho colombiano, conviene recordar la Convención Interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979, (BOE núm 11, de 13 de enero de 1988). Esta convención fue aprobada en Colombia mediante Ley 49 de 16 de diciembre de 1982 (DO 35 159 de 28 de diciembre de 1982).

⁴²⁶ *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, V II, Comares, Granada, 2012, pp. 235.

⁴²⁷ La doctrina sostiene que esta designación podría tener lugar de conformidad con el art. 389 LEC como una cuestión de especial pronunciamiento, través de las cuestiones incidentales previstas en el art. 391.3 LCE, o conforme a lo previsto en el art. 774.1 LEC. *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 235.

asimismo tener presente los requisitos formales y sustanciales⁴²⁸ exigidos por el Reglamento para considerar válido un acuerdo de elección de ley (arts. 6 y 7).

Ahora bien, puede suceder que el divorcio o la separación judicial no consigan registrarse por una ley elegida por los cónyuges, bien porque no puedan alcanzar un acuerdo al respecto o porque, habiéndolo alcanzado, el acuerdo en cuestión no cumple algunos de los requisitos formales o sustanciales exigidos por el Reglamento para considerarlo válido, o simplemente porque los cónyuges no conozcan de esta posibilidad. En cualquiera de estos casos, la ley aplicable al divorcio o a la separación se registrará, como ya se ha visto, por la ley reclamada por el art. 8 del Reglamento.

La redacción ofrecida por dicha norma⁴²⁹, impide que las conexiones que en la misma se recogen puedan ser utilizadas discrecionalmente por el operador jurídico⁴³⁰. Al establecer aquella una escalera de criterios de conexión, las conexiones subsidiarias sólo podrán recibir aplicación en defecto de sus predecesoras. Por último, debemos señalar que el Reglamento atribuye carácter imperativo a la norma en cuestión.

⁴²⁸ En tal caso, la designación será registrada por el tribunal competente de acuerdo con la ley del foro. (Considerando 20).

⁴²⁹ Considerando (16) del Reglamento donde se acentúa la importancia que reviste para los cónyuges poder elegir la ley aplicable al divorcio conforme al principio de proximidad. *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 238.

⁴³⁰ *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, p. 176-185.

La escalera conflictual del art. 8 del Reglamento evidencia la preferencia del legislador comunitario por la conexión residencia habitual, conexión que, como ya se apuntara va a llevar con frecuencia a la aplicación de la ley del foro, con la consiguiente exclusión del Derecho extranjero. De hecho, la posibilidad de aplicar al divorcio o a la separación en la que participe un nacional colombiano la ley correspondiente a su nacionalidad será escasa.

A falta de elección de ley la ley colombiana sería únicamente aplicable si se dan las dos condiciones siguientes: a) que no puedan recibir aplicación las leyes designadas por las letras a) y b) del art. 8 del Reglamento (la ley de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda necesitaba o la ley en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda) y b) que ambos cónyuges ostenten la nacionalidad colombiana al tiempo de la interposición de la demanda. El art. 8 del Reglamento, como ya se viera, prevé la aplicación de la ley del foro como conexión de cierre⁴³¹.

⁴³¹ Arenas García considera que habría sido más efectiva la ley del lugar de celebración del matrimonio como conexión de cierre, en lugar de la ley del foro. Lo cierto es que, en aplicación de esta conexión, quedarían desprotegidos aquellos divorcios recaídos sobre matrimonios celebrados en España (o en cualquier otro Estado que no sea Colombia), cuando tales divorcios pretendan reconocerse en Colombia, ya que la ley que recibirá aplicación por parte de las autoridades españolas será en todo caso la ley española. *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, p. 58; id: “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en supuestos internacionales”, *AEDPr.*, 2005, vol. V, pp. 354-359.

A la vista de lo expuesto, nos cuestionamos si las soluciones conflictuales acogidas por el legislador comunitario en el Reglamento “Roma III” resguardan con carácter general los intereses de los cónyuges, o si, por el contrario, lo hace desde una perspectiva estrictamente europea.

El Reglamento “Roma III”, no hay duda, ha supuesto una auténtica revolución en el sector de la ley aplicable y constituye el eslabón intermedio que enlaza con el resto de sectores del DIPr. regulados por el Reglamento de “Bruselas II *bis*”, Reglamento este último que facilitará el reconocimiento intracomunitario de decisiones cualquiera que sea la ley aplicada al divorcio o a la separación judicial. Pero, las razones que justifican la aplicación de una determinada ley dentro del ámbito de operatividad del Reglamento no suelen funcionar en la mayoría de los sistemas casualistas extracomunitarios.

La problemática que básicamente plantea el Reglamento “Roma III” es impedir al juez competente elegir con flexibilidad entre los criterios de conexión establecidos por el art. 8, desplazando la aplicación de la ley nacional a un penúltimo lugar. De esta forma muestra su *vis* más comunitarista, al desentenderse de la repercusión que la aplicación de leyes fundadas en sistemas objetivos de divorcio plantea en el ámbito de la validez extracomunitaria de decisiones.

Es cierto que la tutela judicial efectiva exige que la ley aplicable al divorcio o a la separación sea aquella más estrechamente vinculada al litigio. Pero la tutela judicial efectiva no solo tiene lugar a través de la aplicación de la ley con la que el litigio presenta vínculos estrechos desde una determinada perspectiva conflictual,

sino que asimismo exige que una vez acogida dicha ley, que ésta proteja los legítimos intereses de las partes en toda su dimensión.

Si se aplica la ley de la residencia habitual ley en base al principio de proximidad territorial al divorcio o a la separación judicial en la que intervienen inmigrantes que desean retornar a su país de origen, que ha sido el punto de conexión preferente elegido por el legislador comunitario, y, por tal motivo, la decisión en cuestión no pueda ser reconocida el país de origen de los cónyuges por contravenir el orden público de tal o tales Estados, está claro que se producirá un resultado contrario a los intereses de las partes. Si siendo este resultado evitable a través de la elección por parte del juez de un punto de conexión eficiente que responda a estos intereses y el legislador no contempla tal posibilidad, el derecho a la tutela judicial efectiva quedará vacío de contenido, ya que se acaba aplicando formalmente una ley efectiva, pero no eficiente. Y ello por cuanto la solución ofrecida por dicha norma de conflicto no logra satisfacer las pretensiones jurídicas de los cónyuges⁴³², entre las que no solo se halla la disolución o relajación del vínculo matrimonial, sino también el que tal disolución o relajación sea reconocida en su Estado de origen⁴³³.

La tutela judicial efectiva exige la aplicación de la ley de un Estado estrechamente vinculado con el divorcio o la separación, pero los vínculos estrechos no se estructuran únicamente sobre la

⁴³² *Vid.* DOMÍNGUEZ LOZANO P., “Las concepciones publicistas y privatista del Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1994, vol. XLVI núm. 1, p. 111.

⁴³³ *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, N° 1, pp. 62.

proximidad territorial sino también material. Si aplicando la ley española a las crisis matrimoniales provoca que los cónyuges tengan que plantear nuevamente el litigio ante las autoridades de su país de origen para que sus derechos subjetivos se vean reconocidos en dicho territorio, ello indiscutiblemente supondría un coste conflictual excesivo y desproporcionado que los interesados tendrán que soportar, lo que reduce la tutela judicial efectiva a la nada.

La situación migratoria de España ha cambiado en los últimos años. España ha dejado de ser el país receptor de inmigrantes en el que se había convertido desde la década de los 90 para ser a la vez, como lo fue antaño, un país emisor de emigrantes. A consecuencia de la crisis económica que desde el 2007 viene atravesando nuestro país inmigrantes de terceros Estados que se afincaron entre nosotros se han visto en la necesidad de regresar a sus países de origen. Este dato es un importante indicador que nos lleva a plantearnos la posibilidad de devolver el valor perdido por el punto de conexión “nacionalidad”.

En el marco de las relaciones extracomunitarias al punto de conexión “nacionalidad” presenta una *vis* atractiva que posibilita el respeto a la identidad cultural, al tiempo que garantiza un régimen normativo que no plantea dificultades en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones⁴³⁴. Obviar la ley nacional de los cónyuges, como se ha visto, comportará que la solución que se ofrezca en España no sea materializable en aquellos Estados

⁴³⁴*Vid.* ZABALO ESCUDERO, E., “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA, A.L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L. (coord.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 13-18.

extracomunitarios que acojan sistemas divorcista casualistas como es el caso de Colombia, generando con ello inseguridad jurídica sobre el estado civil constituido a través del divorcio, duplicidad de soluciones y de procedimientos para una situación jurídica ya resuelta, además de un sinnúmero de consecuencias jurídicas, ya advertidas. Y ello sin desatender la incidencia que tal circunstancia tendrá en los pronunciamientos accesorios contenidos en la sentencia de divorcio o de separación española cuyo reconocimiento se interpele ante las autoridades colombianas.

Quizás sea el momento idóneo para que el legislador comunitario reconsidere si los criterios de conexión del art. 8 del Reglamento han sido o no una elección acertada desde esta perspectiva, en aras de encontrar una solución permita optimizar los costes conflictuales en supuestos de inmigrantes con retorno⁴³⁵. Desde nuestro punto de vista, la solución podría pasar por introducir en el régimen actualmente previsto en el art. 8 de Reglamento la posibilidad de una exclusión por parte del juez las dos conexiones precedentes a la ley nacional común de los cónyuges, estime que esta última conexión es más eficiente en los supuestos en los que aquél, a la vista de las circunstancias del caso⁴³⁶. Con ello, naturalmente, se evitaría que las decisiones españolas de divorcio o de separación claudiquen en un número considerable de Estados no comunitarios. Hoy por hoy, la única

⁴³⁵*Vid.* GONZÁLEZ DEILFUSS, C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho Internacional Privado y Derecho de familia...”, *op. cit.*, p. 170.

⁴³⁶Si el juez español conoce que la sentencia está dirigida a producir efectos en el extranjero debía descartar la aplicación del art. 107.2.II *b)* cc y de la Ley española y pasar al siguiente criterio (SAP Madrid 18 de octubre 2004 con criterio discutible y SAP Barcelona 8 junio 2006 más atinada). *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ J., “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección...”, *op. cit.*, p.63.

solución que cabe considerar es hacer uso de la elección de ley, mientras esperamos pacientemente la reacción del legislador comunitario.

II. Reconocimiento de sentencias españolas de separación y de nulidad matrimonial

En el desarrollo de este Capítulo hemos adelantado que la separación matrimonial en el ordenamiento colombiano está gobernada en lo fundamental por las disposiciones del divorcio (art. 168 C.c.c.). Así, las causales previstas para acciones de divorcio son las mismas que para la separación de cuerpos, como lo ha hecho patente el art. 165 C.c.c., cuando reconoce: “Hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos: 1) en los contemplados en el art. 154 del C.c.c. (causales del divorcio); y 2) por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante el juez competente”. Asimismo la legitimación para accionar la demanda recae sobre el cónyuge inocente en supuestos de causales subjetivas.

Conociendo la relevancia en aquel ordenamiento presentan la identificación de una causa que motive el divorcio y la culpa de uno de los cónyuges en la concreción del régimen de los efectos, queda en todo caso por conocer cuál sería el tratamiento que la jurisprudencia colombiana daría en sede de reconocimiento a la decisión española de separación cuya causa no coincida con las previstas en el art 154 C.c.c.

Lamentablemente, la respuesta a este interrogante no podemos encontrarla, en la jurisprudencia colombiana, ya que hasta

el momento, la CSJC no ha dictado ninguna sentencia reconociendo o rechazando el reconocimiento de decisiones españolas o extranjeras de separación matrimonial. No obstante, del sentido y alcance del art. 164 C.c.c. *in fine*, (donde se dispone que la decisión extranjera de divorcio de matrimonio civil celebrado en Colombia podrá surtir “los efectos” de la separación de cuerpos si la identidad causal no se ha producido y el demandado ha sido emplazado personalmente”), se puede deducir que la exigencia de identidad causal, a diferencia de lo que sucede en el divorcio, desaparece si el reconocimiento recae sobre una decisión extranjera de separación. Ello implicaría que la decisión extranjera de separación podría verse reconocida en Colombia aun cuando no existiese ninguna causa que justificara dicha separación, lo que a su vez supondría reducir a la nada el impacto negativo que para determinadas causales plantea la culpabilidad de uno de los cónyuges en la separación. Asimismo, se podría considerar que la decisión por la que se reconociera a la sentencia española de divorcio los efectos de la separación de cuerpos, serviría al cónyuge interesado como prueba -en determinados supuestos- para instar ante las autoridades colombianas el divorcio fundado en la causal objetiva 8ª del art. 154 C.c.c. (“separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de años”). Hemos de admitir, sin embargo, que se trata de construcciones puramente teóricas, sobre todo si se tiene en cuenta que, en la práctica, las decisiones extranjeras de divorcio en las que la identidad causal no ha llegado a producirse son rechazadas de plano en Colombia, sin que el efecto de separación propugnado por el mencionado precepto haya sido reconocido en ningún caso por las autoridades colombianas a las referidas decisiones. De todas formas, si así fuera, se trataría de una

victoria pírrica, ya que el resto de efectos determinados por el elemento causal y por la culpa jamás podrían sustraerse de esta valoración, según hemos tenido oportunidad de abordar en el epígrafe de los efectos y que aquí damos por reproducidos⁴³⁷.

En el caso de las nulidades matrimoniales no se ha suscitado ningún supuesto de reconocimiento en el marco del CHC, aunque de plantearse el reconocimiento ante las autoridades colombianas de una decisión sobre nulidad matrimonial adoptada dictada en España, posiblemente los problemas del reconocimiento se verían prácticamente reducidos a la nada, debido a que el tratamiento de esta institución en uno y otro ordenamiento es muy similar.

⁴³⁷*Vid.* Efectos en Colombia de la sentencia española de divorcio.

CAPITULO TERCERO

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE

SENTENCIAS DE DIVORCIO

I. APLICACIÓN Estricta DEL RÉGIMEN CONVENIONAL

Hemos tenido la oportunidad de evidenciar en el desarrollo del Capítulo Primero la aplicación irregular del CHC por parte de las autoridades colombianas en el ámbito de las crisis matrimoniales. No se puede decir o mismo, sin embargo, de autoridades españolas, se han ceñido en todo momento a las exigencias de reconocimiento contempladas en dicho instrumento, Las evidentes carencias del convenio, no han servido de motivación a nuestras autoridades para recurrir a la aplicación del régimen autónomo de reconocimiento respecto de aquellas condiciones no contempladas en el CHC. Se ha visto, por ejemplo, como en el control de la notificación del demandado, la jurisprudencia española se ha valido de los recursos del Convenio, invocando para ello la cláusula general de orden público español en aplicación del art. 1.2 del CHC, al constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental protegido por nuestra constitución⁴³⁸.

⁴³⁸ *Vid.* STS de 30 de noviembre del 2004 por el que se deniega el *execuátur* de la decisión colombiana de divorcio dicta el 12 de octubre de 2011 por el Tribunal de Familia de Cali, por falta de notificación al demandado de la demanda y de la sentencia, y en tal sentido la Sala sustenta: “ De conformidad con dicho Convenio ha de ser controlada la firmeza de la resolución (artículo 1º.1), y la conformidad con el orden público del estado requerido (artículo 1º. 2), debiendo oírse al Ministerio Fiscal (artículo 3º). En cuanto al requisito 2º del artículo 1 de la norma convencional, parece conveniente recordar la reiterada doctrina que esta Sala ha venido perfilando en torno al requisito establecido en él, y así precisar que son diversas las clases de rebeldía en que puede calificarse la ausencia del demandado en el proceso, como diferentes son también los efectos que una u otra han de producir en el ámbito del procedimiento de *execuátur* (...), comprometido el contenido del orden público en su aspecto procesal al no constar que la parte demandada hubiese tenido oportuna noticia del procedimiento seguido en el Estado de origen de modo tal que se le

II. ¿Derogación del régimen convencional a efectos del Registro civil?

1 Sujeción en aplicación de la normativa convencional al trámite de *execuátur* de decisiones colombianas sobre crisis matrimoniales

La reglamentación convencional española más antigua sobre reconocimiento de decisiones extranjeras (incluido el CHC) se caracteriza por el *execuátur* como presupuesto para cualquier tipo de efecto, alguno de los instrumentos convencionales adoptados en las últimas décadas evidencian una clara tendencia hacia la supresión de dicho trámite y a su sustitución por un reconocimiento automático, de cara a la obtención de determinados efectos⁴³⁹, tendencia que se advierte igualmente en régimen institucional aprobado en la materia⁴⁴⁰.

En esta tendencia parece enmarcarse asimismo en la nueva legislación registral española que, permeado por el influjo de la más reciente normativa institucional y convencional protagoniza un giro notable en lo relativo a la exigencia del *execuátur* como única vía de atribución de efectos consagrada por el régimen autónomo de reconocimiento de decisiones extranjeras contenido en los arts. 954 y ss de la LEC 1881. Con la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de

hubiera permitido ejercer en él todos los derechos de defensa que el ordenamiento aplicable ponía a su alcance y que incluye la posibilidad de recurrir la decisión judicial en caso de considerarla perjudicial para sus intereses, todo lo cual conlleva necesariamente a denegar el *execuátur* interesado”.

⁴³⁹ *Vid.* Capítulo Primero.

⁴⁴⁰ Concretamente en el art. 21 del Reglamento de “Bruselas II *bis*”.

21 de julio, del Registro Civil⁴⁴¹ (en adelante LRC 2011) el próximo 15 de julio de 2015⁴⁴², y en virtud de la dispuesto en su art. 96, quedará abierta en España la posibilidad de que las decisiones judiciales extranjeras que pretendan acceder al Registro Civil español sean reconocidas de forma automática por la autoridad encargada del Registro. Ya que no será ya exigible la previa tramitación del *execuátur*, limitándose la autoridad a controlar las condiciones previstas en la LRC 2011.

En cualquier caso, no debemos olvidar que la aún vigente legislación de Registro Civil, en concreto, el art. 84.1 del Reglamento del Registro Civil⁴⁴³ (en adelante, RRC) ya contempera un supuesto de atribución de efectos a una sentencia extranjera sobre crisis matrimoniales sin necesidad de *execuátur*: aquel en el que la decisión extranjera se haga valer en el Registro Civil español para acreditar la capacidad para la celebración del matrimonio, en tanto acto inscribible.

El CHC, como se ha visto, supedita la eficacia en España de las sentencias colombianas sobre crisis matrimoniales, incluido su eficacia ante las autoridades del Registro Civil, a la previa tramitación del *execuátur*, *execuátur* que, como asimismo se ha visto, no será exigido en aplicación de la nueva legislación española sobre

⁴⁴¹BOE núm 175, de 22 de julio de 2011. Esta Ley está llamada a derogar la todavía vigente Ley del Registro Civil de 14 de noviembre de 1957 (BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957).

⁴⁴² La entrada en vigor de la Ley estaba inicialmente prevista el 22 de julio de 2014, se prorrogó través del Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia hasta el 15 de julio de 2015.

⁴⁴³ BOE 296, de 11 de diciembre de 1958. Corrección de errores, BOE núm. 18, de 21 de enero de 1959.

Registro Civil, una vez entre en vigor en aquellos supuestos en que la decisión sobre crisis matrimoniales procedentes de cualquier país con el que España no se halle vinculado ni por vía convencional ni institucional.

2 Exención del trámite de *execuátur* en la legislación registral española

A) Artículo 84.1 RRC.

En la vigente normativa española sobre Registro Civil, la tramitación de un procedimiento de *execuátur* se erige en presupuesto ineludible para atribuir efectos en este ámbito a las decisiones judiciales extranjeras. El art. 83.1 RRC así lo confirma, cuando dispone que: “no podrá practicarse inscripción en virtud de una sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere *execuátur*, deberá ser previamente obtenido”. En este mismo sentido, y en relación concretamente con la inscripción de las resoluciones sobre crisis matrimoniales, viene a referirse el art. 265 párrafo segundo del RRC, donde se establece “La de las sentencias extranjeras sobre nulidad, separación o divorcio requiere su reconocimiento en España conforme a lo dispuesto en las leyes procesales”.

El art. 84.1 RRC, sin embargo, exime de la tramitación del *execuátur* al disponer: “No es necesario que tenga fuerza directa en España, excepto cuando lo impida el orden público: 1º. Las sentencias o resoluciones extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible; 1º Las autorizaciones, aprobaciones o comprobaciones de autoridad extranjera en cuanto impliquen formas o solemnidades del acto en el país en que éste se

otorga”. Del literal del precepto constata que la eficacia de estas decisiones extranjeras a estos efectos queda supeditada únicamente al control del orden público y a la observancia de los requisitos de eficacia probatoria, si bien, no hay que olvidar que, como tiene declarado la DGRN la excepción al procedimiento de *execuátur* no implica a decisiones que afecten a un español o que contradigan alguna inscripción practicada en el Registro Civil, aunque afecten a extranjeros⁴⁴⁴⁴⁵, interpretación que también ha servido de base a la

⁴⁴⁴ Es doctrina consolidada de la DGRN que el matrimonio anterior celebrado en el extranjero de quien adquiere la nacionalidad española únicamente debe ser inscrito si el mismo subsiste al momento de su adquisición, criterio que también es extendido a las decisiones extranjeras que disuelven matrimonios donde interviene un extranjero que, con posterioridad al divorcio adquiere la nacionalidad española. En este sentido el Centro Directivo ha considerado, en su Res. DGRN de 7 de junio de 2006 que: “Tanto el artículo 15 de la Ley como el artículo 66 del Reglamento se refieren a hechos inscribibles que sigan afectando a quienes han devenido españoles. (...) se ve satisfecho con que tengan aC.c.e.so a él los hechos que actualmente configuren el estado de los extranjeros naturalizados españoles, mientras que sería a todas luces excesivo reconstruir en su totalidad el historial jurídico-civil de cada nuevo español. En consecuencia siendo únicamente inscribible el segundo matrimonio y no el primero carece de sentido que se subordine la inscripción de éste a la previa justificación de la eficacia en España del divorcio de un matrimonio no inscribible en el Registro Civil español. Ratifica la idea anterior el hecho de que la capacidad para contraer matrimonio de un extranjero -advírtase que la recurrente lo era al tiempo de celebrar su segundo matrimonio- se rige por su estatuto personal determinado por la ley nacional (art. 9.1 Cc) y en este caso está acreditado por la documentación presentada que la interesada, nacional mexicana en el momento de la celebración del matrimonio que se pretende inscribir, era de estado civil divorciada según sentencia firme dictada en México, por lo que en principio no hay dificultad alguna para admitir la validez, a los efectos del Ordenamiento jurídico español, de su segundo matrimonio. No debe inducir a confusión que el artículo 107 II, del Código civil establezca que las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley del Enjuiciamiento Civil, porque esta exigencia del «*execuátur*» de la sentencia extranjera de divorcio ha de entenderse limitada a sentencias extranjeras que afecten a ciudadanos españoles -entiéndase al tiempo en que fueron dictadas- o a matrimonios previamente inscritos en el Registro Civil español, lo que no ocurre en el presente caso. Como señala el artículo 84.1.º del Reglamento no es necesario que tengan fuerza directa en España las sentencias extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible. La sentencia de divorcio mexicana tiene pleno valor probatorio para acreditar la capacidad matrimonial

de la ciudadana mexicana al tiempo de la celebración de su segundo matrimonio y, dado que aquella sentencia carece de efectos constitutivos o ejecutivos en España en el ámbito registral, pues el matrimonio disuelto por tal sentencia ni está inscrito en el Registro Civil español ni puede estarlo por razón de la falta de competencia de este Registro para inscribir un matrimonio carente de vínculos con nuestro Ordenamiento (cfr. art. 15 LRC 2011), según antes se ha razonado, resulta innecesario su reconocimiento en España a través del *exequátur* previsto por el artículo 107 del Código civil. (...). Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, que procede estimar el recurso interpuesto y revocar el auto apelado. El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto de fecha 29 de octubre de 2004, denegando la inscripción del matrimonio, en tanto se obtenga del Tribunal Supremo la sentencia de *exequátur* correspondiente a la sentencia de divorcio del primer matrimonio de la promotora, ya que conforme al segundo párrafo del artículo 107 del Código Civil, se requiere que la sentencia de divorcio extranjera de una española requiere de reconocimiento para producir efectos jurídicos en el ordenamiento español con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, por lo que mientras no produzca efectos en España la sentencia extranjera de divorcio no era posible la inscripción del matrimonio solicitado por existir el vínculo matrimonial anterior del súbdito español. Tal matrimonio celebrado antes de que uno de los contrayentes adquiriera la nacionalidad española sólo es inscribible si subsiste en el momento de esa adquisición” (En este mismo sentido cabe referir las Res. DGRN de 10 de junio de 1989, 4 diciembre de 1991 y de 6 noviembre de 2000).

⁴⁴⁵ *Vid.* Res. DGRN 17 de marzo de 1992 por la que se resuelve la tramitación de un expediente previo al matrimonio entre nacional español con extranjera. En este sentido el Centro directivo resolvió indicando que: “(...) el reconocimiento de la sentencia extranjera conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que alude el art. 107 II C.c.e., sólo es exigible para contraer nuevo matrimonio en España cuando uno de los cónyuges divorciados tuviera en el momento del divorcio la nacionalidad española o, a lo sumo, si el matrimonio disuelto por la sentencia extranjera está inscrito en el Registro Civil español. En los demás casos la sentencia extranjera no es más que un hecho que determina la capacidad matrimonial de los extranjeros divorciados, y para lo cual, salvo el caso de que fuera necesaria la colaboración de los órganos judiciales españoles para la ejecución de alguno de los extremos decididos por la resolución extranjera, es totalmente excesivo exigir el «*exequatur*»”. Res. DGRN de 2 de junio de 1994, sobre matrimonio entre españoles en España disuelto con posterioridad en Venezuela. El varón obtiene la nacionalidad venezolana en 1961. En 1964 obtiene el divorcio de su primer matrimonio por un tribunal venezolano. En 1975 contrae nuevo matrimonio con una venezolana. Al instar inscripción del segundo matrimonio en el Registro civil español, el Centro Directivo lo niega exigiendo el *execuátur* de la sentencia venezolana del primer matrimonio contraído e inscrito en España. Aunque se trataba el ciudadano español que había adquirido la nacionalidad venezolana al momento de acontecer el divorcio de su primer matrimonio la necesidad del *execuátur* se encuentra fundamentada por la modificación del asiento registral (en igual sentido, Res. DGRN de 27 de noviembre de 1996). *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales*.

jurisprudencia para justificar el recurso al reconocimiento incidental en un proceso abierto en España donde haya de acreditarse el estado civil de cualquiera de las partes⁴⁴⁶.

Son dos las objeciones que al art. 84.1 RRC y a su interpretación por parte de la DGRN caben realizar. La primera, deriva de su formulación, pues por esta vía se reconoce eficacia constitutiva a decisiones extranjeras al amparo del efecto probatorio⁴⁴⁷, con la única reserva de orden público, lo que, según ha evidenciado la doctrina española, parte de una lamentable confusión entre el efecto constitutivo y el probatorio⁴⁴⁸.

Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pp. 371-378.

⁴⁴⁶ *Vid.* SAT de Zaragoza de 10 de abril de 1987 citada por FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 1996, p. 521.

⁴⁴⁷ Respecto de tales requisitos *vid.* GARAU SOBRINO, F., “Los efectos...”, *op. cit.*, p. 126; JIMÉNEZ BLANCO, P., “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *AEDIPr.*, 2001, t. I, pp. 374-375 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional priv...*, 7º edic, *op. cit.*, pp. 206-207; RUEDA VALDIVIA, R. “Comentario al art. 95”, *op. cit.*, pp.1 286 y nota núm. 8, y 1287.1 299 -1301.

⁴⁴⁸ La defensa de la eficacia probatoria de decisiones extranjeras de divorcio y nulidad matrimonial cuando se trata de acreditar la capacidad del sujeto para realizar actos vinculados al estado civil o como medio de prueba no ha sido pacífica dentro de la doctrina española. Un amplio sector de la doctrina española -al que nos adherimos- considera que la confusión deriva básicamente de no distinguir los hechos probados de los puede dar fe de su existencia la decisión extranjera como cualquier otro documento público, del fallo por el que se declara o constituye una relación jurídica (carácter de cosa juzgada). En tal sentido sustentan que la norma del art. 84.1 RRC no afecta al efecto probatorio, sino al constitutivo, toda vez que resulta “modificativo de la relación jurídico-matrimonial, aunque solo sea a efectos de determinar la capacidad para el acto inscribible o como de medio de prueba de disolución de vínculos anteriores”. El efecto probatorio derivado de la decisión extranjera como documento público, solo sería posible si resulta excluyente del efecto de cosa juzgada, constitutivo, o ejecutivo. “No, existe evidentemente, inconveniente en que la decisión extranjera, como documento público, sirva de elemento de prueba acerca de los hechos en ella dilucidados(...). En términos

Ciertamente, no hay duda de que, las decisiones extranjeras que afectan al establecimiento o a la modificación del estado civil y que sirven para completar la capacidad del sujeto para realizar determinados actos de estado civil -como el matrimonio-, interesan el efecto constitutivo, razón por la cual resulta exigible su reconocimiento en España, y ello con independencia de que tal reconocimiento pueda acomodarse a fórmulas más o menos flexibles como el *execuátur* o el reconocimiento automático e incidental⁴⁴⁹.

La segunda objeción se refiere a la distinción de trato a un mismo efecto: el constitutivo, lo que parece poco razonable⁴⁵⁰. Como se ha apuntado, según la interpretación que de esta disposición ha venido efectuando la DGRN y la jurisprudencia española, la decisión extranjera de divorcio o de nulidad matrimonial podría desplegar eficacia constitutiva en España, al

más amplios, el valor probatorio del documentos público que sirve de sustrato a la sentencia extranjera permite, únicamente, su utilización como medio de prueba de los hechos relacionados”. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 1996, p. 517 y 518. *Vid.* GONZÁLEZ CAMPOS J. D., *Reconocimiento y ejecución*, Oviedo, 1984, pp. 375 y 376; VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, en (dir.) PÉREZ VERA. E., *Derecho Internacional privado*, Madrid, 1991, UNED, vol. I, 3ª edic., 328-329 y 396 y ss; ESPINAR VICENTE, J.M., “El proyecto de reforma ...”, *loc. cit.*, p. 381, cita 8; ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 211.

⁴⁴⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª edic, Civitas, Madrid, 1996, pp. 483 y 484.

⁴⁵⁰ “A nuestro juicio nada obsta para extender el supuesto a cualquier decisión que complementa la capacidad para cualquier “acto inscribible”, vaya o no a ser inscrito. La defensa de un criterio restrictivo (solo opera cuando se alega como fundamento de la capacidad para un acto inscribible, que se pretende inscribir), sólo consigue mantener la confusión entre el efecto probatorio y el constitutivo. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 519.

margen del *execuátur*, siempre que no se discierna la capacidad de un español que pretenda contraer matrimonio en España, ni contradiga una inscripción practicada en España, aunque afecte a extranjeros (art. 9 LRC 201), exigiendo en caso afirmativo la tramitación del procedimiento de *execuátur*⁴⁵¹.

B) Artículo 96 LRC 2011

a) El reconocimiento automático como alternativa al *execuátur* para la inscripción en el Registro Civil de sentencias extranjeras

La entrada en vigor de la nueva LRC 2011 supondrá un cambio sustancial en el tratamiento, a efectos registrales, de las decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales. De conformidad con el art. 96 LRC 2011, las sentencias y demás resoluciones extranjeras firmes o definitivas, incluidas las de jurisdicción voluntaria, dictadas por autoridades extranjeras - judiciales o no -, serán título bastante para la inscripción en el Registro Civil español sin necesidad de *execuátur*, siempre superen exitosamente las condiciones del art. 96. 2 2º LRC 2011, y cumplan además los requisitos de traducción y legalización o apostilla previstas en el art. 95 LRC 2011. De no completar alguno de estos requerimientos, incluido el *test* negativo del control de condiciones, solo cabrá la anotación registral (arts. 40.1, 40.3.5º, 92, 93 y 96.1 LRC 2011 y el art. 153 RRC)⁴⁵².

⁴⁵¹ *Vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOSOS, P., “Nota a la Res. DGRN (1ª) de 6 de noviembre de 2000”, *REDI*, 2001, vol. LIII, núms. 1 y 2, p. 538.

⁴⁵² El nuevo texto legal simplifica la clasificación de los asientos respecto de lo previsto en la legislación registral vigente, donde se habla de (inscripciones, anotaciones, indicaciones, notas marginales y cancelaciones). Concretamente, desaparecen las indicaciones y las notas marginales, y solo se contemplan las

La nueva legislación registral española opta así por un reconocimiento automático de las decisiones extranjeras con eficacia constitutiva⁴⁵³, cuando lo que se pretenda sea el acceso al Registro Civil, bien hay que destacar que en ningún caso excluye la posibilidad de seguir recurriendo al *execuátur*, previendo de hecho de manera expresa el acceso mediante inscripción en el registro de aquellas decisiones que hayan superado dicho trámite (art. 96.2 1º).

La LRC 2011, en su art. 21. 2ª atribuye a la Oficina Central del Registro Civil competencia para practicar la inscripción de documentos auténticos extranjeros, judiciales y extrajudiciales, así como de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros⁴⁵⁴. La misma Ley en su art. 24.1ª LRC 2011 atribuye igualmente competencia a las Oficinas Consulares a tal efecto. Ante esta dualidad de competencia para la inscripción, cabe ciertamente

inscripciones, anotaciones y cancelaciones (arts. 38 a 41), previéndose que, en aquellos supuestos en los que no sea posible practicar la inscripción, cabría la anotación (hechos o actos cuya inscripción no proceda por no resultar legalmente acreditado en alguno de sus extremos) o sentencia o resoluciones extranjeras que afecten al estado civil, en tanto no se obtenga el *exequátur* o el reconocimiento incidental en España). La anotación, es preciso subrayar, carece del valor probatorio que proporciona la inscripción (art. 40.1 LRC 2011), más ello no impedirá que sirva de soporte a la futura inscripción que es tipo de asiento. *Vid.* MARÍN MORATO, M., “Competencias generales del Registro Civil”, *op. cit.*, p. 235 y 236; id: “Artículo 40. Anotaciones registrales”, *op. cit.*, p. 638.

⁴⁵³Para la doctrina española ha sido un punto de especial interés determinar si las sentencias constitutivas llevan aparejado el efecto de cosa juzgada material, dados sus estrechos vínculos. En el ámbito registral, este debate plantea especial repercusión, pues en muchos casos el interés de las partes no es hacer valer el efecto de cosa juzgada material, sino el constitutivo. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional priv...*, 7ª edic., *op. cit.*, p. 206.

⁴⁵⁴*Vid.* PARRA GARCÍA, J.L., “Oficina Central del del Registro Civil”, *op. cit.*, pp. 235 y 236; id: “Artículo 40. Anotaciones registrales”, *op. cit.*, p. 382.

considerar si un ciudadano español residente en el extranjero, va a poder indistintamente instar la inscripción de la decisión de divorcio, separación o de nulidad matrimonial recaída en aquel país ante la Oficina General del Registro Civil o ante la Oficina Consular correspondiente a su demarcación⁴⁵⁵. Todo parece apuntar que se podría optar por la una o por la otra (de forma electrónica o presencial), pues con una base electrónica única se produce una desterritorialización del nuevo Registro Civil español⁴⁵⁶.

b) Requisitos para el reconocimiento automático de las decisiones colombianas sobre crisis matrimoniales

i) Firmeza, regularidad y autenticidad

De optar el interesado por el reconocimiento automático de la decisión extranjera por parte de autoridad registral competente deberá tenerse en cuenta que el art. 96.1 LRC 2011 en concordancia con el art. 27.2º de la misma Ley⁴⁵⁷, establece como presupuesto para tal reconocimiento posterior inscripción, que las decisiones extranjeras sean firmes, y de tratarse de resoluciones de

⁴⁵⁵ Esta flagrante contradicción ha quedado evidenciada por la doctrina, que española atribuyen el error a la modificación del texto inicial, que por olvido quedara en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley (art. 21), inicialmente se estableció la competencia exclusiva a la Oficina Central, pero todo parece indicar que dicha competencia será finalmente con la Oficina Consular. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J.M^a., “Algunas reflexiones sobre la ...”, *loc. cit.*, p.1 y 2; id: “Inscripción de resoluciones judiciales extranjeras”, *AEDIPr.* t. XII, 2012, p. 413; MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen autónomo de reconocimiento...”, *loc. cit.*, p. 29.

⁴⁵⁶ *Vid.* PARRA GARCÍA, J.L., “Artículo 40. Anotaciones registrales”, *op. cit.*, p. 424.

⁴⁵⁷ *Vid.* MARÍN MORATO M., “Artículo 40. Anotaciones registrales”, *op. cit.*, p. 632.

jurisdicción voluntaria, que sean definitivas⁴⁵⁸, extremos uno y otro cuya acreditación deberá llevarse a cabo de conformidad con el ordenamiento del Estado de origen de la decisión.

Una vez haya verificado la autoridad competente que la decisión extranjera cuyo acceso al Registro se pretende es firme o definitiva, deberá aquella fiscalizar el conjunto de condiciones previstas en el apartado 2º del art. 96.2 LRC 2011, y que son: a) la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

Para la prueba de la regularidad de la decisión extranjera resultará exigible: 1) que el documento que se aporte sea el resultado de la intervención de una autoridad pública, y 2) que el documento cumpla con las exigencias formales previstas en la legislación del Estado de origen⁴⁵⁹. En lo que afecta a la autenticidad, la nueva LRC 2011 no establece ninguna modificación respecto de su antecesora. Así pues, seguirá exigiéndose que el

⁴⁵⁸ Algunas resoluciones extranjeras - como los actos constitutivos de jurisdicción voluntaria - plantean el inconveniente de no alcanzar el efecto de cosa juzgada material, dada la posibilidad de poder revisarse en ulteriores recursos. A pesar de ello, la falta de firmeza no impediría el aC.c.e.so de este tipo de decisiones al Registro Civil español que, en todo caso, requerirán de aquella confirmación conforme al ordenamiento de origen (el art. 96.1 LRC 2011). De ahí que el concepto de “firmeza” sea interpretado en un sentido lato. En consecuencia, se reputarán firmes en los términos de cosa juzgada formal, siendo asimilado el concepto de “resoluciones definitivas” al de firmeza. *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras...*, *op.cit.*, p. 85-94; MARCHAL ESCALONA, N., “Comentario al art. 96 LRC”, *op. cit.*, pp. 1318 y 1319.

⁴⁵⁹ Conforme al principio *auctor regit actum*, todo documento será válido si se ajusta a la ley de la autoridad que haya intervenido en su otorgamiento. En ningún caso, se podrá exigir una absoluta identificación con los requisitos de forma del foro, bastando su equivalencia en términos amplios. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., “El proyecto de reforma integral de los registros”, *AEDIPr.*, t. XII, 2012, p. 399.

documento extranjero se encuentre debidamente legalizado⁴⁶⁰ -salvo en los supuestos en que provenga de un Estado parte del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961⁴⁶¹ y además venga acompañado en su caso de la correspondiente traducción al español o a la lengua oficial en la Comunidad Autónoma de que se trate⁴⁶².

ii) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española

El legislador, al incluir el control de esta exigencia dentro de la nueva norma registral de reconocimiento, se limita sin más a incorporar lo que viene siendo una condición impuesta por la jurisprudencia del TS español dentro del régimen autónomo de reconocimiento de decisiones extranjeras⁴⁶³. Hay que tener presente, sin embargo, que la obligación de proceder al control de la competencia de la autoridad de origen supone una novedad respecto del régimen previsto en la normativa convencional sobre reconocimiento en vigor entre España y Colombia, ya que, contrariamente a lo que sucede en un considerable número de

⁴⁶⁰ Recuérdese que la legalización tampoco será necesaria en los casos en los que resulte de aplicación cualquiera de los instrumentos convencionales vinculantes para España y que eximen de cualquier requisito legalizador.

⁴⁶¹ BOE núm. 229, de 25 de septiembre de 1978.

⁴⁶² Vid. RUEDA VALDIVIA, R. “Comentarios al art. 95”, en (dirs.) COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A., “Comentarios a la ley del Registro Civil”, Aranzadi, Thomson Reuters, 2012, pp. 1 299 -1301.

⁴⁶³ Vid. MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen...”, *loc. cit.*, p. 36 y 37, en iguales términos véase “Comentarios...”, *loc. cit.*, pp. 1322-1324; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional priv...*, 7ª edic., *op. cit.*, pp. 226.

textos convencionales bilaterales suscritos por España, el CHC no recoge este control en sus condiciones⁴⁶⁴.

Por otra parte, se debe destacar que en este punto la nueva Ley Registral introduce una significativa novedad respecto del régimen autónomo de reconocimiento, donde el control de la competencia se viene llevando a cabo a través del conocido método de bilateralización, método que, com ya se apuntara, no ha sido el más idóneo para controlar la competencia de los tribunales extranjeros, ya que los foros españoles no son los únicos razonables.

En el ámbito registral, como bien se desorende del tenor literal de la norma, no se busca una coincidencia absoluta entre los criterios de competencia de autoridades extranjeras y los previstos en la legislación española, considerándose suficientes con que aquéllas hayan fundado su competencia en criterios “equivalentes” a los contemplados en nuestra legislación⁴⁶⁵. Se trata esta última de una precisión ciertamente satisfactoria, pues, como bien es sabido puede que a través del mecanismo de la bilateralización de los foros

⁴⁶⁴ De hecho la jurisprudencia contrastada revela que el juez español se ciñe a controlar estrictamente las condiciones del convenio, de donde queda excluído este control. *Vid.* Auto del TS (Sala de lo Civil) de 24 junio 2003.

⁴⁶⁵ Sobre este punto la doctrina española no se muestra homogénea, aunque la postura mayoritaria es la de entender la competencia de las autoridades extranjeras en términos de equivalencia y no de identidad absoluta. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen...”, *loc. cit.*, p. 36 y 37; id: “Comentarios...”, *loc. cit.*, pp 1322-1324; HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción de resoluciones judiciales extranjeras”, *AEDIPr.*, t. XII, 2012, p. 424; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y HEREDIA CERVANTES, I., “AC.c.e.so a los registros españoles de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo”. *La Ley: Unión Europea*, núm. 6, julio 2013, p. 7 y nota núm. 58. Por el contra, ESPINAR VICENTE lo enfoca desde la técnica de bilateralización de foros. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., “Algunas reflexiones...”, *loc cit.*, p. 12.

de competencia directa acaben quedando excluidos foros extranjeros ciertamente justificados y razonables para la resolución del asunto⁴⁶⁶. Se trata, por tanto, de marginar la identificación absoluta entre los foros españoles y los extranjeros en términos de razonabilidad. De ahí que no quede debidamente fundamentada la denegación de la inscripción de la decisión colombiana de divorcio, separación o nulidad matrimonial, por el hecho de que la autoridad judicial colombiana hubiera fundado su competencia en un foro distinto a los previstos en la norma española, a menos que se trate de conexiones irrazonables que interesen foros exorbitantes (art. 24 CE).

Otro aspecto de interés relacionado con el control de la competencia que es preciso destacar de la nueva LEC 2011 lo constituye la exclusión que de dicho control se debe llevar a cabo en el caso de las decisiones adoptadas por autoridades extranjeras no judiciales⁴⁶⁷. Como ya se viera, el régimen de reconocimiento recogido en la nueva Ley Registral se hace extensivo a las resoluciones extranjeras pronunciadas por autoridades no judiciales⁴⁶⁸, en sintonía con la norma de cierre del apartado 3º del

⁴⁶⁶ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 367; CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2011, pp. 247-256, pp. 254-256; OREJUDO PRIETO DE LOS MOSOS, P., “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución”, en (dir.), NAVAS NAVARRO S., *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 469-471.

⁴⁶⁷ Vid. ESPINAR VICENTE, J.Mª, “El proyecto de reforma ...”, *loc. cit.*, p. 399.

⁴⁶⁸ La introducción de esta alternativa será un importante canal que ayude a superar la diversidad de interpretaciones y la heterogeneidad de soluciones en supuestos de eficacia extraterritorial de decisiones de jurisdicción voluntaria.

art. 96.2 LRC 2011⁴⁶⁹. Sin embargo, pese al dudoso acento que pone el art. 96.2º b) al control de la competencia de autoridades no judiciales, está claro que en estos supuestos el centro de la cuestión estriba en distinguir si la intervención extrajudicial consiste en un ejercicio de comprobación de la legalidad del acto con competencias para decidir “equiparables con las desarrolladas por los Jueces y Tribunales del foro”, o si se trata de una mera confirmación fedataria, donde la autoridad que resuelve carece de *ius imperii*.

Un ejemplo claro esta equiparación la encontramos en el Derecho colombiano, cuya legislación ha dotado a los notarios de competencias para disolver el matrimonio civil o para declarar la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso (Ley 962/2005), en términos similares a las desplegadas por Jueces y Tribunales españoles. Así pues, nada debería impedir el reconocimiento a efectos de inscripción en el Registro Civil español de este tipo de decisiones notariales procedentes de Colombia, de igual manera que tampoco debería plantear ningún problema la tramitación de un procedimiento de *execuátur* de estos actos cuando lo que se pretende sea la obtención un efecto vinculante ante cualquier autoridad en territorio patrio.

Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Eficacia de las resoluciones...*, *ob. cit.*, párrafos 14-24; VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil internacional*, *op. cit.*, pp. 712-713.

⁴⁶⁹Para la profesora MARCHAL ESCALONA “el término “resolución judicial” debería definirse de forma más amplia, incluyendo cualquier decisión, con independencia de cuál fuera su denominación, adoptada por una autoridad judicial –en un proceso contencioso o de jurisdicción voluntaria- o extrajudicial extranjera que tenga atribuidas, según la Ley del Estado de origen, competencias decisorias”. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen...”, *loc. cit.*, p. 31-32.

iii) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento

Siguiendo lo que es principio común a los regímenes de reconocimiento de fuente institucional, convencional y estatal, también la nueva LRC 2011, impone la exigencia de que la notificación de la decisión que se pretenda reconocer se hubiera⁴⁷⁰ llevado a cabo de forma regular y con tiempo suficiente para articular la defensa. El CHC, es cierto, no contempla de forma diferenciada esta exigencia, aunque, de igual manera que sucede con el resto de condiciones no contempladas en el texto convencional, puede decirse que queda cubierta por la vertiente procesal del orden público. En sede registral, el tratamiento de esta exigencia, no plantea ninguna particularidad, lo que implica que se podrá denegarse el reconocimiento si la parte demandada no pudo ejercitar su defensa, y, por ende, se vio vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. El control de la regularidad se llevará a cabo mediante la aplicación conjunta de la ley del Estado de origen de la decisión y de la española (Estado requerido), mientras que la temporalidad es una cuestión fáctica que dependerá de las circunstancias concretas del caso⁴⁷¹.

iv) Que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español

En virtud del art. 96 .2º c) LRC 2011, podrá denegarse el acceso al Registro Civil español de una decisión colombiana de divorcio, separación o nulidad matrimonial cuando esta resulte

⁴⁷⁰ *Vid. Supra* p. 56.

⁴⁷¹ *Vid. MARCHAL ESCALONA, N., El nuevo régimen de la notificación en el espacio...*, *op. cit.*, pp. 359-360, *id.*; “El futuro régimen...”, *loc. cit.*, pp. 29-43; *id.*; “Comentarios al art. 96 LRC...”, *loc. cit.*, 1311-1329.

manifiestamente incompatible con el orden público, es decir, si genera menoscabo a principios fundamentales e irrenunciables consagrados constitucionalmente. En el ámbito de las de crisis matrimoniales no son pocos los ejemplos de contrariedad manifiesta con nuestros valores y principios fundamentales, especialmente, aquellos que implican alguna situación de discriminación no solo respecto de los cónyuges (art. 14 CE), sino en relación con la atribución de determinados derechos respecto de los hijos, normalmente alejados de la valoración de circunstancias que coadyuvan la protección de los intereses del menor y que puedan representar la defensa de una postura discriminatoria hacia alguno de los progenitores. Tales ejemplos son de hecho frecuentes en las legislaciones latinoamericanas, tributarias de sistemas causalistas de divorcio, donde la culpabilidad de alguno de los cónyuges en el divorcio o la separación determina, no solo la posibilidad o no de disolver o relajar el vínculo matrimonial, sino también derechos alimenticios entre los cónyuges y de éstos respecto de sus hijos, así como la atribución de guarda y custodia a favor de uno u otro progenitor (ámbito éste último en el que puede ser determinante la edad o el sexo de los menores). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en ciertos ordenamientos latinoamericanos, el sistema divorcista colombiano, aunque de corte causal, muestra especial cuidado en el tratamiento de las causales de disolución o relajación del vínculo matrimonial, de forma tal que no interesen derechos fundamentales como el de igualdad, puesto que no constituye un privilegio del esposo. La única limitación para instar el divorcio o la separación deviene de la identificación de un culpable, ya que solo lo podrá instar quien no haya motivado la crisis, siendo esta una limitación que afecta por igual a ambos

cónyuges, razón por la cual no se ven afectados principios y valores protegidos por nuestra constitución (igualdad). Igual sucede en lo relacionado con la determinación de la guarda y custodia del menor y en la obligación de prestar alimentos a los hijos, pues la culpabilidad del cónyuge en la separación o en el divorcio pasa a desempeñar un papel residual, prevaleciendo en todo caso el interés del menor.

c) Repercusión de la no inclusión de la inconciliabilidad entre los requisitos para el reconocimiento automático

El control de la no contrariedad constituye un elemento común a los distintos regímenes de reconocimiento de decisiones extranjeras. La normativa institucional sobre conocimiento de decisiones, así como la inmensa mayoría de los convenios internacionales en vigor para España, lo recogen expresamente entre sus condiciones de reconocimiento⁴⁷². Y aún cuando no figura entre las condiciones expresamente contempladas en el CHC, de igual manera que tampoco se recoge como condición independiente de reconocimiento dentro del art. 954 LEC 1881, sí que es cierto que la jurisprudencia española viene rechazando por este motivo decisiones civiles extranjeras, rechazo que lleva a cabo unas veces sobre la base de la cláusula general de orden público y otras por vía hermenéutica. De ahí que resulte significativamente notorio que el legislador español haya omitido dicho control del catálogo de condiciones recogidas en el art. 96 LRC 2011. En principio, se trata de una carencia de indudable repercusión, ya que el referido control enlaza con el principio de estabilidad jurídica (art. 9 CE) y que, por

⁴⁷² *Vid.* Supra epígrafe de la inconciliabilidad, p. 36 y ss.

razones de coherencia gobierna todo el sistema español de eficacia en el Derecho español: no parece posible para nuestro sistema que una decisión extranjera que cree, modifique o extinga el estado civil, acceda al Registro civil español existiendo ya en el foro una decisión que afecte a las mismas partes y sobre el mismo objeto. En cualquier caso, aún partiendo de lo injustificado de la ausencia de este control entre los requisitos de reconocimiento previstos por el art. 96 LRC 2011, hay que reconocer que sus secuelas son más aparentes que reales, si tomamos en consideración que en la propia Ley encontramos respuesta a este control. Quizás en el art. 30.2.II LRC se halle la razón de porqué el legislador ha descuidado esta exigencia a efectos de inscripción de decisiones extranjeras en el Registro Civil español. Según esta norma, el operador registral queda obligado a contrastar la situación externa sometida a su calificación con los asientos practicados. Sin embargo, a pesar de que bajo la cobertura del art. 30.2.II LRC 2011 esta deuda normativa queda saldada con total garantía, no se explica su ausencia dentro la batería de controles previstos en la nueva norma registral española.

En el reconocimiento automático a efectos de inscripción, los supuestos de inconciliabilidad de la decisión extranjera de divorcio, separación o nulidad matrimonial se manifiestan de manera muy similar a como acontece en el ámbito del reconocimiento a título principal, aunque con algunas matizaciones importantes.

En el ámbito registral, el valor de la eficacia probatoria de la inscripción (art. 17 de LRC 2011), unida a la presunción de exactitud (art. 16 LRC 2011), derivan del principio de legalidad (art.

13 LRC 2011)⁴⁷³. Para garantizarlo, la nueva Ley Registral impone al Encargado del Registro Civil la obligación de velar por que exista concordancia entre los datos inscritos y la realidad extraregstral (arts. 27, 28, 30 y 31 LRC 2012)⁴⁷⁴. Tal coincidencia se presume⁴⁷⁵, de forma tal que, si los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos, hasta tanto no sean rectificadlos o cancelados, constan como realidad a efectos registrales. De ahí que haya de tenerse en cuenta que, en esta sede, la inconciliabilidad se constata únicamente frente a inscripciones anteriores excluyentes de la extranjera cuya inscripción se solicita, pero nunca frente a decisiones dictadas en el foro que por alguna razón no hayan accedido al Registro Civil⁴⁷⁶, si bien de suscitarse tal supuesto⁴⁷⁷ y

⁴⁷³ Según F. LUCES GIL, la eficacia probatoria de los asientos registrales es una consecuencia de la presunción de exactitud de los hechos inscritos que deriva de la fe pública registral. LUCES, GIL, F., *Lecciones sobre el Registro Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 110.

⁴⁷⁴ La concordancia ente el Registro y la realidad implica una triple coincidencia: integridad, exactitud y legalidad en el Registro. *Vid.* LUCES, GIL, F., *Lecciones prácticas sobre el Registro civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1993, p. 38.

⁴⁷⁵ Presunción de exactitud contemplada en el art. 16 LRC 2011, en relación con el art. 57 LRJAP “los actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que si dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

⁴⁷⁶ “Pero, también puede suceder que la sentencia española -que resulte incompatible con la resolución judicial extranjera- no esté inscrita, y que no exista oposición alguna al reconocimiento automático de la misma. En tal caso, el Encargado del Registro Civil podría dictar una resolución reconociendo —si cumple el resto de las condiciones analizadas— en España la eficacia de dicha decisión, incluso, en el caso de que aquélla resulte incompatible con una española. Es evidente que la operatividad real, si se hubiera incluido la «inconciliabilidad» de decisiones como motivo de denegación de reconocimiento, podría ser escasa por sus específicas condiciones de aplicación. No obstante, ello no empee la conveniencia y la necesidad de su inclusión en este catálogo de condiciones”. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen...”, *loc. cit.*, p 39 y “Comentario...”, *loc. cit.*, pp. 1327 y 1328.

conseguir la sentencia extranjera su inscripción en el Registro Civil, nada debería impedir su impugnación ante la jurisdicción civil correspondiente, con la consecuente rectificación, si procede, de la inscripción practicada (art. 16.3 LRC 2011)⁴⁷⁸.

A nuestro juicio, la decisión dictada por autoridades locales que, por cualquier motivo, no reza inscrita en Registro Civil español es una circunstancia inocua a la hora de impedir la inscripción de una decisión extranjera de divorcio, separación o nulidad matrimonial⁴⁷⁹. La razón es muy simple: en tales casos, la autoridad registral se enfrenta a un hecho desconocido y de imposible constatación, pues no consta como una realidad a efectos registrales. Está claro que no es función del Encargado del Registro Civil indagar si existe o no en el foro alguna decisión sobre el mismo asunto y entre las mismas partes que contravenga la decisión extranjera cuya inscripción se pretende. De ahí que no sea posible basar la denegación del reconocimiento de la decisión extranjera, a

⁴⁷⁷ Posibilidad que queda minimizada, si no eliminada, con la implantación del Registro Civil electrónico. Ténganse presente que el artículo 61 LRC 2011, en relación con la inscripción de la separación, nulidad y divorcio, dispone que “El secretario judicial del Juzgado o Tribunal que hubiera dictado la resolución judicial firme de separación, nulidad o divorcio deberá remitir por medios electrónicos testimonio de la misma a la Oficina del Registro Civil, la cual practicará de forma inmediata la correspondiente inscripción. Las resoluciones judiciales que resuelvan la nulidad, separación y divorcio podrán ser objeto de anotación hasta que adquieran firmeza. Las resoluciones sobre disolución de matrimonio canónico, dictadas por autoridad eclesiástica reconocida, se inscribirán si cumplen los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico”.

⁴⁷⁸ De ahí que no compartamos el planteamiento sostenido por la profesora MARCHAL ESCALONA, quien advierte del peligro que conlleva la ausencia en situaciones intermedias a la inscripción, esto es, desde que se dicta la decisión española hasta accede de al Registro Civil si en el ínterin la decisión extranjera de divorcio, separación o nulidad accede al Registro Civil español a través de la inscripción *Vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen...”, *op. cit.*, p. 39 y “Comentario...”, *op. cit.*, pp. 1327 y 1328.

⁴⁷⁹ *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción...”, *loc. cit.*, pp. 427- 428.

menos que la parte afectada por la inscripción acredite su existencia de manera indubitada⁴⁸⁰.

Otra cosa es que a estos efectos, pueda resultar particularmente interesante la publicidad abierta a través de la anotación registral contemplada en el art. 61 párrafo primero *in fine* LRC 2011, y conforme al cual se introduce la posibilidad de practicar la anotación de la decisión judicial de divorcio, separación o de nulidad matrimonial que no haya alcanzado aún su firmeza⁴⁸¹. La anotación registral resulta de extraordinaria utilidad por su valor informativo, ya que resulta un hecho constatable por la autoridad registral que podría llegar a impedir la inscripción de una decisión extranjera si resultara contradictoria con la adoptada en España y que todavía no es firme. En este sentido, a diferencia de lo ya apuntado respecto de decisiones que no hayan accedido aún al Registro Civil español a través de la inscripción, se trata de un hecho que consta para la autoridad registral requerida y que tendría que valorar a la hora de decidir la suerte de la inscripción de la decisión extranjera solicitada. Por lo demás, a diferencia de la inscripción cuya inmediatez queda garantizada con la comunicación de oficio por el Secretario del Juzgado o el Tribunal vía telemática, la anotación de la decisión que no es firme será tramitada a instancia de los interesados⁴⁸².

⁴⁸⁰ Téngase en cuenta que la inscripción del divorcio, la separación y la nulidad matrimonial es un eficaz medio de prueba del estado civil de las personas que no admite otros medios, a menos que se haya instado su rectificación. *Vid.* DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., “Comentario al art. 76 LRC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1996.

⁴⁸¹ “Las resoluciones judiciales que resuelvan sobre nulidad, separación y divorcio podrán ser objeto de anotación hasta que adquieran firmeza”.

⁴⁸² *Vid.* SERNA MEROÑO, E., “Comentario al art. 61”, *op. cit.*, pp. 903-905.

En sede registral la función de la autoridad competente se ciñe a verificar si los actos derivados de la actuación administrativa o judicial extranjera cuya inscripción se interpela, cumplen los requisitos exigidos por la Ley para acceder al Registro civil. De ahí que la doctrina española considere que la calificación⁴⁸³ de las decisiones extranjeras por el Encargado del Registro Civil transita por dos importantes fases. Una primera que servirá para verificar si se cumplen los requisitos que la ley ordena para su inscripción (los del art. 96 LRC 2011). Y una segunda fase, en la que la autoridad registral examinará la posible existencia de algún impedimento registral que paralice el acceso de la decisión extranjera como título inscribible en el Registro Civil español⁴⁸⁴, atendiendo para ello a la información que obra en el propio registro, sin tener en cuenta ningún dato extrarregistral⁴⁸⁵. En esta sede, el Encargado del Registro Civil, fiscaliza las condiciones del art. 96 LRC 2011, de cuya comprobación resulta -conforme las funciones que despliega la autoridad registral española- la inscripción o anotación de la decisión extranjera de divorcio, separación o nulidad matrimonial

⁴⁸³ La calificación sobre los asientos del Registro debe entenderse que recae sobre los obstáculos que surgen del Registro como, por ejemplo, la existencia de un asiento relativo a un hecho incompatible con el que se pretende inscribir. *Vid.* PÉREZ MONJE, M., “Comentario al art. 30”, *op. cit.*, p. 523; PERÉ RALUY, J., *Derecho del Registro civil*, t. I, Aguilar, Madrid, 1962, pp. 302 y 303; LUCES GIL, F. *Derecho Registral*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 50-52; RODRÍGUEZ GAYÁN, E. M., *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 148-155.

⁴⁸⁴ El autor enfatiza en la necesidad de tener en cuenta que las normas del Título X no son las únicas a tener en cuenta por el Encargado del Registro Civil para permitir el aC.c.e.so de los documentos extranjeros como título que puede gozar de publicidad registral. Dicho reconocimiento, reitera, supone un tratamiento análogo al de los documentos públicos españoles, y como tal han de quedar sujetos a las normas internas sobre calificación de documentos judiciales y extrajudiciales (art. 30.2º.II LRC 2011). *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción...”, *loc. cit.*, p. 418.

⁴⁸⁵ *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción...”, *loc. cit.*, pp. 417-419.

en el Registro Civil dentro de estos concretos límites⁴⁸⁶, y del que quedan marginados los principios de audiencia, contradicción y aportación probatoria⁴⁸⁷.

Los posibles supuestos de inconciliabilidad en el ámbito contrao de las crisis matrimoniales son varios, tal y como se vió en su fue tratado. Así, no se podría inscribir una decisión colombiana de separación de existir una sentencia de separación, divorcio o de nulidad inscrita o anotada en el Registro Civil español. De igual manera que tampoco se podría practicar la inscripción de la decisión colombiana divorcio de constar ya otra de divorcio o de nulidad. En cambio, sí podrá acceder al Registro Civil español la sentencia de divorcio colombiana de existir otra de separación previamente inscrita o anotada, pues, como ya se viera, el ordenamiento español no impide el posterior proceso de divorcio entre los cónyuges separados. Lo mismo modo sucedería de instarse la inscripción de una decisión colombiana de nulidad matrimonial existiendo un previo asiento de una sentencia de divorcio o de separación en el Registro Civil español⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 706.

⁴⁸⁷ *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción...”, *loc. cit.*, pp. 427-429.

⁴⁸⁸ Sobre la aplicación de esta exigencia en el ámbito del Reglamento 1347/2000 a efectos del inscripción. *Vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M. “Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del Reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002”, *La ley*, año XXIV, núm. 5715, t.I, pp. 1629-1636; GONZALO QUIROGA, M., “La reforma de Bruselas II: aspectos prácticos sobre su aplicación en el marco del reconocimiento y ejecución”, en CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Práctica procesal civil internacional*, 2001, Comares, Granada, pp. 482-484.

Finalmente, cabe precisar que, en el ámbito registral, la doctrina sostiene que la contradicción se produce, no solo respecto de los asientos ya practicados, sino también cuando lo impiden la propias exigencias registrales. Según estipula el art. 5 LRC 2011, “cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil, y demás circunstancias en los términos de la presente Ley. El registro individual se abrirá con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique. En dicho registro se inscribirán y anotarán, continuada, sucesiva y cronológicamente todos los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil”. Así pues, que no sería posible la inscripción momentánea de una sentencia extranjera de divorcio si no consta inscrito el matrimonio en el Registro Civil por falta del asiento base o soporte⁴⁸⁹, ya que, de hacerlo ello constituiría una vulneración del principio de tracto sucesivo⁴⁹⁰. No obstante, consideramos que en estos casos no estamos ante un supuesto de inconciliabilidad propiamente dicho, sino ante un impedimento registral para la práctica de la inscripción extranjera de divorcio. En cualquier caso, y de conformidad con lo establecido en el art. 40 LRC⁴⁹¹, ante la imposibilidad de practicar la

⁴⁸⁹ *Vid.* MARÍN MORATO, M., “Competencias...”, *loc. cit.*, p. 235 y 236.

⁴⁹⁰ *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción...”, *loc. cit.*, pp. 419 y 427, concretamente la nota 24; PÉREZ MONJE, M., “Comentario al art. 30”, en COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA A. (dirs.), “*Comentarios a la ley del Registro Civil*”, Aranzadi, Thomson Reuters, 2012, p. 523; MARÍN MORATO, M., “Competencias...”, *op. cit.*, p. 235.

⁴⁹¹ Entre los hechos y actos susceptibles de anotación relacionados por el art. 40 LRC 2011 se encuentran: “La sentencia o resolución extranjera que afecte al estado civil, en tanto no se obtenga el exequátur o el reconocimiento incidental en España”. (apartado 5); así como: “La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el tribunal correspondiente”. (apartado 6).

inscripción, queda vierta posibilidad de ejecutar la anotación de la decisión extranjera hasta tanto se complen las exigencias legales para la posterior inscripción⁴⁹².

d) Mecanismos de defensa en caso de denegación del reconocimiento

La LRC 2011 en su art. 96.2.2º *in fine*, dispone: “Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados⁴⁹³ podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley”.

En términos literales, esta norma reconoce como sujetos legitimados para recurrir lo decidido por la autoridad registral tanto a los interesados como a los afectados, contemplando dos posibles vías para que éstos canalicen su inconformidad con la resolución por la que se admita o deniegue la inscripción de la decisión extranjera: 1) el *exequátur* ante el Juez de Primera Instancia

⁴⁹² *Vid.* MARÍN MORATO, M., “Competencias...”, *op. cit.*, p. 235 y 236.

⁴⁹³ Por afectado se entiende cualquier persona vinculada a la afectación de un derecho o interés legítimo. Y ello en armonía con las previsiones del art. 42 LRC 2011, donde se establece la legitimidad de los sujetos para recurrir. De esta forma se identifican como legitimados para promover las inscripciones ante el Registro Civil español: los designados en cada caso por ley y aquéllos a quienes se refiere el hecho inscribible (herederos o representantes). Asimismo, según el art. 31 LRJ-PAC, se considera como “interesados en el procedimiento” no solo los que los promueven como titulares de derechos individuales o colectivos, sino también los que sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la resolución y se personen en tanto no haya recaído resolución definitiva. En relación con estos sujetos la propia LRJ-PAC establece en su art. 34 la obligación de identificarlos y comunicarles de la existencia de un procedimiento. *Vid.* GARCÍA SAURA, P. J., “Recursos contra las decisiones adoptadas por los Encargados de los Oficinas del Registro Civil”, *op. cit.*, pp. 1 188-1 189.

competente, y 2) mediante el recurso de alzada ante DGRN. Sin embargo, la vaga formulación de esta norma plantea al intérprete diversas lecturas.

En primer lugar, es de destacar que, cuando la norma se remite a diferentes autoridades —administrativa (recurso ante la DGRN) o judicial (procedimiento de *execuátur*)- para conocer de la disconformidad con la resolución del Encargado del Registro Civil admitiendo o denegando la inscripción de la decisión extranjera, lo hace con carácter concurrente⁴⁹⁴ y genérico, no delimitando la procedencia del recurso a una u otra autoridad en atención al sujeto afectado por la resolución. Esta circunstancia propicia que la distinta naturaleza de ambos procedimientos plantee a los eventuales recurrentes ciertas dudas sobre la posibilidad de elegir una u otra de las opciones propuestas a efectos de impugnar lo resuelto por la autoridad registral. Entre otras razones, porque los “interesados o afectados” por la resolución dictada por la autoridad registral no disponen de los mismos mecanismos de defensa⁴⁹⁵. Así, contra la resolución denegatoria de la inscripción de la decisión extranjera, la parte o partes interesadas podrían elegir entre el

⁴⁹⁴ La posibilidad de acudir a una u otra vía, se infiere claramente de la utilización de la preposición disyuntiva “o”.

⁴⁹⁵ A diferencia de lo que MARCHAL ESCALONA reconoce cuando afirma: “Si el Encargado del Registro Civil dicta una resolución por la que se reconoce una decisión judicial extranjera —dictada en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria— o una reconociendo o denegando una resolución dictada por una autoridad extrajudicial extranjera —siempre que verse sobre una materia cuya competencia es atribuida en España a autoridades españolas—, las partes tendrán a su disposición dos vías de defensa: la administrativa —ante la DGRN— y la judicial —procedimiento de *exequátur*—. que las partes tienen dos vías para canalizar su disconformidad con la resolución adoptada por el Encargado del Registro civil. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen...”, *loc. cit.*, p 38 y 39 y “Comentario...”, *loc. cit.*, p.1328.

recurso de alzada ante la DGRN, o iniciar ante el Juez de Primera instancia competente el procedimiento de *execuátur*. Pero, si la resolución es estimatoria de la inscripción, conforme a esta estipulación, los afectados podrían únicamente optar por la interposición del recurso de alzada ante la DGRN, toda vez que el régimen de eficacia extraterritorial español no admite la resolución negativa del *execuátur*⁴⁹⁶.

A la vista de estas premisas surge la segunda cuestión en torno a esta norma, y es la de precisar el papel de la DGRN en ambas situaciones. Si bien en el primer caso, es decir, cuando la inscripción es denegada y la parte interesada recurre en alzada no habría nada que objetar a la intervención de la DGRN, no ocurre lo mismo si son los afectados quienes cuestionan la resolución que autoriza el acceso al Registro civil español de la decisión extranjera⁴⁹⁷, ya que la participación del Centro Directivo en este supuesto resulta más cuestionable. Precisamente la resolución de este punto será la que nos haga detenernos en la norma, adelantando las consecuencias que puede generar el que, en esta sede, la DGRN conozca a través del recurso de alzada de la oposición por una de las partes a la inscripción.

⁴⁹⁶ Véase epígrafe anterior.

⁴⁹⁷ Según J. M. ESPINAR VICENTE “ahí estriba la confusión entre los efectos constitutivos de una inscripción y los de una sentencia. Y es que, en ningún caso la inscripción supone un acto decisorio, sino la culminación de un expediente comprobatorio. La norma actúa automáticamente ante un hecho que el Encargado del Registro comprueba. Pero lo establecido en la sentencia, no participa de esta naturaleza. Constituye un mandato del poder del Estado”. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., “Algunas reflexiones...”, *loc. cit.*, p. 8.

Las competencias que la DGRN posee para resolver en alzada las resoluciones dictadas por el Encargo del Registro civil⁴⁹⁸ son incuestionables tanto si es el interesado quien recurre la resolución adoptada por el Encargado del Registro Civil como si es el afectado. Pero si bien su intervención no se cuestiona en supuestos que afectan la culminación de un expediente gubernativo respecto a decisiones extranjeras -judiciales o no- que pretendan su acceso al Registro Civil, las consecuencias son esencialmente distintas, debido a que estas decisiones contienen un mandato de obligatorio cumplimiento para la autoridad registral, que solo podría verse rechazado de no darse los presupuestos exigidos por el art. 96 LRC 2011⁴⁹⁹. La nueva Ley reconoce que las resoluciones judiciales firmes son títulos suficientes para inscribir el hecho o acto que constituyen o declaran, y si contradicen hechos ya inscritos, cabe, incluso, la correspondiente rectificación (arts. 4.7 y 27.2 LRC 2011). El alcance de esta norma es igualmente aplicable a las decisiones dictadas por autoridades extranjeras -judiciales o no-, cuya competencia corresponda -según el Derecho español- al conocimiento de Jueces y Tribunales. La diferencia radica en que la inscripción de este tipo de decisiones quedará condicionada a la superación del conjunto de exigencias previstas en el art. 96 LEC

⁴⁹⁸ Función claramente establecida en el art. 26.4 LRC 2011 (“4.ª Resolver los recursos legalmente previstos y atender las consultas que se planteen acerca de la interpretación y ejecución de la legislación en materia de Registro Civil.”)

⁴⁹⁹ Su intervención aquí se reduce supervisar las cuestiones relacionadas con la falta de presupuestos para reconocimiento automático o incidental de la decisión extranjera (art. 358 RRC: “Si el fallo recurrido se hubiera limitado a declarar la falta de presupuestos del procedimiento y tal falta no fuera apreciada, el órgano decisor podrá resolver por sí la cuestión de fondo o devolver las actuaciones. De apreciarse falta de presupuesto o la omisión de un trámite esencial, el órgano decisor podrá, bien reponer las actuaciones, o bien una vez subsanado aquel defecto en la tramitación misma del recurso, resolver ya sobre el fondo”).

2011, cuya concurrencia deberá el Encargado del Registro Civil controlar antes de decidir la procedencia o no de la inscripción. Superado este *test*, la decisión extranjera se encontrará en condiciones de provocar en este ámbito las mismas consecuencias (no los mismos efectos) que las decisiones dictadas por tribunales españoles, a decir, su inscripción, y, en su caso, de proceder, la rectificación del asiento contradictorio⁵⁰⁰. Ahora bien, si estos controles resultan negativos, nada parece desaprobar que el Centro Directivo reconsidere en alzada lo resuelto por el Encargado del Registro Civil acerca del cumplimiento o no de los presupuestos del art. 96 LRC 2011, y en concordancia autorice la inscripción de la decisión extranjera. Hasta aquí no se advierte ningún elemento perturbador ajeno al interesado que obstaculice el reconocimiento automático de la decisión extranjera. En cambio, si la resolución adoptada por el Encargado del Registro Civil resulta estimatoria de la inscripción y los afectados se oponen a la misma, se estará en presencia de un juicio de contradicción impropio de este ámbito y, por consiguiente, de este tipo de recursos ante la DGRN.

El recurso de alzada ante la DGRN está pensado como mecanismo de defensa frente a lo resuelto por el Encargado del Registro Civil en el marco de un expediente registral y a través de un procedimiento. Pero, la autoridad registral en ninguna de sus instancias resuelve una contienda, sino que califica una situación jurídica, y en tal sentido actúa como garante del cumplimiento de las condiciones generales impuestas por el legislador como presupuesto para generar el efecto jurídico pretendido por el o los

⁵⁰⁰ “Cuando se impugnen judicialmente los actos y hechos inscritos en el Registro Civil, deberá instarse la rectificación del asiento correspondiente”. (art. 16.3 LEC 2011).

interesados, en este caso, la inscripción⁵⁰¹. Choca, por tanto, que el Centro Directivo pueda intervenir, en caso de oposición del o de los afectados por la resolución que autoriza la inscripción⁵⁰², dado que lo característico de este tipo de expedientes o procedimientos es la carencia de contradicción, apertura probatoria y audiencia de las partes⁵⁰³. Y la oposición convierte el proceso en contradictorio. De ahí que consideremos que la intervención de la DGRN en estos casos comportaría una extralimitación de sus competencias. En cualquier caso, no podemos desconocer que, al abrigo del actual panorama normativo español, una interpretación en este sentido dejaría a los eventuales afectados por la resolución que autoriza la inscripción sin alternativa de defensa, pues tras ser ratificada la práctica de la inscripción de la decisión extranjera por la DGRN, solo cabría la impugnación de la inscripción ante la jurisdicción civil, y el recurso de alzada se erige en presupuesto procesal ineludible de este procedimiento⁵⁰⁴. Además, el régimen de eficacia

⁵⁰¹ *Vid.* MARTÍN MATEO, R. y Díez SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson Aranzadi, Navarra, edic. 28ª, 2009, p. 312.

⁵⁰² La Instrucción de la DGRN 7 de febrero de 2007, explicita con claridad que los expedientes del Registro Civil no tienen naturaleza administrativa, por afectar el Derecho privado. Y ello con independencia de la ampliación de las competencias de las autoridades registrales sobre determinadas materias conforme a la actual regulación. En los procedimientos administrativos, en cambio, el órgano administrativo resulta competente para resolver conflictos entre las partes, lo cual no ofrece dudas sobre sus competencias en caso de oposición (art. 31 LRJAP).

⁵⁰³ *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción...”, *loc. cit.*, p. 428.

⁵⁰⁴ Una importante novedad de la nueva Ley Registral ha sido la de fijar con carácter general el orden jurisdiccional civil como el cauce para impugnar las resoluciones dictadas por la DGRN en materia civil derivadas de la aplicación del art. 87 LRC 2011, excepto las relativas a la atribución de la nacionalidad española por residencia, que siguen siendo del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa. En tales supuestos será competente el Juez de Primera instancia del domicilio del recurrente a través del procedimiento del art. 781 *bis* LEC. Pese a que la modificación introducida por la Disposición

estatal de eficacia de resoluciones extranjeras vigente en España impide al afectado instar el no reconocimiento de una decisión extranjera⁵⁰⁵, aunque, como inmediatamente veremos, esta consecuencia es solo artificial.

A estas dificultades habría que añadir la presencia de otra norma en la propia ley que contradice: el art. art. 85.2º LRC 2011⁵⁰⁶. Según este último, “En el caso de denegación de inscripción de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras cuya competencia corresponde a la Oficina Central del Registro Civil, el

final cuarta de la LRC 2011 a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil no confirma que el recurso de alzada ante la DGRN sea “presupuesto procesal ineludible” para acudir a la jurisdicción contenciosa civil, sin embargo, se infiere de la propia dicción de la norma, al establecer a tal efecto el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución de la DGRN. El nuevo artículo 781 *bis* LEC tiene la siguiente redacción:

1. La oposición a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil, a excepción de las dictadas en materia de nacionalidad por residencia, podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación, sin que sea necesaria la formulación de reclamación administrativa previa.
2. Quien pretenda oponerse a las resoluciones presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.
3. El secretario judicial reclamará a la Dirección General de los Registros y del Notariado un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.
4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el secretario judicial emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753.”

⁵⁰⁵ No hay que olvidar que el Reglamento “Bruselas II *bis*” sí que contempla la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda instar el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución (art. 21.3º). Esto vendría a corroborar la idea de que el afectado por la resolución del Encargado del Registro Civil no dispone de iguales garantías que los interesados, cuestión que quedaría resuelta de abrirse la posibilidad de optar por el *execuatur* negativo de la decisión.

⁵⁰⁶ Este artículo se suma a la larga lista de incoherencias jurídicas de la nueva Ley atribuidas al descuido del legislador.

interesado sólo podrá instar procedimiento judicial de *execuátur*⁵⁰⁷. El problema que plantea esta norma⁵⁰⁸ es que está condicionada por la tradicional postura mantenida en el régimen autónomo de validez de decisiones extranjeras que impide el “no reconocimiento” o “reconocimiento negativo” de una decisión dentro de un procedimiento *execuátur*. No obstante, hay que reconocer que pese a esta desigualdad, el efecto negativo de esta norma puede verse atenuado parcialmente, si la parte interesada acude al reconocimiento a título principal de una decisión, ya que de esta forma proporcionará al oponente, aunque indirectamente, el goce de todas las garantías que genera un proceso de homologación de la decisión extranjera como es el *execuátur*. Lo que está claro es que el afectado jamás podrá instar un *execuátur* negativo de una decisión extranjera si la autoridad registral autoriza la inscripción de la misma.

La repercusión práctica de cuanto se acaba de exponer es de fácil vaticinio. La doctrina ya ha dado cuenta de ello con diversas

⁵⁰⁷ Esta dicotomía tiene su origen en los antecedentes normativos de la Ley. Según el art. 85.2º del Anteproyecto la denegación de la inscripción solo podía recurrirse ante las autoridades judiciales en procedimiento de *execuátur*, al que se sumaría no solo el derecho del interesado en la inscripción de la decisión extranjera, sino también la posibilidad del afectado de instar la resolución negativa del *execuátur*. La falta de aceptación de esta previsión introdujo cambios en el art. 96.2º del Proyecto de Ley, incorporándose la posibilidad de recurso ante DGRN, mientras el art. 85.2º permaneció invariable. La Ley finalmente se aprobó con la inclusión por parte del art. 96 de ambas alternativas, sin que el régimen general de recursos del art. 85 se viera modificado. Este nuevo cerró con saldo negativo el balance sobre los mecanismos de defensa frente a la resolución dictada por la autoridad registral, al consagrar el *execuátur* como una única alternativa contra la resolución registral, frente a las dos que autoriza el art- 96.2º. *Vid.* HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción...”, *loc. cit.*, p. 439 y 440, e Informe del Consejo Fiscal del Anteproyecto de Ley, especialmente, p. 56 (nota 45).

⁵⁰⁸ Que además olvida que la Oficina Consular es también la autoridad competente a efectos de inscripción.

variables interpretativas, ninguna de ellas coincidente entre sí, incluida la nuestra⁵⁰⁹. Con todo, el análisis independiente de sendas normas converge en las consecuencias negativas para los afectados con la inscripción, al tiempo que impide la correcta comprensión del reconocimiento automático de la decisión extranjera en sede registral, en tanto que de su lectura conjunta derivan evidentes exclusiones.

⁵⁰⁹ Para MARCHAL ESCALONA: “Si el Encargado del Registro Civil dicta una resolución por la que se reconoce una decisión judicial extranjera -dictada en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria- o una reconociendo o denegando una resolución dictada por una autoridad extrajudicial extranjera -siempre que verse sobre una materia cuya competencia es atribuida en España a autoridades españolas-, las partes tendrán a su disposición dos vías de defensa: la administrativa -ante la DGRN - y la judicial -procedimiento de exequátur-. Ahora bien, si lo que dicta es una resolución denegando el reconocimiento de una resolución judicial extranjera, ¿de qué opciones de defensa disponen las partes afectadas? Las que establece el art. 96 LRC 2011 (DGRN o exequátur) o sólo el exequátur al que hace referencia el art. 85.2.º LRC 2011”. (MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen...”, *loc. cit.*, p. 38). Por su parte, para I. HEREDIA CERVANTES “(...) la lectura conjunta de los arts. 96.2º y 85.2º parece permitir una doble interpretación. Según la primera, habría que diferenciar entre aquellos supuestos en los que se deniegue el reconocimiento incidental y aquellos en los que se conceda. En el primer caso quien pretendiera la inscripción debería acudir al exequátur. En el segundo cabría entender que se podría optar por acudir a exequátur (se supone que esta opción la haría efectiva quien pretendiese la inscripción de la resolución decidiera obtener una resolución con fuerza de cosa juzgada) o a la interposición de un recurso ante la DGRN (cabe entender que por parte de quien se opone a la inscripción). Por el contrario, otra lectura conjunta de ambos preceptos permitiría entender que la función del art. 96 sería simplemente la de enumerar las dos alternativas procesales admisibles frente a la resolución del Encargado del Registro y que el art. 85.2º se encargaría de identificar cuál de ellas sería la que debería utilizarse en atención al sentido de dicha resolución”. (HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción...”, *loc. cit.*, p. 427). Sin embargo, en opinión de J. M. ESPINAR VICENTE “Hemos de suponer que la conjunción disyuntiva utilizada no tiene, en este contexto, el carácter alternativo que aparenta. Ha de interpretarse que lo que dice es que contra la denegación de la inscripción de una sentencia procede el exequátur; y que contra la denegación de una resolución emanada de la jurisdicción voluntaria puede interponerse cualquiera de los recursos establecidos en el art. 86 de la Ley registral. Pero aún así no se entiende bien. Si la sentencia puede inscribirse tras la obtención del exequátur, o se obtiene el exequátur o no puede inscribirse. Por lo tanto, el exequátur no puede constituir nunca un recurso”. (ESPINAR VICENTE, J. M., “El proyecto de reforma...”, *loc. cit.*, p. 406).

Llegados a este punto cabría preguntarse qué mecanismo de defensa frente a la resolución del Encargado del Registro civil concediendo la inscripción de la decisión extranjera de divorcio, separación o nulidad matrimonial resultaría más conveniente ¿Permitir el *execuátur* negativo de la decisión extranjera o admitir que la DGRN conozca en caso de oposición, y, por esta vía, el afectado pueda impugnar la inscripción de la decisión extranjera ante la jurisdicción contenciosa civil, desviando el reconocimiento incidental hacia un proceso de otra naturaleza? Todo parece apuntar a que introducir el no reconocimiento de la decisión extranjera a través del *execuátur* constituye la salida más técnica y efectiva para la resolución de estos conflictos. Ello implicaría, además del efecto de cosa juzgada y vinculante ante cualquier autoridad española, una única instancia para sellar cualquier vicisitud en torno al reconocimiento de la decisión extranjera en causas matrimoniales y la práctica de su inscripción. Asimismo con esta fórmula se evitaría que la DGRN conociera en alzada en caso de oposición, al tiempo que situaría en igualdad de condiciones a los interesados y afectados por la resolución acordada por el Encargado del Registro Civil.

Para conseguir una articulación coherente con esta idea, la solución expuesta pasaría en todo caso por un cambio radical en el sistema autónomo de reconocimiento de decisiones extranjeras, contrario en la actualidad a una posible demanda negativa de *execuátur*⁵¹⁰. Tal propósito, además de deseable, sería de fácil

⁵¹⁰ *Vid.* Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley del Registro Civil y de anteproyecto de ley orgánica, complementaria de la Ley del Registro Civil, por la que se modifica la ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de 13 de abril de 2010, emitido por Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado y Presidente del Consejo Fiscal, pp. 57 y 58.

consecución si se siguen las pautas trazadas por el Reglamento “Bruselas II *bis*”. Bastaría con extender el planteamiento acogido en este último, en concreto, en su art. 22. 1, 2 y 3, especialmente el apartado 3, donde se permite a las partes instar ante los Tribunales de Primera Instancia el no reconocimiento de una resolución, incorporando definitivamente tal posibilidad en el régimen autónomo de validez registral⁵¹¹.

Para finalizar, no queremos pasar por alto el hecho de que el art. 96.2º *in fine* LRC 2011 instaure por la vía “de los recursos” la alternativa al procedimiento de *execuátur*, pues cuando el legislador afirma que: “Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y afectados podría solicitar el *execuátur* de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado ...”, está reconociendo erróneamente que contra la resolución del Encargado del Registro Civil cabe interponer el *execuátur*, cuando lo único “que cabe interponer” contra la resolución gubernativa es el recurso de alzada. El *execuátur* no es técnicamente un recurso, ni una vía para impugnar la resolución adoptada por la autoridad registral, sino un procedimiento autónomo al que las partes podrán acudir fuera e independientemente del recurso gubernativo y de que la norma registral lo estipule o no. Además, es importante advertir que la remisión que el art. 96.2º.1 hace a las normas de validez de origen autónomo contemplado en la LEC de 1881 como alternativa al reconocimiento de la decisión extranjera, no se ha de confundir con

⁵¹¹ A pesar de todo, una idea queda clara, y es, la de impedir la intervención del Centro Directivo en caso de oposición a la inscripción por exceder sus competencias. Pero de tomar partido por alguna de ellas, la menos nociva es la del art. 85. 2º RRC.

los supuestos en que los interesados, ante una resolución denegatoria por parte del Encargado del Registro Civil, y sobre la base del art. 96.2º *in fine*, optan por el *execuátur*. Este dato, aunque pueda parecer inocuo a la luz de una norma de origen estatal, como es la nueva Ley registral, no lo es, sin embargo, si el recurso al *execuátur* tiene lugar en relación con decisiones de divorcio, separación o nulidad matrimonial dictadas por autoridades judiciales o notariales de países con los que existe un régimen convencional de reconocimiento, como sucede con las decisiones colombianas que por algún motivo se hayan visto rechazadas en sede registral. En tales casos, aun cuando el reconocimiento a título principal tenga su origen en una resolución denegatoria derivada de ámbito registral, a estos efectos (cosa juzgada o ejecutivo) el régimen convencional hispano-colombiano prevalece sobre el régimen autónomo de eficacia, si bien no hay que olvidar, como se apuntara anteriormente, que en estos casos, la opción por el reconocimiento incidental en sede registral deriva de una vía de atribución de efectos claramente más beneficiosa al reconocimiento, no contemplada en el CHC, en base al principio de *favor recognitionis*.

e) Art. 96 LRC 2011 V. art. 84.1 RRC.

A pesar de la indiscutible novedad que supone la introducción del reconocimiento automático de decisiones extranjeras en el art. 96 LRC 2011, debemos destacar el limitado alcance que presenta la nueva norma registral. El art. 96 LRC 2011 afectará únicamente en aquellos supuestos en que se pretenda la inscripción de la decisión extranjera en el Registro Civil español, por lo que no tendrán acceso al Reregistro Civil, sino únicamente

aquellas a las que se refiere el art. 9 LRC 2011. La lectura concordada de los arts. 9 y 96 LRC 2011 nos permite delimitar el alcance exacto del referido régimen. De esta forma, podrán ser objeto de reconocimiento automático las decisiones colombianas sobre de crisis matrimoniales, siempre que afecte a españoles, los referidos a extranjeros, a hechos o actos acaecidos en territorio español o, cuando sea exigida su inscripción por el Derecho español, aunque afecte a extranjeros (art. 9 LRC 2011), salvo el desarrollo reglamentario de la nueva Ley disponga otra cosa.

Destacada la novedad que supone la introducción del reconocimiento automático de las decisiones extranjeras en el art. 96 LEC 2011, no podemos pasar por alto que no son pocos los supuestos de decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales, no susceptibles de inscripción, que se hacen valer ante la autoridad encargado del Registro Civil español a efectos meramente constitutivos, tratando con ellos de acreditar la capacidad para la realización ante esa misma autoridad de un acto susceptible de inscripción, como puede ser el matrimonio.

Como ya se vió anteriormente, a estos supuestos la legislación registral vigente (art. 84.1 RRC) los exime de la tramitación del *execuátur*, supeditado el tal caso la eficacia de la decisión extranjera al cumplimiento de los requisitos exigidos para dar eficacia probatoria de los documentos públicos, bajo reserva de orden público. Sin embargo la nueva LRC 2001 nada dispone respecto de este tipo de situaciones, por lo que cabe preguntarse en qué medida una vez entre en vigaor la nue Ley Registral, va a ser posible seguir reconociendo efecto constitutivo a decisiones extranjeras no susceptibles de inscripción que determinen o

completan la capacidad para el acto inscribible de la forma en que hasta ahora, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 84. 1 RRC, viene haciéndolo.

Todo parece apuntar a que la nueva norma de validez registral española parece ajena al viejo debate doctrinal sobre a este punto, si bien es cierto que el art. 96 LRC 2011, únicamente afecta la inscripción de decisiones extranjeras de divorcio, separación y nulidad matrimonial en el Registro Civil español, situación que hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Registral queda cubierta por el art. 83 RRC, previa superación del *execuátur* -arts. 954 y ss LEC 1881-, no haciendo ninguna mención al supuesto que, de manera diferenciada, quiso proteger el legislador a través del art. 84.1 RRC. Nos vemos, por tanto, ante la tesitura de discernir cómo se proyectará el art. 84.1 RRC, una vez devenga operativa la nueva LRC, hasta tanto se apruebe el nuevo Reglamento de desarrollo, ya que la coexistencia de ambas normas nos puede seguir deparando un tratamiento desigual del efecto constitutivo de este tipo de decisiones, desatendiendo los esfuerzos de la más sólida doctrina *insprivatista* por desmontar teóricamente este tratamiento desigual.

En principio, y hasta tanto se proceda a la aprobación del Reglamento de la nueva Ley , no tiene porqué haber inconveniente en que se prorrogue por conducto del art. 84.1 RRC, el reconocimiento incondicionado de tales decisiones Si con la nueva ley no se opera un cambio en la doctrina de la DGRN y en la jurisprudencia española en torno a este añejo debate, podría prorrogarse de eficacia constitutiva a decisiones colombianas de divorcio o de nulidad matrimonial que afectan el estado civil de los colombianos, de pretender estas acreditar su capacidad para

contraer nuevo matrimonio en España, bajo reserva única de orden público, en tanto que sí, lo que está en juego es la capacidad de un nacional español, se podría llegar a la situación absurda de exigir el *execuátur* de la decisión colombiana de divorcio o de nulidad matrimonial. Frente a esta situación, que es de esperar se vea modificada con el futuro Reglamento de la Ley, lo más razonable, a nuestro juicio, sería exigir la previa inscripción de la decisión colombiana conforme al art. 96 LRC 2011, al margen de si la decisión extranjera afecta a un colombiano o a un español, pues una vez superado el conjunto de controles del art. 96.2.2º LRC 2011, la decisión colombiana que resuelve la eventual crisis será título suficiente para acreditar la libertad de estado del español o del colombiano que pretenda contraer nuevo matrimonio ante autoridades españolas, puesto que tal reconocimiento implica en sí mismo la atribución de eficacia constitutiva⁵¹². A tono con esta interpretación, quizás pueda comprenderse mejor el espíritu subyacente del legislador aunque ello no haya tenido un claro reflejo en la nueva ley.

3 Posible invocación de la legislación registral española frente a la normativa convencional sobre la base del favor recognitionis

Teniendo presente que en el sistema español de fuentes, a la luz de la primacía del Derecho convencional, la aplicación de la normativa de origen autónomo queda reservada a los supuestos en que no medien compromisos convencionales, así como en aquellos otros en que, existiendo tales compromisos, el texto convencional de que se trate contenga cláusulas que propicien la aplicación de

⁵¹² En relación con los arts. 4.7 y 9 LRC 2011.

normas estatales menos restrictivas⁵¹³, cabría preguntarse si, fuera de tales supuestos, el recurso a la normativa interna resultaría admisible. En otras palabras, si existiendo una normativa convencional susceptible de ser aplicada al reconocimiento de sentencias colombianas sobre crisis matrimoniales, sería posible dar aplicación o no a lo dispuesto en la normativa interna.

La doctrina internacionalprivatista, admite ciertamente tal posibilidad, basándose en la naturaleza y función que están llamadas a cumplir las normas de reconocimiento, y esgrimiendo que será particularmente útil aplicar la norma más favorable en base al principio del favor recognitionis⁵¹⁴. Está claro que si la normativa autónoma española obvia el *execuátur* para las resoluciones procedentes de Estados no vinculados convencionalmente con España, resulta excesivo⁵¹⁵ a todas luces exigir a una resolución colombiana dicha trámite por el simple hecho de que un convenio de comienzos del siglo pasado que nos vincula con Colombia así lo requiera, si los legítimos intereses de las partes podrían verse

⁵¹³ Es el caso del Convenio de Luxemburgo (art. 23.2) y de los convenios bilaterales suscritos con Alemania (art. 23.2) y Austria (art. 19.2) donde la norma convencional queda desplazada por la autónoma más favorable. De esta forma se compatibilizan de sendos regímenes de reconocimiento a favor del menos restrictivo, que será acogido íntegramente (condiciones y vías de atribución de los efectos). *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 194.

⁵¹⁴ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, 7ª edic., *op. cit.*, p. 194 y 201, quienes consideran que el régimen común de reconocimiento (arts. 951 y ss LEC 1881) lejos de tratarse de un régimen residual, puede resultar de aplicación como régimen más favorable, incluso si mediara un régimen convencional. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 201.

⁵¹⁵ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “La expansión del reconocimiento automático y su impacto sobre la actividad registral”, *Derecho Registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor R. Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 27.

satisfechos de manera menos gravosa en el ámbito en el que la decisión se hace valer (el registral) dando aplicación a la normativa autónoma. De ahí que entendamos que una vez entre en vigor la nueva LRC 2011, el recurso al *execuátur* para el acceso al Registro civil español de decisiones colombianas relativas al estado civil⁵¹⁶, pasará a ser residual generalizándose el reconocimiento automático.

En realidad, no era tan difícil saltar dignamente la barrera del *execuátur* como única vía de atribución de efectos de decisiones extranjeras dentro del régimen de eficacia español. Y, aunque no se comprende bien la razón de tantas arbitrariedades en una misma norma, muchas de ellas pudieron haberse evitado si se hubieran seguido algunas pautas trazadas por fuentes tan cercanas como las disposiciones comunitarias, con más de una década de experiencia. Imitar era mejor opción que hacerlo mal. Lo que está claro es que las prisas del legislador dejan en manos de los operadores jurídicos un panorama normativo defectuoso, contradictorio y de dudoso rigor técnico que merece una segunda evaluación.

Existe un criterio unánime en la doctrina española que apunta hacia la necesidad de enmendar las visibles carencias y contradicciones acogidas por la norma de validez registral, antes de su entrada en vigor⁵¹⁷. Más, ello no debe empañar el meritorio

⁵¹⁶ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “La expansión del reconocimiento automático...”, *loc. cit.*, pp. 28-31; y GARAU SOBRINO, F., “El reconocimiento en España de las resoluciones judiciales extranjeras en materia matrimonial”, *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 330 y 331.

⁵¹⁷ En palabras del J. M. ESPINAR VICENTE: “no es una buena Ley, sobre todo desde el punto de vista estrictamente técnico. En ella se pueden apreciar un conjunto de contradicciones no desdeñables, imprecisiones que generan perplejidad, regulaciones que desasosiegan e incluso un mal uso de la técnica jurídica, particularmente acusado en los preceptos destinados a resolver los

significado que en regímenes de validez tan extemporáneos como el hispano-colombiano tiene, la posibilidad de optar por la incorporación de decisiones colombianas de divorcio, separación y nulidad matrimonial al ámbito registral español a través del reconocimiento automático. Este acontecimiento jurídico, al tiempo que una indiscutible opción, supone, un primer paso -aunque no el último-, hacia la supresión del *execuátur*.

problemas del tráfico internacional”. ESPINAR VICENTE, J. M., “La Ley 20/2011 de Registro Civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDRIP*, t. XI, p. 486.

CAPTULO CUARTO

EFICACIA CIVIL EN COLOMBIA DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS ESPAÑOLAS Y EN ESPAÑA DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS COLOMBIANAS

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Las decisiones canónicas producen efectos muy similares a los de cualquier decisión civil en materia matrimonial. Sin embargo, estos efectos están limitados al ámbito intereclesial. Para que estas decisiones puedan trascender al ámbito civil es necesario que entre Iglesia católica y las distintas soberanías se produzcan determinados vínculos -de forma muy semejante a como tiene lugar en el ámbito de las decisiones civiles extranjeras- concretados a través de acuerdos internacionales, también denominados acuerdos concordatarios o Concordatos.

Con carácter general, la adopción de un acuerdo concordatario va seguida de un conjunto de normas en el orden estatal que regulan la forma en que aquellas decisiones van a integrarse a la soberanía de cada Estado⁵¹⁸, si bien el mecanismo de integración a una determinada soberanía no tiene porqué ser siempre el mismo, pues ello dependerá en gran medida de los principios constitucionales e intereses de cada país y de la postura que cada Estado adopte frente al fenómeno religioso. De ahí que tanto el contenido de estos acuerdos como la de forma en que han

⁵¹⁸De ahí que en ámbito de las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica la doctrina hable de un complejo concordatario compuesto por el texto del acuerdo propiamente dicho, junto a todas aquellas normas que quedan afectadas en su vigencia por la eficacia del principio *pacta sunt servanda*. Vid. LOMBARDÍA, P. y FORNÉS, J., *Derecho eclesiástico del Estado Español*, 5ª edic., EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 68 y 69.

de incorporarse estas decisiones al Derecho de cada Estado difieran -a veces sustancialmente- de un país a otro.

En algunos ordenamientos no será necesaria la previa homologación de las decisiones canónicas para que desplieguen eficacia civil, por lo que su reconocimiento se producirá de forma directa (como otrora Portugal), aunque la tendencia cada vez más consolidada es la de condicionar su homologación a la superación de determinadas exigencias internas (España, Italia, Malta)⁵¹⁹, las que pueden ser igualmente diversas.

La competencia de las autoridades eclesiásticas en materia matrimonial no se limita a las desplegadas por el Supremo Pontífice romano, sino que se extienden a las ejercidas territorialmente por tribunales eclesiásticos inferiores en el Estado de que se trate. Nos encontramos, por tanto, con que las autoridades requeridas van a aplicar su propio régimen de eficacia -Concordato y normas internas- tanto a las decisiones dictadas por los tribunales pontificios como a las adoptadas por las autoridades eclesiásticas que hayan ejercido sus competencias en el territorio del Estado receptor o en el extranjero, sistema de normas éstas que van a determinar cuáles de las decisiones adoptadas por las autoridades eclesiásticas -cualquiera que se el territorio donde éstas ejerzan su jurisdicción-, van a verse reconocidas en el determinado Estado concordatario, lo que varía, a veces sustancialmente, de uno a otro Estado.

⁵¹⁹*Vid.* RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Sentencias matrimoniales canónicas y Unión Europea”. Ponencia defendida en la Jornada académica organizada por el Departamento de Derecho eclesiástico de la UNED sobre *Derecho matrimonial. Cuestiones a debate*, celebrado el 15 de diciembre de 2004, pp. 1 y 2.

Como se observa, la falta de homogeneidad que afecta al reconocimiento de decisiones canónicas no nos deja indiferente de la repercusión que esta problemática plantea en el marco de las relaciones hispano-colombianas, si partimos de la distinta configuración observada entre el Acuerdo Concordatario suscrito entre la Santa Sede y Colombia y su homólogo español.

Finalmente, debe tomarse especial precaución a la hora de establecer aproximaciones entre el régimen de eficacia de decisiones canónicas y el régimen de eficacia civil derivado del CHC –o de cualquier otro régimen de reconocimiento de decisiones civiles extranjeras-, pues los problemas que en esta sede acontecen son de distinta naturaleza y como tal han de ser tratados. Para la adecuada resolución de las vicisitudes que este sector de problemas encarnan las decisiones canónicas debe partirse de un particular enfoque, que puede acercarla o alejarla de las situaciones que en este ámbito material protagonizan las decisiones civiles extranjeras, problemática esta a la que dedicaremos el presente capítulo.

II. EFICACIA DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS EN COLOMBIA

1. Régimen Concordato entre la Santa Sede y Colombia. Eficacia civil de las decisiones canónicas en Colombia. Distribución de las competencias civiles y canónicas en causas matrimoniales.

En el Derecho colombiano las decisiones eclesiásticas están sometidas a un régimen de reconocimiento presidido por el Acuerdo Concordatario suscrito entre la Santa Sede y el Estado

colombiano en Bogotá, el de 12 julio de 1975, aprobado por Ley 20 de 1974⁵²⁰, y seguido por algunas normas de orden civil y constitucional.

El art. VIII del Concordato de 1975 establece que “Las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica (...).”⁵²¹.

Tras la aprobación de la nueva Constitución Política colombiana de 1991⁵²² (en adelante, CPC), el art. VIII del Concordato de 1975 chocaba frontalmente con el carácter aconfesional del Estado (art. 19 CPC) y los nuevos principios constitucionales basados en el pluralismo político y la libertad religiosa, de culto y de conciencia, así como con el contenido del art. 42 párrafos 8, 10 y 11 CPC, que indicaban en este orden lo siguiente: a) “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y disolución se rigen por la ley civil” (párrafo 8); b) “Los efectos

⁵²⁰ DO núm. 34.234, de 14 de enero de 1975, que deja sin efecto el Concordato firmado en Roma el 31 de diciembre de 1887 (Ley 35 de 1888), suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973. Concordato de 1953 y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede se encuentre vigente desde el 2 de julio de 1975. *Vid.* EGUREN, J. A., *Derecho Concordatario*, Librería Stella, Bogotá, 1974, p. 116.

⁵²¹ *Vid.* PRIETO MARTÍNEZ, V., *El concordato en la jurisprudencia colombiana*, Tomo I, Ediciones Universidad de la Sabana, Bogotá, 1998, 26 y 27; URIBE BLANCO, M., Y LASTRA JIMÉNEZ, A., *Derecho eclesiástico del Estado Colombiano. Fundamentos*, Universidad de La Sabana, Facultad de Derecho, Colección Jurídica núm. 1, Edit. Guadalupe, Bogotá, 1990.

⁵²² DO núm. 44. 893, de 7 de agosto de 1991.

civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil” (párrafo 10); y c) “También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley”.

Este nuevo orden constitucional colombiano propició inevitablemente la modificación de algunas normas en materia matrimonial⁵²³. Así, el art. 146 C.c.c. dispone que “El Estado reconoce la competencia propia de las autoridades religiosas para decidir mediante sentencia u otra providencia, de acuerdo con sus cánones y reglas, las controversias relativas a la nulidad de los matrimonios celebrados por la respectiva religión”. Mientras, el art. 152 C.c.c., establece que “Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia”⁵²⁴. Sin embargo, en lo relativo a las causas de separación no se produjeron tensiones entre la Iglesia y el Estado colombiano, ya que el propio art. IX⁵²⁵ del Concordato reconocía a los jueces civiles competencias para decretar la separación de cuerpos de los matrimonios canónicos.

⁵²³ Modificaciones introducidas por la Ley 25 de 17 de diciembre de 1992, por la que se desarrollan los arts. 9, 10, 11, 12 y 13 del art. 42 de la Constitución Política Colombiana (*DO* núm. 40.693, de 18 de diciembre de 1992).

⁵²⁴ La CCC reitera en la sentencia de 5 de febrero de 1993 en la aludida sentencia que: “No se trata de consagrar el divorcio del matrimonio católico. (...) la Constitución (...) tan solo remitió a la ley civil los efectos de todo matrimonio para indicar que cesarán los efectos civiles, más no los sacramentales. (...) de manera que el vínculo sacramental queda incólume”.

⁵²⁵ “(...) las causas de separación de cuerpo de los matrimonios canónicos serán tramitadas por los Jueces del Estado (...). A solicitud de unos de los cónyuges la causa respectiva se suspenderá en primera instancia y por una sola vez, durante treinta días, y por una sola vez para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia...”.

Estas incompatibilidades quedaron resueltas en la SCCC C-027, de 5 de febrero de 1993, por la que se declaró la inconstitucionalidad de diversas cláusulas concordatarias⁵²⁶. De esta forma, la CCC deja zanjado en el orden interno las controversias entre Iglesia y Estado en torno a las competencias de las autoridades civiles y canónicas en las distintas causas matrimoniales.

De estos antecedentes cabe extraer que para el ordenamiento colombiano las autoridades canónicas serán las únicas competentes para conocer las acciones de nulidad matrimonial referidas a matrimonios celebrados en forma canónica, mientras que los jueces civiles solo podrán declarar la nulidad de los matrimonios celebrados bajo forma civil, de acuerdo con procedimiento verbal previsto en el título XIII, Capítulo I, arts. 427 al 434 del CPCC⁵²⁷, debiendo aplicar en todo caso las normas contenidas en los arts. 140 y ss C.c.c.

Respecto de las causas de disolución, el art. 152 C.c.c. reconoce claramente que los jueces civiles serán los únicos competentes cesar los efectos civiles del matrimonio todo matrimonio religioso⁵²⁸, más ello no significa que los jueces civiles

⁵²⁶ En concreto los arts. VI, IX, XII, XVI, XVII, XX, y XXII del concordato y los arts. VIII y IX del Protocolo final. “Pues bien, de la comparación entre los aspectos del artículo VIII del Concordato acusado y el artículo 42 de la Constitución en los apartes atrás señalados, surge el quebranto por el primero del segundo constitucional.

⁵²⁷ *D O* núm. 33.150 de 21 de septiembre de 1970.

⁵²⁸ La CCC mediante Sentencia C-456 de 13 de octubre de 1993 reconoce que: “En lo que concierne a la interrogante de si la disolución del matrimonio católico es potestad exclusiva y privativa de la Iglesia o, por el contrario, será tan solo al Estado a quien compete la facultad de determinar y regular todo lo que con la disolución del vínculo matrimonial atañe, la Corte considera que a partir de la expedición de la nueva Constitución y en especial de su artículo 42, los efectos civiles del matrimonio canónico cesan por divorcio decretado de

colombianos ostenten competencias exclusivas en materia de disolución, sino que las decisiones adoptadas por las autoridades religiosas -dispensas pontificias de matrimonio rato y no consumado y las relativas al privilegio paulino⁵²⁹- no tendrán eficacia en el ámbito civil, aunque si en el ámbito intereclesial.

En lo que concierne a las causas de separación -como acabamos de ver- el propio art. IX⁵³⁰ del Concordato ha reconocido estas competencias a favor los jueces civiles, si bien cabe precisar que dicho artículo fue declarado inconstitucional por otro motivo, ya que reconocía dos tipos de competencias para resolver sobre una misma cuasa matrimonial contraviniendo las competencias señaladas por el Decreto 2272 de 1989 a favor de los jueces de familia en estas causas, sin distinguir la forma de celebración del matrimonio⁵³¹.

acuerdo con las normas civiles. Al emplear la expresión “todo” se trata de una afirmación universal lo cual confirma la generalización del art. 6º cuando habla de “las formas del matrimonio”, se refiere así a todo matrimonio(...). A la luz del texto constitucional, la disolución del matrimonio, en general, se rige por la ley civil; pero nada impide que el legislador reconozca la naturaleza sacramental del vínculo religioso, pues no contradice en ninguna parte la filosofía de la carta, ya que esta consagra libertad de cultos, la libertad de conciencia y la existencia de los diversos ritos religiosos”.

⁵²⁹ Según el c. 114.1 “El matrimonio contraído por dos personas no bautizadas se disuelve por el privilegio paulino en favor de la fe de la parte que ha recibido el bautismo, por el mismo hecho de que ésta contriga un nuevo matrimonio, con tal de que la parte no bautizada se separe”.

⁵³⁰ “(...) las causas de separación de cuerpo de los matrimonios canónicos serán tramitadas por los Jueces del Estado (...). A solicitud de unos de los cónyuges la causa respectiva se suspenderá en primera instancia y por una sola vez, durante treinta días, y por una sola vez para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la Iglesia...”.

⁵³¹ En primera instancia, a los tribunales superiores del distrito judicial y en segunda instancia a la Corte Suprema de Justicia). *Vid.* VALENCIA ZEA, A. y ORTÍZ MONSALVE, A., *Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p. 278.

2. Control de la decisión eclesiástica por parte de la autoridad judicial colombiana

El art. VIII *in fine* del Concordato de 1975 también reconoce que “Las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica. Las decisiones y sentencias de éstas, cuando sean firme y ejecutivas, conforme al derecho canónico, serán transmitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el Registro civil”. Declarada la inconstitucionalidad de esta norma, el reconocimiento de la eficacia de decisiones religiosas quedán regida la nueva redacción del art. 147 C.c.c., según el cual, “Las providencias de nulidad matrimonial proferidas por las autoridades de la respectiva religión, una vez ejecutoriadas, deberán comunicarse al juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges, quien decretará su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordenará la inscripción en el Registro Civil”.

En tal sentido, la jurisprudencia de la CSJC⁵³² ha reconocido que los fallos relativos a las nulidades de matrimonios

⁵³² *Vid.* SCSJC de 30 de abril de 1987, por la que se se deniega el *execuátur* de la sentencia de nulidad canónica pronunciada el 31 de agosto de 1983 por el Tribunal Nacional de Apelaciones de Santiago de Chile, reconcoe que: “la legislación de la Iglesia católica, y la del matrimonio canónico dentro de ella, no se circunscribe, en su imperio a las fronteras de un Estado particularmente considerado. Su validez es, entonces, de carácter universal, condición que el artículo 3º del Concordato no desconoció ni restringió, el Artículo 8º del mismo Concordato estipula que las causas relativas a la nulidad (...) son de la competencia exclusiva de los jueces eclesiásticos, designados, no cabe sostener que ese precepto alude, de modo exclusivo a los Tribunales que de la Iglesia

celebrados por los ritos católicos proferidos por las autoridades eclesiásticas en cualquier parte del mundo no necesitan del trámite del exequátur para producir efectos civiles en Colombia, siendo suficiente dirigir la comunicación emanada del Tribunal Eclesiástico al Tribunal Civil correspondiente⁵³³.

Por tanto, del contendio del art. 147 C.c.c. y de la jurisprudencia de la CSJC se desprende dos conclusines. La primera, que las resoluciones emanadas de la jurisdicción canónicas -nacionales o extranjeras-⁵³⁴ las únicas que tendrán eficacia civil en Colombia son las de nulidad canónica. La segunda, que la declaración de eficacia civil de las decisiones de nulidad canónica en Colombia no está sometida a condicionamiento alguno, pues ni el art. 147 ni ninguna otra norma dentro del ordenamiento colombiano establecen control alguno sobre estas decisiones, ni existe un procedimiento a seguir para que tal declaración se produzca. El juez de familia o promiscuo de familia del domicilio

Católica existan en Colombia o los establecidos en cualquier otro. Al conectar el susodicho Artículo 8° con los preceptos canónicos atrás citados, por medio del enlace que ofrece el Artículo 3° del Tratado, se advierte, con toda nitidez como la norma abarca a todos los Tribunales Eclesiásticos, tanto nacionales como extranjeros”. En igual sentido SCSJC de 6 de abril de 1956 y de 18 de octubre de 1961.

⁵³³En tal caso, al juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges (art. 147 C.c.c.). En consecuencia, provocando de esta forma una equiparación entre el reconocimiento de efectos civiles de las decisiones dictadas en el ejercicio de sus competencias territoriales conforme al Acuerdo (Santa Sede/Colombia), de aquellas otras derivadas de la jurisdicción ejercida por la Santa Sede en otras soberanías.

⁵³⁴Pese a que alguna doctrina local hable de un control formal y de fondo de setas decisiones, en la práctica jurisprudencial colombiana este control se ha visto reflejado. *Vid.* VALENCIA ZEA, A., y ORTÍZ MONSALVE, A., *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 237.

⁵³⁴La carencia de jurisprudencia en esta materia dentro del Derecho colombiano

de los cónyuges, decretará sin más su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordenará la inscripción en el Registro Civil colombiano.

No obstante, cierta doctrina afirma que el tribunal civil competente antes de dictar la providencia atribuyendo efectos civiles a la decisión canónica de nulidad deberá controlar el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo de la decisión. El control formal de la decisión canónica -reitera- se limita a verificar la vigencia⁵³⁵ del Tratado internacional⁵³⁶, y si éste requisito no se cumpliera el juez deberá abstenerse de ordenar la ejecutoria⁵³⁷. Mientras con el control de fondo se pretende determinar si la sentencia proferida por la autoridad canónica desconoce el orden público interno (igualdad de derecho de los cónyuges y de los hijos, el debido proceso). Así, por ejemplo, si la sentencia canónica llegare a reconocer junto a la declaración de la nulidad del matrimonio, que los hijos habidos en el matrimonio nulo son ilegítimos por haber obrado de la mala fe ambos cónyuges, tal pronunciamiento sería

⁵³⁵No obstante, si el Tratado perdiera vigencia el juez debe proceder al control de fondo, pues, de no hacerlo, estaría denegando el acceso a la justicia al interesado conculcando un derecho fundamental consagrado en art. 229 CPC. *Vid.* VALENCIA ZEA, A y ORTÍZ MONSALVE, A., *Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 238.

⁵³⁶ En el caso de otras congregaciones religiosas este requisito se controla con la personería jurídica.

⁵³⁷Y ello al margen de la previa aprobación por el Congreso conforme al art. 150.16° CPC y del control de constitucionalidad al que son sometidos previamente los Tratados internacionales y convenios de Derecho público interno por parte de la Corte Constitucional Colombiana, conforme a lo estipulado en el art. 241. 10° CPC y de las disposiciones contenidas en el Decreto 782 de 1995 ((D O núm. 41.846 de mayo 12 de 1995), por el que se reglamentan parcialmente las leyes 25 de 1992 (DO núm. 40.693 de 18 de diciembre 1992) y 133 de 1994 (D O núm. 41.369, de 26 de mayo de 1994), por el que han de regirse las personerías jurídicas del Derecho Público eclesiástico (art. 7).

desconocido, porque ello implicaría violar el art. 149 C.c.c., por el que se reconoce que todos los hijos habidos dentro del matrimonio nulo son legítimos, sin distinguir la buena o mala fe de los cónyuges en el momento de la celebración. En cualquier caso, de estas situaciones llegara a suscitarse -reitera dicha doctrina-, la autoridad civil podría incluir las adiciones o supresiones necesarias en la providencia que ordene la ejecutoria de la decisión de nulidad canónica, y proceder a la correspondiente inscripción en el Registro civil colombiano (art. 147 C.c.c.). Caso contrario, la nulidad canónica ni surtiría efectos civiles, ni podría acceder al Registro civil colombiano, lo que implicaría para el orden civil la conservación del matrimonio y del estado civil de los contrayentes. Sorprende, sin embargo, que la corriente doctrinal que defiende el control formal y de fondo, reconoce que no estamos frente a un proceso civil propiamente dicho, ni contra la providencia dictada por el juez de familia declarando la ejecutoria de la decisión canónica cabe interponer recurso alguno⁵³⁸.

Ahora bien, al margen de lo más o menos cuestionable que puedan ser estas afirmaciones doctrinales, es al menos sintomático que el control al que se refiere esta doctrina no se ha visto reflejado en la jurisprudencia colombiana.

Una respuesta más solvente pudimos obtenerla a través de la consulta realizada al destacado canonista colombiano VICENTE PRIETO⁵³⁹, quien confirmó que en la práctica basta con la simple

⁵³⁸*Vid.* VALENCIA ZEA, A., y ORTÍZ MONSALVE, A., *Derecho civil, op. cit.*, p. 237.

⁵³⁹La carencia de jurisprudencia en esta materia dentro del Derecho colombiano, y de otras posturas doctrinales, tuvimos ocasión de consultar al profesor colombiano VICENTE PRIETO, Doctor en Derecho canónico y profesor de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de La Sabana,

comunicación de la decisión canónica al juez civil competente para que proceda su ejecución y posterior inscripción en el Registro civil colombiano, esto es, el reconocimiento incondicionado de la decisión de nulidad canónica de nulidad en el orden civil.

3. Efectos de las decisiones de nulidades canónicas en el ordenamiento colombiano

El reconocimiento de eficacia civil a las decisiones canónicas de nulidad reconocidas en Colombia, sean colombianas o españolas, lleva aparejado dos tipos de efectos: el principal o declarativo, que anula el matrimonio y devuelve a los cónyuges la capacidad para contraer nuevo matrimonio (efecto declarativo) y los efectos colaterales derivados de tal declaración, correspondiendo, en todo caso la fijación de estos efectos al juez colombiano de conformidad con la ley civil colombiana. Así pues, que una vez declarada la firmeza de la providencia del juez ordenando la ejecución a este reconocimiento, se harán extensivos a ñas decisiones canónicas los mismos efectos que el orden estatal tienen las decisiones de nulidad civil⁵⁴⁰. Así, por ejemplo, cesarán desde el mismo día entre los cónyuges los derechos y obligaciones recíprocos propios del matrimonio (obligación de fidelidad y el

Chía, Colombia, quien concluyó lo siguiente: “Queda claro que no se requiere, por parte del juez civil, ningún control sustancial de la sentencia canónica. Su función se reduce a declarar su ejecución en el ámbito civil y a ordenar el respectivo traslado a las autoridades registrales. El único factor de “ruptura” es el relativo a la fecha a partir de la cual comienza a surtir efectos civiles la sentencia de nulidad: no es la fecha de la sentencia canónica, sino la fecha de la sentencia del juez civil que ordena su ejecución”.

⁵⁴⁰*Vid.* SCSJC de 24 de mayo de 1963 (citada por los autores) por la que se reconoce los jueces civiles colombianos disfrutaban de exclusividad para la determinación de la legitimidad de los hijos. De ahí que los litigios sobre nulidad del matrimonio son independientes de los procesos de impugnación de la filiación o de la legitimidad de la filiación. *Vid.* VALENCIA ZEA, A., y ORTÍZ MONSALVE, A., *Derecho civil, op. cit.*, pp. 237 y 238.

derecho de socorro y ayuda mutua), así como la obligación de indemnizar por los perjuicios causados al cónyuge de buena fe⁵⁴¹ (art. 148 C.c.c. *in fine*), siempre que aquéllos ha sido reclamados por la parte interesada (art. 443.3 CPCC). Asimismo, los hijos procreados dentro del matrimonio nulo serán considerados como legítimos y quedarán bajo la patria potestad de ambos padres, quienes tendrán la obligación de alimentarlos y educarlos (art. 149 C.c.c.)⁵⁴². Fijada la custodia por el juez, el padre que no la tenga quedará obligado a prestar alimentos. La cuota con que cada cónyuge deba contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos dependerá de la capacidad económica comprobada en el proceso⁵⁴³. Pero si sólo uno de los cónyuges

⁵⁴¹ Sanción con la que se pretende compensar al cónyuge inocente del engaño sufrido por quien ha obrado de mala fe. La mala fe no se presume, ha de probarse y, consecuentemente, el juez podrá sancionar por los perjuicios causados que incluirán, en todo caso, daños materiales y morales.

⁵⁴² El art. 288 C.c.c. fue modificado por el art. 70 del Decreto Ley 2820 de 1974, por el que se otorgan iguales derechos a las mujeres y hombres los que ejercen de manera conjunta la patria potestad, y conforme al siguiente tenor: “Corresponde a los padres, conjuntamente el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno e los padres la ejercerá el otro”. Esta modificación ha provocado también la modificación del contenido original del art 149 C.c.c. En tal sentido lae SCCC C-1413-00 del 19 de octubre de 2000 la Sala reconoció que “corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres la ejercerá el otro”.

⁵⁴³ El segundo párrafo del apartado 2º del art. 443 CPCC establece que: “Si al momento de dictar sentencia se desconociere la capacidad económica de los cónyuges, se fijará una cuota igual para ambos, sin perjuicio de que cualquiera de ellos pida posteriormente su regulación, que se hará por medio de incidente y en el mismo expediente. El auto que ordene su tramitación se notificará como el admisorio de la demanda”.

estuviere económicamente capacitado para ello, correrá a cargo de éste dicha obligación (art. 443. 2 CPCC)⁵⁴⁴.

La nulidad del matrimonio igualmente implicará la disolución de la sociedad conyugal, pero si la causa de la nulidad matrimonial es la bigamia, se entiende por no constituida la sociedad conyugal (art. 1820. 4 C.c.c.)⁵⁴⁵. De no ser así, una vez decretada la ejecución de la decisión canónica de nulidad, las partes podrán a instar de común acuerdo o separadamente su liquidación (art. 625 CPCC)⁵⁴⁶.

Por otro lado, las donaciones hechas a favor del cónyuge casado de buena fe mantendrán su plena vigencia (art. 150 C.c.c.), si bien se prevé la posible la revocación de las donaciones hechas en favor del cónyuge de mala fe, siempre que la causa de donación conste en escritura pública (art. 1 846 C.c.c.).

⁵⁴⁴ El art. 443.2 CPCC dispone que en la sentencia se debe determinar la persona a la cual, los padres obligados alimentariamente, deben hacerle el pago de la correspondiente cuota. En principio será a la persona a quien el juez haya asignado la guarda y cuidado del menor o menores, y quien en definitiva será el legitimado para reclamarlos coactivamente.

⁵⁴⁵ La doctrina advierte que esta norma debe ser interpretada con suma prudencia. En primer lugar, porque si el cónyuge de buena fe contrajo matrimonio con quien ya estaba casado, se entenderá a su favor una indemnización por los daños materiales y morales causados por su consorte (art. 147 C.c.c.). Sin embargo, pese a que la sociedad conyugal no se llegue a configurar, si ambos cónyuges trabajaron armónicamente en la constitución de un capital social, éste les pertenece por partes iguales, pues, en tal caso, se trataría de una sociedad de hecho o una sociedad putativa. *Vid.* VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho de Familia*., *op. cit.*, p. 355.

⁵⁴⁶ Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1, núm. 336, establece que “Cualquiera de los cónyuges podrá pedir la liquidación de la sociedad conyugal disuelta a causa de sentencia eclesiástica, si acompaña copia auténtica de la misma, y el certificado de matrimonio con la constancia de haberse tomado nota de ella.

Ahora bien, si la providencia dictada por los jueces civiles rechaza la eficacia civil de la decisión de nulidad, ésta no surtirá efectos civiles y producirá consecuencias distintas sobre el estado civil de los contrayentes de las que produce en el ámbito eclesiástico, por lo que el matrimonio canónico seguirá siendo válido para las autoridades civiles colombianas, impidiendo a los cónyuges recuperar su capacidad para contraer nuevas nupcias ante las autoridades civiles, no así para las eclesiásticas. Por otro lado, los cónyuges tampoco podrían plantear ante la jurisdicción civil la anulación del matrimonio canónico, por resultar una acción de exclusiva reserva jurisdiccional canónica, siendo el divorcio la única alternativa en manos de los todavía esposos si pretendieran recuperar su capacidad para contraer nuevo matrimonio ante autoridad civil colombiana.

Finalmente, hay que tener en cuenta que los arts. 148 y 149 C.C. resultan igualmente aplicables a las nulidades canónicas. Para el Derecho colombiano la declaración de nulidad carece de efecto retroactivo. Por tanto, el matrimonio anulado produce todos sus efectos entre la fecha de su celebración y la del día en que la decisión canónica de nulidad es ejecutoriada por el juez de familia, sin distinguir si uno o ambos cónyuges han actuado de buena o de mala fe al momento de celebrarse el matrimonio⁵⁴⁷. La mala fe acarrea consecuencias futuras, como se ha dicho, respecto de la indemnización, para la sociedad conyugal y respecto de las donaciones.

⁵⁴⁷ *Vid.* CAÑÓN RAMÍREZ, P. A. *Derecho Civil*, vol. I, T II, ABC, Bogotá, 1995, p. 180.

III EFICACIA DE LAS SENTENCIAS CANÓNICAS EN ESPAÑA

1. Régimen Concordatario ente la Santa Sede y España

En Derecho español las decisiones dictadas por Tribunales Eclesiásticos están sometidas a un régimen de reconocimiento presidido por el Acuerdo Concordatario suscrito entre la Santa Sede y el Estado español en 1979, de 28 de julio de 1976⁵⁴⁸ y secundado por un conjunto de normas internas recogidas en los arts. 80 C.c.e.⁵⁴⁹ y 778. 1 y 2 LEC⁵⁵⁰.

Una de las diferencias más importantes y de mayor trascendencia en materia matrimonial entre vigente el Concordato de 1979 y el anterior de 1953 fue el no reconocer expresamente competencia exclusiva a las autoridades canónicas para conocer de la nulidad y de la separación de los matrimonios celebrados bajo la forma católica.

El artículo XXIV.1 del Concordato de 1953 establecía que “El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los tribunales y dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges,

⁵⁴⁸ *BOE* núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

⁵⁴⁹ *Gaceta de Madrid* de 25 de julio de 1889.

⁵⁵⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000; corrección de errores en *BOE* núm. 90, de 14 de abril de 2000, y *BOE* núm. 180, de 28 de julio de 2001).

en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino”.

Sin embargo, el art. VI. 2 del Concordato de 1979 establece que “Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado...”⁵⁵¹.

La utilización que en este último precepto se lleva a cabo de la expresión “podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos” en relación exclusivamente con las decisiones canónicas de nulidad y las pontificias de matrimonio rato y no consumado, unido a la falta de reconocimiento de competencia exclusiva a las autoridades eclesiolásticas para la nulidad y la separación de los matrimonios canónicos, en los términos que expresamente se reconocía en el anterior Concordato, a nuestro juicio, tan solo admiten una interpretación: el art. VI.2 del Concordato de 1979, además de poner fin a la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiolástica en materia de nulidad y separación⁵⁵², excluye cualquier posibilidad

⁵⁵¹ Sobre las diferencias entre el Concordato de 1953 y el Concordato de 1979. *Vid.* VEGA SALA, F., “La eficacia civil de las sentencias canónicas. Nueva tendencia en los concordatos. El ejemplo español”, *REDC*, núm. 48, 1991, pp.130-135.

⁵⁵² El sistema concordatario seguido por la Iglesia con los distintos Estados ha venido manifestando desde el siglo XVI una considerable reducción de las competencias eclesiolásticas sobre algunos efectos indisolubles al matrimonio canónico, tales como, los deberes recíprocos de los cónyuges, el régimen de filiación legítima, patria potestad, entre otros. Del mismo modo que ha ido cediendo progresivamente causas matrimoniales de separación y divorcio a favor de la jurisdicción civil en un número considerable de concordatos. *Vid.* NAVARRO VALLS, R., “Divorcio: orden público y matrimonio canónico”, Edit. Montecorvo, Madrid, 1972, p. 190 y 191.

de reconocimiento en el ámbito civil de las decisiones de separación canónica⁵⁵³.

En paralelo, la concordancia operada en nuestras normas civiles con el nuevo orden constitucional (art. 32.2 CE), especialmente en lo relativo al desarrollo legislativo estatal de la institución del matrimonio, inspirado en los principios de libertad, igualdad religiosa y laicidad del Estado español (arts. 14 y 16 CE), confirman la competencia de nuestras autoridades en las distintas causas matrimoniales “cualquiera que fuera la forma de celebración del matrimonio” (arts. 73, 81 y 85 C.c.e.).

La falta de claridad de los nuevos términos concordatarios, unido a las modificaciones de la normativa civil española, originaron fuertes críticas y posturas encontradas en la doctrina local⁵⁵⁴. Pero, lo que está claro es que, los cambios introducidos en el sistema regulador de la eficacia de decisiones canónicas han

⁵⁵³ Conforme al canon 1692.2, el Obispo podrá conceder licencia para que las partes puedan someterse a la jurisdicción civil si la decisión canónica no produce efectos civiles o se prevé que la sentencia civil no será contraria al Derecho divino. Según entiende la doctrina, tal disposición se ha interpretado por la jurisprudencia estatal como una licencia tácita para que las partes puedan acudir a los jueces estatales en causas de separación, cuando en realidad parece clara la exclusión de las causas de separación del Concordato de 1979. *Vid.* FERRER ORTIZ, J., “La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesíásticas en el Derecho español”, *Revista Ius et Praxis* (versión on line 0718-0012), vol. 14. núm. 2, 2008, cita núm. 67.

⁵⁵⁴ *Vid.* FERRER ORTÍZ, J., “El sistema matrimonial”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994, p. 945; M. LÓPEZ ALARCÓN, “El matrimonio canónico en el Derecho español”, *ADEE*, núm. 11, 1995, pp. 165 y ss.; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, pp. 536 y ss; SANCHO REBULLIDA, F., “Comentarios a los arts. 60 y 80 del Código Civil”, en J. L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y Divorcio. Comentario al Título IV del Libro Primero del Código civil*, Civitas, Madrid, 1982, p. 433; GÓMEZ COLOMER, J. D., “Comentario al art. 80 C.c. y a la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981”, en J. MONTERO AROCA (coord.), *Los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 160.

posibilitado desde entonces que las causas de nulidad del matrimonio celebrado bajo la forma canónica puedan dirimirse tanto ante la jurisdicción civil como ante la canónica (arts. VI. 2 Concordato y el art. 73 C.c.e.)⁵⁵⁵, así como que las decisiones adoptadas por las autoridades canónicas en causas de separación carezcan ya de cualquier repercusión en el ámbito civil. Esto último, en cambio, no significa que nuestro ordenamiento atribuya a los jueces estatales competencia exclusiva en materia de separación. Lo que sucede es que, a partir de la vigencia del Concordato de 1979 las decisiones de separación canónicas tienen, desde la perspectiva estatal, eficacia limitada a aquella jurisdicción. Cualquier otra lectura conduciría a la errónea conclusión de que también las decisiones civiles extranjeras de separación matrimonial deberían desconocerse por el ordenamiento español.

Por lo que concierne a las causas de disolución del matrimonio, el art. 85 C.c.e. reconoce que el matrimonio se disuelve “sea cual fuera la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. Así pues, el divorcio queda abierto no solo para los matrimonios canónicos celebrados a partir de la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio⁵⁵⁶, por la que se introduce en nuestro ordenamiento aquella institución, sino también para aquellos

⁵⁵⁵ *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN M.y NAVARRO VALLS R., *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 484-485.

⁵⁵⁶ *BOE* núm. 172, de 20 de julio de 1981.

matrimonios canónicos contraídos en fecha anterior a la entrada en vigor de la citada Ley⁵⁵⁷.

Finalmente, los supuestos de inconsumación del matrimonio se reservan con carácter exclusivo a la competencia del Pontífice Romano, y ello debido a que el régimen civil español no contempla dicha causa de disolución⁵⁵⁸.

La conclusión que cabe extraer de cuanto se acaba de exponer es clara: en la actualidad ambas jurisdicciones, civil y canónica, comparten competencia para dirimir las crisis que puedan afectar a los matrimonios celebrados en forma canónica (crisis a las que en ocasiones ofrecen soluciones que llegan a resultar incongruentes entre sí), quedando limitada la atribución de efectos civiles a las decisiones canónicas de nulidad y a las pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

2. Alcance del término “eficacia” en los arts. VI.2 del Concordado de 1979 y 80 C.c.e.

⁵⁵⁷ Recuérdese, no obstante, la declaración unilateral contenida en el art. VI. 3 del Concordato de 1979, que dispone: “La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales”. Tal declaración, como es lógico, no es vinculante para el Estado español, pues choca frontalmente con el reconocimiento constitucional del carácter disoluble de todo matrimonio (art. 32 CE).

⁵⁵⁸ *Vid.* FORNÉS DE LA ROSA, J., “Comentario a los cánones 1441 al 1 142 del Código de Derecho Canónico”, en A. MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (dirs.), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. III, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 1548 y ss; LÓPEZ ZARZUELO, F., *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado: Eficacia de la resoluciones pontificias: Doctrina, legislación Jurisprudencia y Formularios*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 75-115.

El art. VI.2 *in fine* del Concordato, en relación con las resoluciones dictadas por Tribunales eclesiásticos, dispone que “A solicitud de cualquiera de las Partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente”. En similares términos se expresa el art. 80 C.c.e., que establece que “Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las pontificias de matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

De la lectura conjunta de ambas disposiciones se desprende que la eficacia de las decisiones canónicas en el ámbito estatal debe entenderse referida la resolución en su conjunto, esto es, tanto al pronunciamiento principal como a los colaterales⁵⁵⁹. Sin embargo, la doctrina dominante sostiene que el efecto principal de las decisiones canónicas será el único reconocido en el ámbito civil, de forma tal que si la decisión canónica incluye otros

⁵⁵⁹ El TS, mediante sentencia de 31 de diciembre de 1982, reconoce que, “En el ámbito de conocimiento y decisión del juez civil para dar efectividad a las resoluciones pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos, si bien no alcanza a revisar el primordial efecto desvinculatorio de las resolución canónica sobre la nulidad o disolución del matrimonio rato y no consumado (canon 1 119), sí reviste plenitud de facultades, según es de entender con autorizada doctrina científica, por lo que atañe a los aspectos de carácter secundario, que van desde las prohibiciones circunstanciadas para contraer ulteriores nupcias, hasta las determinaciones sobre el ejercicio de las relaciones paterno-filiales, pasando por las declaraciones sobre la mala fe de alguno de los contrayentes, temas, todos ellos, que la jurisdicción civil puede avocar en su integridad y con total autonomía, dilucidando con su comprobación si se ajustan los pronunciamientos del Tribunal Eclesiástico al Derecho del Estado y, en qué medida como así lo impone el vigente artículo 80”.

pronunciamientos accesorios, éstos no tendrán eficacia ni serán reconocidos⁵⁶⁰, aunque algunas veces se muestran contrarias a este postulado⁵⁶¹.

Esta es también la postura mayoritaria de la jurisprudencia española, cuyo origen nace de la interpretación que la doctrina vinculante del TC introdujo a través de las sentencias 1/1981, de 26 de enero y 6/1997, de 13 de enero y de la que parece derivar el alcance real de la eficacia de estas decisiones.

En la primera de estas sentencias se debatía en amparo, en un momento de aplicación transitoria del Concordato de 1953, el reconocimiento de una resolución canónica de separación que también resolvía sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos. El TC, tras reconocer la indiscutible aplicación transitoria del derogado Concordato en asuntos pendientes al tiempo de la entrada en vigor del nuevo Acuerdo de 1979, estimó que aquellas disposiciones ya no eran acordes con los principios constitucionales

⁵⁶⁰ *Vid.* SANCHO REBULLIDA, F., “Comentario...”, *op. cit.*, pp. 503-504.; SANCIÑEDA ASURMENDI, C., *El reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 168.

⁵⁶¹ En este sentido LÓPEZ -MUÑIZ GOÑI, M., *La ejecución de sentencias en materia matrimonial*, Colex, Madrid, 2008, pp. 440 y 443. Para este autor, “lo que sí debe valorar el Juez civil es si se ajustan al Derecho del Estado los elementos complementarios de la sentencia, es decir, las cuestiones que afectan otros derechos exclusivamente eclesiásticos (prohibición de contraer nuevas nupcias, por ejemplo) o a cuestiones de repercusión civil (la mala fe de uno de los esposos como causante de la nulidad del matrimonio), y, especialmente todos los efectos complementarios de la sentencias matrimoniales, tales como las relaciones paterno-filiales o económicas, que en principio no deben ser objeto del acuerdo eclesiástico, pero que si se contuvieran en la sentencia, deben ser valorados por el Juez civil”. Más adelante añade: “Mayor importancia puede tener lo relativo a la declaración y cumplimiento de los efectos relativos a las relaciones paterno-filiales y patrimoniales. Si se hubieran acordado por el Tribunal eclesiástico y reconocida su validez por el Juez civil, podría entenderse que se ejecutarían directamente en pieza separada del mismo procedimiento especial en el que consta” (negritas fuera del texto).

de aconfesionalidad (art. 16 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE) que el nuevo orden constitucional propugnaba (FJ 9º y 10º). Y concluyó que los jueces habían actuado en el caso como meros ejecutores de la sentencia canónica en la cuestión referente a los hijos, y que, al no haber ejercido la potestad jurisdiccional que le correspondía por imperativo del art. 117.3 CE, había tenido lugar una violación del derecho a la tutela jurisdiccional, pues el juez civil había dejado conocer al Tribunal eclesiástico de una causa que era de la exclusiva competencia del juez estatal (FJ 11º)⁵⁶².

Siguiendo el postulado acogido en esta primera decisión, el TC en la Sentencia 6/1997, acotó aún más el alcance real del término “eficacia” en el ámbito civil español, reiterando que corresponde al juez civil determinar con carácter exclusivo los efectos civiles de las decisiones canónicas, no siendo posible el reconocimiento de los pronunciamientos colaterales contenidos en tales decisiones al no estar integrados en el ámbito del Concordato⁵⁶³.

⁵⁶² Al referirse a la decisión eclesiástica, el TC reconoce que “desde la base de estos principios, una interpretación coherente postula que en cuanto atañe a los efectos civiles, regulados por la Ley civil, es el Juez quien dirime las contiendas”.

⁵⁶³ “En rigor tales extremos económicos patrimoniales, como declaró la STC 1/1981, para los relativos a las relaciones paterno-filiales de una resolución eclesiástica, serían además extraños al ámbito de lo que, en virtud de dichos Acuerdos, resulta constitucionalmente admisible como propio de las decisiones eclesiásticas sobre nulidad matrimonial. En dicha Sentencia, tras detenido análisis se afirmó claramente que los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas -allí separación, aquí sobre nulidad-, regulados por la ley civil, son de la exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles (fundamento jurídico 10º), en tanto en cuanto los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 C.E.) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 C.E.) obligan a matizar, desde la entrada en vigor de la Constitución, la aplicación de reglas, como las derivadas del Concordato de 1953”.

El reconocimiento que en las dos sentencias del TC se llevaba a cabo de la exclusividad de la jurisdicción civil respecto de los efectos civiles de las decisiones canónicas venía a suponer una importante desviación respecto del régimen autónomo de eficacia de decisiones civiles extranjeras. Y ello, no solo en cuanto a la posibilidad de que a través del mismo procedimiento de homologación (*exequátur*) se dé efecto a los pronunciamientos – principal y accesorios- contenidos en una decisión extranjera de divorcio, separación o nulidad matrimonial, sino también en lo relativo a la posibilidad de extender al ámbito estatal los efectos derivados de estas causas matrimoniales en el país de origen⁵⁶⁴. Sin embargo, lo más preocupante, no era el distinto tratamiento de uno y otro tipo de decisiones sino el fundamento jurídico del que se hacía derivar la competencia exclusiva de nuestros órganos jurisdiccionales para la fijación de los efectos colaterales dimanantes de las causas matrimoniales canónicas: el art. 117.3 CE.

En nuestra opinión, del art. 117.3 CE no se deduce la competencia exclusiva de nuestros jueces en materias complementarias resueltas por las decisiones canónicas. Aquel solo se refiere al ejercicio en exclusiva de la potestad jurisdiccional por parte de nuestros Jueces y Tribunales, que serán los únicos que

⁵⁶⁴ El reconocimiento de las decisiones extranjeras puede tener distintos efectos: unos son jurídico-procesales (de cosa juzgada y ejecutivo), y otros jurídico-materiales (constitutivo, declarativo o de condena). Para determinar el alcance que el reconocimiento de una decisión extranjera puede tener en el Estado requerido, en el Derecho comparado se siguen dos modelos: el de equiparación y el de extensión de los efectos. El modelo seguido por España es el de extensión de los efectos. Según este modelo, el alcance de los efectos de una decisión se determinará de acuerdo con el Derecho del país de origen de la decisión. *Vid.* GARAU SOBRINO, F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 30-39.

juzguen y hagan ejecutar lo juzgado, con total independencia e imparcialidad, sin injerencia de otros poderes del Estado e instituciones, potestad que, además, ejercerán, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan.

Descartado que de la mentada norma constitucional pueda deducirse la competencia exclusiva de nuestras autoridades para decidir sobre las cuestiones accesorias en las causas matrimoniales canónicas, es preciso subrayar que dicha competencia exclusiva tampoco se puede extraer ni del art. VI.2 del Concordato ni del art. 80 C.c.e., cuyo tenor ya hemos reproducido. Una cosa es que los jueces estatales sean los únicos competentes para declarar la eficacia en el ámbito civil de las decisiones canónicas, y otra distinta es que la jurisdicción estatal disponga de competencia exclusiva para fijar los efectos colaterales de tales decisiones, pues, de ser así, tampoco cabría reconocer eficacia a los pronunciamientos colaterales que las decisiones extranjeras pudieran contener. De los preceptos antes citados tan solo se colige la imposibilidad de reconocer en el ámbito civil las decisiones en materia de separación adoptadas por jueces canónicos. La competencia de nuestros jueces sobre las cuestiones complementarias únicamente se podría inferir de manera indirecta, del limitado alcance material del art. VI.2 del Concordato, referido a las resoluciones canónicas de nulidad y a las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado⁵⁶⁵. Pero, lo que está claro es que ni de este precepto ni del art. 80 C.c.e. cabe extraer una competencia exclusiva a favor de nuestros jueces ni en las causas matrimoniales, ni en las cuestiones complementarias que de tales causas se puedan suscitar.

⁵⁶⁵ Vid. ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 247-249.

A pesar de cuanto se acaba de exponer, lo cierto es que, en la práctica, los jueces españoles ante los que se hace valer una decisión canónica limitan la declaración de eficacia civil al pronunciamiento principal, no dando efecto a los pronunciamientos colaterales que en la referida decisión canónica se contengan. Esta circunstancia, no obstante, no ha generado mayor tensión entre la Iglesia y el Estado español. Y ello por cuanto el tratamiento que las autoridades españolas ofrecen a los pronunciamientos colaterales de las decisiones canónicas puede considerarse que trae causa de lo dispuesto en el c. 1672, que establece: “Las causas sobre los efectos meramente civiles del matrimonio pertenecen al juez civil”⁵⁶⁶.

Es obvio que existe un desacertado tratamiento normativo de las decisiones canónicas. Si existía consenso entre la Iglesia y el Estado español en que la declaración de eficacia de estas decisiones presentaba caracteres diferenciales respecto de la atribución de efectos de las decisiones civiles extranjeras, lo correcto habría sido que tales diferencias se hubieran visto reflejadas tanto en el art. VI.2 del Concordato como en el art. 80 C.c.e., en lugar optar por una formulación difusa susceptible de toda clase de interpretación.

Para concluir, debemos significar que la declaración de eficacia civil de decisiones canónicas por parte de nuestros jueces, limitada al pronunciamiento principal, no implica en ningún caso la atribución a las referidas decisiones de los efectos que les reconoce

⁵⁶⁶ Así lo subrayan SANCIÑEDA ASURMENDI, C., *El reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 167-168 y BABER CÁRCAMO, R., “La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio”, en J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, vol. I, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 506.

el propio Derecho Canónico⁵⁶⁷, siendo el Derecho español el encargado de fijar los efectos de dichas decisiones. Ello supone una clara quiebra del modelo de la extensión de los efectos predicado en el ámbito de la eficacia de las decisiones civiles extranjeras en el sistema de validez español. Esta particular circunstancia, como tendremos oportunidad de evidenciar más adelante, cobrará especial relevancia a efectos del control de no contradicción.

3. El ajuste al Derecho del Estado español

Los arts VI *in fine* del Concordato y 80 C.c.e. reconocen expresamente que las resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado mediante resolución dictada por el juez civil competente.

La declaración del ajuste al Derecho del Estado ha sido una de las cuestiones más discutidas por nuestra doctrina, dividida entre

⁵⁶⁷ Las decisiones canónicas producen solo el efecto constitutivo/declarativo, pero no el ejecutivo, ya que las acciones constitutivas no precisan ejecución, aunque sí originan actos de ejecución impropia, como, por ejemplo, el aC.c.e.so al Registro civil español a efectos de modificar una inscripción practicada previamente. Las referidas decisiones carecen del efecto de cosa juzgada (cánones 1641-1644 y art. 291 de la Instrucción *Dignitas connubii* (en adelante DCI). De esta forma, aunque haya dos sentencias conformes y ello determine la firmeza y la cosa juzgada, podrían impugnarse ante el Tribunal de apelación a través del recurso especial de la nueva proposición de la causa o revisión, siempre que se den las condiciones del canon 1 644.y del art. 291 DCI. *Vid.* SANCHO REBULLIDA, F., “Comentario...”, *op. cit.*, pp. 499-500; ESCRIBÁ IVARS, J., *El proceso contencioso declarativo de nulidad de matrimonio canónico*, EUNSA, Pamplona, 2009, pp. 83 y 84; C. SANTIAGO PIANIZO, O., “La segunda instancia y los demás recursos o remedios procesales en la Instrucción *“Dignitas Connubii”*: Novedades, correcciones e innovaciones”, en R. RODRÍGUEZ CHACÓN y L. RUANO ESPINA (coords.), *Los procesos de nulidad de matrimonio canónico hoy*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 105-107, DE DIEGO LORA, C., “Comentario al canon 1944”, en A. MARZOA, J.MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, vol. IV/2, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 1710.

los que defienden la interpretación formal del ajuste, de los que progugnan una interpretación sustancial.

La postura mayoritaria observada en nuestra doctrina⁵⁶⁸ con amplio apoyo jurisprudencial⁵⁶⁹ defiende que la declaración de ajuste al derecho del Estado es una cuestión formal. Se trata de un control procesal de la decisión canónica que sujeta la homologación de la decisión canónica a la superación de las exigencias previstas en el art. 954 LEC 1881, excluyente de la revisión del fondo. En cambio, un sector minoritario de la doctrina interpreta el ajuste como una cuestión de fondo⁵⁷⁰, por lo que el juez debería controlar,

⁵⁶⁸Sobre este punto PÉREZ ÁLVAREZ apunta que «si se reconociesen efectos jurídicos de las sentencias canónicas basadas en la nulidad o disolución por causas que no aparecen contempladas como tales en el Código civil, se produciría la lesión al principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por motivos religiosos del artículo 14 del Texto constitucional». Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el Derecho español*, Valencia, 2006, pp. 107 y 128 y ss; NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso ante el Derecho Español*, Madrid, 1984, pp. 165-169; id: “El matrimonio religioso”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*. Ferrer Ortiz, J. (coord.), Eunsa, Pamplona. 2004, pp. 313; FERRER ORTIZ, R., “Comentarios al artículo 80”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primerodelCódigo civil* (coord. LACRUZ BERDEJO), 2ª edic., Civitas, Madrid, 1994, pp. 809- 818. Vid. FERRER ORTIZ, J., “La eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995”, *RDP*, 1996, pp. 480 y ss; BONET NAVARRO, Comentario a la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al téitu IV del Libro Primero del Código Cvil*, 2ª edic. (coord. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, pp. 1412-1413; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. IV, Barcelona, 1991, p. 37; LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, p.113.

⁵⁶⁹Vid. Autos TPI (nº. 22) de Madrid de 7 de diembre de 1981 y de 16 de septiembre de1982; AAP Valencia de 11 noviembre de 1985 y SSTS de 1 julio de 1994, 5 marzo de 2001, 23 noviembre de 1995 y de 23 marzo de 2005.

⁵⁷⁰BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La ejecución de sentencias eclesiásticas de separación matrimonial por la jurisdicción civil después de la Constitución.Comentario a la sentencia del Tribunal constitucional de 26 de enero de 1981”, *REDC*, núm. 3, 1981, pp. 158 y ss; GUZMAN ZAPATER, Novedades en materia de resluciones ecleiásticas sobre nulidad matrimonial, *Aranzadi Civil*, núm. 13, 2002, p. 2152; DE SALAZAR ABRISQUETA, J., “La clausula de ajuste al Derecho del Estado en la eficacia civil de las sentencias

además de los requisitos previstos en el art. 954 LEC 1881 (control procesal), que las causales traídas del Derecho canónico converjan con las previstas en el art. 73 C.c.e.⁵⁷¹ (control sustancial). Desde esta perspectiva no sería posible el ajuste si la identidad causal no se produce⁵⁷².

La abundante jurisprudencia del TS en ha dejado claramente sentado que la homologación de la decisión extranjera no implica la búsqueda de un rígido paralelismo causal⁵⁷³. No vulneran el orden público español las resoluciones eclesiásticas de nulidad matrimonial que se fundamenten en una causa religiosa⁵⁷⁴ ni la falta

eclesiásticas de nulidad de matrimonio”, en *Aspectos jurídicos de lo religioso en la sociedad plural*, Salamanca, 1987, p. 443; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Nota a la SAP de Sevilla, de 3 de abril de 1990”, *REDI*, 1991, 2, pp. 519 y 520; id: “Reconocimiento de resoluciones dictadas por tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonioa canónico”, *REDI*, 1983, vol. XXXV, núm. 2, pp. 513-516; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Libertad de conciencia y matrimonio”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, San Sebastián, 2001, p. 63-80.

⁵⁷¹También los arts. 81 y 85 C.C.E. si hablamos de separación y divorcio.

⁵⁷²*Vid.* SAP de Madrid de 2 de agosto de 2001.

⁵⁷³ La STS de 1 de julio de 1994 reconce que el ajuste implica la fiscalización de dos extremos: a) la autenticidad de la sentencia; y b) la adecuación de la misma al Derecho del Estado. En igual sentido véase AAJPI de Madrid de 7 de diembre de 1981 y de 16 de septiembre de 1982, AAT Valencia de 11 noviembre de 1985 y SSTS de 1 julio de 1994, 17 de junio de 1996, 5 y 8 de marzo de 2001 y de 23 marzo de 2005.

⁵⁷⁴ La doctrina se muestra unánime en defender el rechazo de decisiones canónicas de nulidad fundadas en causales que contemplen impedimentos estrictamente religiosos que puedan comprometer el orden público español. Al tiempo que defiende aquellas causas de nulidad que sin encontrar su homóloga en causales civiles de nulidad, no resultan atentatorias de principios y valores fundamentales. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, p. 81; y MARTINELL, J. M., “Incidencia de la causa de nulidad canónica en la declaración de ajuste”. *ADEE*, vol. IV, 1988, pp. 543-545. Asimismo el TS en sentencia de 23 de noviembre de 1995 ha desechado la tesis de la identidad causal, razonando que, “... conforme a los Tratados vigentes con la Iglesia Católica no cabe deducir que la Iglesia tenga que

de coincidencia con alguna de las causales previstas en el orden civil⁵⁷⁵. Se trata de un control de no contradicción con el orden público español⁵⁷⁶ a fin de acomodar las decisiones derivadas de la jurisdicción canónica que al orden civil a través del “ajuste”.

A) Procedimiento para la declaración de eficacia civil de las resoluciones canónicas

Hasta la entrada en vigor de la nueva LEC, el procedimiento de eficacia de decisiones canónicas se regía por la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio. El art. 748.5 LEC, correspondiente al Capítulo I, del Título I, del Libro IV (“De

acomodar su normativa en la materia a la normativa civil (...). El orden público ha de estar no solo al servicio del Estado sino preferentemente de los ciudadanos y sus derechos inviolables, uno de los cuales es el matrimonio canónico (...). Al resultar acomodado el orden público interno a la celebración del matrimonio canónico, que el Código civil prevé en sus artículos 49 y 60 con reconocimiento de efectos civiles -y consiguiente envío a las norma canónicas-, los particulares que en uso de su libertad de conciencia aC.c.e.den libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecte también al momento de extinción del matrimonio (...), sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes, cuando no resulta incidencia constatada en el orden público interno, ni choca frontalmente con los principios generales de nuestro Ordenamiento Jurídico”.

⁵⁷⁵ Las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado son un típico de la falta de correlación causal. *Vid.* CUBILAS RECIO, L. M., “El ajuste al Derecho español de determinadas causas matrimoniales canónicas”, en *Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio en homenaje al profesor Dr. José María Díaz Moreno*, (coords. J.M Castán Vázquez, C. Guzmán Pérez, T. M. Pérez-Agua López, J. M. Sánchez García), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 966-967.

⁵⁷⁶ *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El orden público como límite al derecho de libertad religiosa”, en *El Desarrollo de la Constitución Española de 1978* (coord. M. RAMÍREZ JIMÉNEZ), Zaragoza, 1982, pp. 111-120; MONTILLA DE LA CALLE, A., “Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo”, en *Libertad y derecho fundamental* (coord. I. C. Iván), Edersa, Madrid, 1989, pp. 191-204.

los procesos especiales”), establece que todas las disposiciones de este Título serán de aplicación a los procesos de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial. En concreto, el nuevo procedimiento fijado por el art. 778 1 y 2 LEC bajo la rúbrica “*Eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado*”, distingue en atención a si las partes han solicitado o no junto a la demanda de homologación de la decisión canónica la adopción o modificación de medidas adoptadas con anterioridad en un proceso de divorcio o separación civil.

Si con la demanda de homologación no se interesa la adopción o modificación de medidas provisionales, el art. 778. 1 LEC contempla una vía rápida y sencilla para su tramitación, debiendo acompañarse la demanda de testimonio literal y auténtico de la resolución eclesiástica cuya homologación se solicita, así como de acreditación de que ésta es firme y no se ha dictado en rebeldía del demandado o sin su presencia, además de certificación de inscripción en el Registro Civil. La demanda podrá presentarse por cualquiera de las partes por separado o de mutuo acuerdo. En este último caso, junto a la demanda de homologación se acompañará una propuesta de convenio regulador. Admitida la demanda, el juez requerido deberá comprobar si dispone de competencia (territorial) a estos efectos, extremo que acreditarán los propios interesados. El tribunal dará audiencia o traslado de la demanda a la contraparte (en caso de no haberse solicitado de mutuo acuerdo) y al Ministerio Fiscal para que en el término común de diez días hagan sus correspondientes alegaciones, de modo que las partes podrán contestar manifestando su conformidad con la homologación solicitada o, en su caso, oponerse a ella. De de cumplirse los

requisitos del art. 954 LEC 1881, el juez civil procederá a la homologación de la resolución canónica de nulidad, sin perjuicio de que las partes con posterioridad interesen la adopción o modificación de las medidas complementarias a través del procedimiento correspondiente.

Si junto a la demanda de homologación se hubiere solicitado la adopción o modificación de medidas (art. 778.2 LEC), se seguirá el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 770 LEC. En este caso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 774 y 775 LEC, habrá que distinguir igualmente si el reconocimiento de los efectos civiles de la decisión se ha solicitado por uno de los cónyuges o por ambos de mutuo acuerdo. En el primer caso, se seguirán los trámites previstos en el art. 770 LEC (juicio verbal). En el segundo, se habrán de seguir los trámites previstos para la obtención de la separación judicial o el divorcio por mutuo acuerdo (art. 777 LEC). En este último supuesto, nos encontramos, pues, con que la decisión canónica de nulidad podría enfrentarse a dos situaciones. La primera, que en proceso de divorcio o separación anterior no se hayan adoptado medidas, en cuyo caso, el tribunal deberá resolver sobre estos extremos. La segunda, que en proceso de divorcio o de separación anterior se hayan adoptado medidas, en cuyo caso, no procedería la adopción de nuevas medidas sobre las que se haya pronunciado previamente el juez, excepto si han variado sustancialmente las circunstancias⁵⁷⁷ tenidas en cuenta al momento de acordarlas (art. 775 LEC). En tal caso, las partes junto a la homologación de la decisión canónica de nulidad podrían interesar la modificación de cualquier medida

⁵⁷⁷ Véase el epígrafe dedicado a la modificación de las decisiones.

adoptada en proceso de divorcio o de separación matrimonial anterior.

Como se observa, a diferencia de la regulación anterior - disposición adicional segunda de la Ley 30/1980- la oposición del demandado carece de valor ya que la declaración de eficacia se hace depender únicamente del cumplimiento de las condiciones previstas en el art. 954 LEC 1881, aunque las partes, incluido el Ministerio Fiscal, manifiesten su conformidad o no con el proceso⁵⁷⁸.

El auto denegatorio de la eficacia podrá recurrirse, sin perjuicio del derecho ejercitar un nuevo procedimiento de nulidad ante la jurisdicción civil, bien conforme la Disposición Adicional quinta⁵⁷⁹ o conforme al procedimiento declarativo ordinario⁵⁸⁰, e incluso, abandonar la vía de la nulidad e instar el divorcio del matrimonio canónico ante la jurisdicción civil⁵⁸¹.

B) Condiciones para el reconocimiento de las decisiones eclesíásticas

De conformidad con el art. 80 C.c.e. *in fine* para declarar ajustadas al Derecho del Estado las resoluciones canónicas de

⁵⁷⁸ Vid. LÓPEZ –MUÑIZ GOÑI, M., *La ejecución de sentencias en materia...*, *op. cit.*, p. 443.

⁵⁷⁹ Si las causas de nulidad están asociadas a las previstas en los apartados 2 y 3 del art. 73 C.C.E. (matrimonio celebrado entre determinados parientes sin haber mediado dispensa y el celebrado sin la intervención del Juez o funcionario ante quien deba celebrarse o sin los testigos).

⁵⁸⁰ Si las causas de nulidad son de las previstas en los apartados 1, 4 y 5 del art. 73 C.C.E. (matrimonio celebrado sin consentimiento, matrimonio celebrado por error o el contraído por coacción o miedo grave).

⁵⁸¹ Vid. LÓPEZ –MUÑIZ GOÑI, M., *La ejecución de sentencias en materia...*, *op. cit.*, p. 444.

nulidad matrimonial y las pontificias de matrimonio rato y no consumado éstas quedarán sometidas al control de condiciones previstas en el art. 954 LEC 1881, si bien tal remisión se constriñe exclusivamente, -según ha ratificado la doctrina⁵⁸² y la jurisprudencia española⁵⁸³- al conjunto de condiciones allí establecidas y no al procedimiento de *execuátur*.

⁵⁸² Actualmente parece haber consenso a la hora de valorar que el procedimiento de homologación de sentencias eclesiásticas de nulidad no se puede identificar con el de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sino que se ha remitido de forma analógica cuando tiene lugar en control interno de la decisión. Véase que el art. 80 C.C.E. la hace al conjunto de condiciones para el reconocimiento, pero en ningún caso al procedimiento de *execuátur* lógicamente pensado para la validez extraterritorial de sentencias extranjeras. Así, “la referencia del artículo 80 a la ley procesal es puramente analógica, esto es, que no se trata de equiparar de modo absoluto la sentencia canónica a la extranjera, pues en aquélla concurren unos condicionamientos legales, concordados unos, de ejecución interna otros, que acentúan la disimilitud entre una y otra. Esto fuerza a concluir que las condiciones del artículo 954 hay que interpretarlas a la luz de la *mens legislatoris* que subyace en el sistema entero, teniendo en cuenta su específica lógica interna, que es propiciar al máximo la tutela jurisdiccional de los derechos individuales”. *Vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R., “Artículos 73 a 80”, en RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código civil*, tomo II, vol.2º, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 740 y 741; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 119-124; SANCHO REBULLIDA, F., “Comentario al artículo 80 del Código civil”, *op. cit.*, p. 503; SOUTO PAZ, J. A., *Derecho eclesiástico...*, *op. cit.*, p. 471; LÓPEZ ARANDA, M., “Las resoluciones matrimoniales canónicas y su ajuste al Derecho del Estado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 1986, pp. 113 y 148; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La reforma del sistema...*, *op. cit.*, p. 81; y Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTROS, A.,.

⁵⁸³ El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente acerca del régimen aplicable a resoluciones matrimoniales canónicas derivadas de Tribunales eclesiásticos radicados en el extranjero, indicando que el procedimiento de *execuátur* contemplado para el régimen autónomo de validez extraterritorial prevista en los artículos 951 y ss. de la LEC 1881 queda excluido en estos supuestos, siendo la autoridad competente en para la declaración de eficacia de las decisiones canónicas el Juzgado de Primera Instancia. De esta forma ratifica la vieja doctrina asentada en sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1916, de 7 de noviembre de 1921 y de 26 de enero de 1928. Sobre este particular véase Autos de 13 de enero de 1983 y de 27 de noviembre de 1942.

Antes de entrar en el examen de las condiciones de reconocimiento contempladas en el art. 954 LEC 1881, es preciso acotar previamente que la de firmeza es primera condición que deberá cumplir la decisión canónica para declararla ajustada al Derecho español⁵⁸⁴, aún cuando esta exigencia no se contemple dentro de las previstas en el régimen de condiciones del 954 LEC 1881 ni los arts VI del Condortado ni 80 C.c.e. se refieran a esta condición. Y ello porque la firmeza de la decisión constituye un presupuesto previo e ineludible en cualquier régimen de validez (art. 951 LEC 1881).

Para determinar si la decisión canónica de nulidad es firme, hay que tener presente para el Derecho canónico se entiende por tal dos sentencias conformes y esta doble conformidad también van a determinar la cosa juzgada (c. 1 6 41 al 1 6 44), por lo que la cosa juzgada y la firmeza se identifican procesalmente⁵⁸⁵. Por tanto, las partes, tras haber sido notificadas de la sentencia o decreto confirmatorio de nulidad matrimonial recuperan su capacidad para contraer matrimonio bajo la forma canónica. En cualquier caso, hay que tener presente que la nulidad matrimonial alcanza su condición de ejecutiva dentro del proceso ordinario si existe doble sentencia conforme de nulidad dictada o bien con una única sentencia de nulidad si se trata de un proceso documental de nulidad, o de una sentencia de nulidad confirmada por decreto ejecutorio.

⁵⁸⁴ *Vid.* Art. 951 LEC 1881.

⁵⁸⁵ PANIZO ORALLO, S., “La segunda instancia y los demás recursos o remedios procesales en la Instrucción “*Dignitas Connubis*”: novedades, concreciones e innovaciones”, en *Los procesos de nulidad del matrimonio canónico hoy*, R. RODRÍGUEZ CHACON y L. RUANO ESPINA (coords.), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 90-113, concretamente p. 105.

En caso de que se trate del rescripto pontificio de dispensa de matrimonio rato y no consumado, al ser inapelable⁵⁸⁶, alcanza su firmeza inmediatamente⁵⁸⁷.

Verificada la firmeza y ejecutoriedad de las decisiones canónicas de nulidad o la pontificia de matrimonio rato y no consumado, el juez requerido deberá controlar el cumplimiento de las exigencias contempladas en el art. 954 LEC 1881, entre ellas: a) que las ejecutorias provengan de una acción personal (art. 954.1); b) que no haya sido dictadas en rebeldía (954.2); c) que la obligación para cuyo cumplimiento haya sido lícita en España (art. 954.3); d) que la carta ejecutoria haya sido considerada auténtica en el país donde se ha dictado y en España.

Asimismo, tendremos ocasión de profundizar cómo se manifiestan en este ámbito aquellas condiciones que no estando previstas expresamente por el art. 954 LEC, vienen siendo exigidas por la jurisprudencia de nuestro país, en aplicación del régimen estatal de validez extraterritorial de decisiones civiles.

a) Condiciones exigidas por el art. 954 LEC 1881

i) Que las ejecutorias provengan de una acción personal

Por su propia naturaleza las demandas nulidad matrimonial y las relativas a decisiones pontificias sobre dispensa de matrimonio

⁵⁸⁶ STS de 17 de junio de 1996.

⁵⁸⁷ *Vid.* ESCRIVÁ IVARS, J., *El proceso contencioso declarativo de nulidad del matrimonio canónico*, EUNSA, Pamplona, 2009, pp. 83 y 84.

rato y no consumado son acciones personalísimas ejercitables por cualquiera de los cónyuges⁵⁸⁸.

ii) Que no haya sido dictadas en rebeldía

Cualquiera que sea régimen de validez aplicable extraterritorial aplicable de decisiones extranjeras (institucional, convencional o autónomo), la rebeldía del demandado⁵⁸⁹ ha de ser interpretada con el mismo alcance, esto es, la posibilidad del demandado de comparecer y defenderse en el proceso, respetando las garantías procesales. Con esta condición se pretende garantizar que los derechos de defensa del demandado sean observados a través de la notificación en la forma y con tiempo suficiente para articular su defensa y si estas condiciones son cumplidas se tiene por satisfecho del derecho a la tutela judicial efectiva como garantía del debido proceso, en base al principio de contradicción y audiencia (art. 24 CE). Se trata, en cualquier caso, de una rebeldía involuntaria, ya que la incomparecencia del demandado regularmente citado y emplazado en el proceso canónico seguido en su contra (rebeldía voluntaria) no supone un impedimento para el reconocimiento de la decisión canónica en sede civil.

El proceso de nulidad canónica se encuentra regulado en el Libro VII, Parte III, Título I del Código de Derecho Canónico de

⁵⁸⁸*Vid.* NAVARRO VALLS, R., El matrimonio religioso, en Derecho eclesiástico del Estado español, (coord. JAVIER FERRER ORTIZ), 5ª edic., EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 314.

⁵⁸⁹STS de 27 de junio de 2002. *Vid.* CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La rebeldía en el proceso canónico y su proyección sobre el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias eclesiásticas. Consideraciones acerca de la sentencia 644/2002, del Tribunal Supremo de 27 de junio”, *Aranzadi Civil*, núm. 16, 2002, pp. 13-36.

1983 (en adelante CDC)⁵⁹⁰ y ha tenido un desarrollo y completamiento a través de la Instrucción “*Dignitas Connubii*”⁵⁹¹ (en adelante, DCI) y plantea algunas singularidades que lo distinguen de los procesos civiles de nulidad matrimonial.

La DCI contiene una minuciosa regulación del proceso de nulidad que ha permitido reordenar, interpretar y completar las normas procesales contenidas en el vigente CDC, con la finalidad de facilitar la aplicación e interpretación del proceso canónico de nulidad a los jueces y ministros de los tribunales católicos⁵⁹² y es de carácter vinculante para todos los tribunales diocesanos e interdiocesanos y para todos los que intervienen en estas causas.

En primer lugar, la nulidad matrimonial podrá encauzarse bien a través del proceso declarativo de nulidad (c.1671 y art. 1691) o mediante el proceso documental. En el primer caso se trata de un proceso contencioso ordinario que consta de varias fases: instructoria o probatoria, disuasoria, resolutoria, e impugnatoria⁵⁹³. Admitida la demanda, el tribunal deberá llamar a juicio o citar a la

⁵⁹⁰Con la entrada en vigor del nuevo CDC de 1983 se han incorporado algunas regulaciones novedosas y más garantistas para las partes.

⁵⁹¹La DCI fue aprobada por el Romano Pontífice, el 8 de noviembre de 2004 no se encuentra publicada en *Acta Apostolicae Sedis*, sino que el Pontificio Consejo ha realizado una traducción al español del texto oficial editada por la Librería Editrice Vaticana.

⁵⁹²Acerca de las características de la DCI, posición en el Derecho canónico y su jerarquía normativa, *Vid.* GONZÁLEZ AYSTA, J., “Valor jurídico de la Instrucción “*Dignitas Connubii*” en el marco del sistema normativo canónico de fuentes del Derecho, en *Los procesos de nulidad de matrimonio canónico hoy*, RODRÍGUEZ CHACON RAFAEL y RUANO ESPINA L. (coords.), Dykinson S.L, Madrid, 2006, pp. 51-73.

⁵⁹³ Sobre las distintas fases del proceso de nulidad. *Vid.* ESCRIBÁ IVARS, J., *El proceso contencioso declarativo de nulidad...*, *op. cit.*, pp. 15-82.

parte demandada, definiendo si debe responder por escrito o comparecer ante el tribunal a esclarecer las dudas. Si el juez ha ordenado al demandado responder por escrito, la primera citación se hace por escrito y se notifica a las partes (c.1509 y art. 130 DCI), junto a la demanda y con indicación del juez actuante y del defensor del vínculo⁵⁹⁴. Pero si el demandado se niega a ser notificado se entiende como legítimamente citado (c. 1510 y art. 133 DCI) y si no comparece (ni se allana, ni se opone, ni responde, ni ofrece una excusa razonable), es declarado ausente del juicio. No obstante, antes de la declaración de ausencia, debe emanar un segundo decreto -si fuera necesario mediante una nueva citación (a. 126 DCI)- donde deberá constar que la citación legítimamente practicada llegó al demandado en tiempo útil para articular su defensa (c.1592 y art. 138 DCI)⁵⁹⁵. En caso de que la citación no se haya practicado legítimamente será causa de nulidad de las actuaciones (c. 1511 y art. 128 DCI).

La declaración de ausencia del juicio no impide, sin embargo, que el demandado pueda aducir conclusiones y pruebas en cualquier momento anterior a la resolución del asunto (c. 1593 y art. 139 DCI), ni la posterior notificación de decisión (art. 134.3 DCI), excepto, si al momento de ser notificado declara expresamente que rechaza cualquier notificación relativa a la causa. En tal caso, se entiende que también renuncia a obtener la notificación de la

⁵⁹⁴La figura el defensor del vínculo, tiene como función primordial aportar cuanto se pueda aducir a favor de la validez del vínculo conyugal. Se garantiza así, incluso en los casos en que ambos cónyuges coinciden en afirmar que su matrimonio fue nulo, que se mantenga el contradictorio procesal.

⁵⁹⁵*Vid.* ESCRIBÁ IVARS, J., El proceso contencioso declarativo de nulidad de matrimonial canónica, Eunsa, Pamplona, 2009, pp. 30-32.

decisión (art. 238.3 DCI), si bien podrá ser notificado de la parte dispositiva de la sentencia. No obstante, el hecho de no haber comparecido o respondido antes de la resolución del asunto, no impedirá que pueda impugnar la sentencia adoptada, incluso, podrá establecer querrela de nulidad si se llegara a demostrar que su ausencia ha tenido lugar por causa que no le es imputable y que no pudo demostrar con antelación (art.139.2 DCI y c. 1593.2).

Ahora bien, en determinados casos excepcionales -razones graves y fundadas- el Derecho canónico permite posponer la notificación de la demanda al momento de la comparecencia del demandado al juicio. En tales supuestos, la DCI aclara la necesidad de motivar adecuadamente tal posposición, exigiendo el c. 1507.2 que la comparecencia de las partes ante el tribunal “para tratar la causa” se haga constar en acta.

Finalmente, han sido especialmente novedosas las reglas introducidas por los artículos 130-134 DCI, acerca de cómo proceder en caso de que no puedan notificarse las citaciones, decreto, sentencias y otros actos judiciales cuando se ignora el paradero del demandado. En tal caso, el juez podrá continuar con el proceso, pero deberá hacer constar en autos la práctica de una celosa averiguación en tal sentido (art. 132 DCI) con la finalidad de justificar la posterior notificación a través de edictos (c. 1510 y art. 132.1 DCI)⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶*Vid.* ARROBA CONDE, M. J, “La primera Instancia en la Instrucción Dignitas Connubii. Novedades, concreciones e innovaciones”, en *Los procesos de nulidad de matrimonio canónico hoy*, R. CHACON RAFAEL y L. RUANO ESPINA (coords.), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 51-73.

El segundo cauce procesal para la declaración de nulidad es mucho más sencillo. Como su propio nombre indica se apoya en un documento que por el valor de su contenido se erige en prueba bastante para acreditar la causa de nulidad alegada. En el art. 295 DCI en relación con el c. 1686, reconocen que "...el vicario judicial o el juez por él designado puede, omitidas las solemnidades del proceso ordinario, pero citando a las partes con intervención del defensor del vínculo, declarar mediante sentencia la nulidad de un matrimonio si por un documento al que no pueda oponerse ninguna objeción ni excepción, acredite la existencia de un impedimento dirimente o un defecto de forma legítima...". Aunque, dado el supuesto en que no concurrieren los requisitos del art. 295 DCI o dudare de ello, la causa seguirá los trámites previstos para el proceso contencioso (art. 296 DCI).

En el caso de la disolución de matrimonio por inconsumación la demanda podrá formularse por uno de los cónyuges o de conjunto. El único competente para conocer de esta causa es el Romano Pontífice (cc. 1142 y 1698).

A diferencia de la nulidad canónica, las causas de disolución por inconsumación del matrimonio se tramitan en el marco de un proceso administrativo que consta de una fase instructiva y una decisoria. La fase instructiva se desarrolla ante el Obispo diocesano del domicilio o cuasidomicilio del solicitante. El Obispo valorará si la solicitud de dispensa tiene o no fundamento. De tener fundamento, dará traslado a la otra parte y ordenará la instrucción del proceso, que podrá encomendar bien a un tribunal o un sacerdote idóneo (cc. 1699 al 1706). Culminada la fase de instrucción, el Obispo remitirá a la Sede Apostólica las actas, a las

que se anexará su voto y las observaciones hechas por el defensor del vínculo (c. 1705.1). Caso contrario, esto es, de no tener fundamento, el Obispo podrá rechazarla la solicitud mediante decreto contra el que cabe recurso de apelación ante la Congregación para el culto Divino y los Sacramentos (c. 1699) y, en su caso, recurso ante el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica (c. 1445.2).

La segunda fase o fase decisoria tiene lugar ante la Congregación para el culto Divino y los Sacramentos. La Sede Apostólica resolverá en base a los resultados de la fase de instrucción, y si concede la dispensa enviará al Obispo el rescripto para que sea notificado a las partes y al párroco del lugar de celebración del matrimonio y al del lugar donde recibieron el bautizo (c. 1706)⁵⁹⁷.

A partir de la profunda modificación operada en el CDC de 1983 y de la introducción en 2004 de la DCI, se aprecia una clara intención de la Iglesia en garantizar la continuidad de los derechos reconocidos a las partes más allá de su jurisdicción, en la medida en que el nuevo orden público procesal de Estados democráticos y aconfesionales puede impedir el reconocimiento de decisiones eclesíásticas que supongan una vulneración de la tutela judicial efectiva.

Pese a las singularidades del proceso canónico de nulidad y de las causas de inconsumación del matrimonio, sus regulaciones en torno a las garantías procesales no distan en lo esencial de las

⁵⁹⁷ Vid. SANCINEDA ASURMENDI, C., *El reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

configuradas en el orden civil⁵⁹⁸. De ahí que al controlar la condición prevista en el art. 954.2 LEC se planteen situaciones muy similares a las protagonizadas por decisiones civiles extranjeras respecto de este control. Así, por ejemplo, la notificación practicada a través de edictos cuando no ha sido posible localizar el paradero del demandado, o por falta de notificación de la decisión, aunque el demandado haya participado del proceso canónico. Cabría también estimar que se conculcan los derechos de defensa del demandado, si tomando por fundamento los artículos 134.3 y 238.3 IDC, el demandado no es notificado de la decisión adoptada por entenderse que su negativa expresa a ser notificado de la demanda inicial se entiende por renunciada cualquier notificación relativa a la causa (suponemos que el artículo también se refiera a la sentencia), o por cualquier irregularidad (formal o en tiempo útil) en la práctica de la notificación que limiten su derecho de defensa. No son estas, sin embargo, las situaciones en torno a este control que mayor problemática plantean en la práctica.

En este ámbito es común que se utilice el término “rebeldía por convicción”, expresión poco afortunada y usual por la que se define la postura del demandado que, debidamente citado y emplazado en el proceso canónico, se niega a comparecer ante aquella jurisdicción por motivos de conciencia. La tergiversación que a través de este concepto ha sufrido la rebeldía procesal ha derivado básicamente de las interpretaciones que de la oposición del demandado al proceso de homologación de la decisión canónica hiciera la doctrina y la jurisprudencia española en la derogada

⁵⁹⁸ Sobre las garantías de proceso canónico, *vid.* LÓPEZ ALARCÓN, M., “El matrimonio canónica con efectos civiles en el Derecho español”, *ADEE*, 1986, p. 189.

disposición adicional segunda de la Ley 30/1981⁵⁹⁹. Según esta disposición adicional propugnaba, el reconocimiento de la decisión canónica tenía lugar de manera automática -no incondicionada⁶⁰⁰-, si la decisión canónica era auténtica, no había oposición de las partes o del Ministerio fiscal, y se cumplían las exigencias del art. 954 LEC 1881. Contra el auto dictado por el juez de primera instancia no cabía interponer recurso, pero en caso de denegación o de oposición, cualquiera de las partes podía formular su pretensión a través del “procedimiento correspondiente”. Por tanto, cualquier oposición -fundada o infundada- conducía al archivo de las actuaciones, dejando abierta la posibilidad de acudir al procedimiento correspondiente, sin más⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ El apartado segundo de la disposición adicional segunda de la ley 30/1980 reconocía que: “Presentada la demanda por cualquier de las partes, después de oír por término de nueve días a los interesados y al Ministerio fiscal, si no hay oposición, y si la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado y cumple los requisitos del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el juez acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones de este Código sobre las causas de nulidad y disolución. Mientras el apartado tercero, establecía que: “Contra el auto que dicte el juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente”.

⁶⁰⁰ Como ocurría bajo la vigencia del Concordato de 1953 donde la decisión no era sometida a ningún control.

⁶⁰¹ Al igual que como que sucede en algunos regímenes de validez extraterritorial de decisiones civiles que contemplan el reconocimiento automático de las decisiones, debe entenderse, también aquí, que la simple oposición de alguna de las partes al reconocimiento conduce al *execuátur*, en este caso al “proceso correspondiente”.

La oposición en términos razonados fue un reclamo doctrinal⁶⁰² utilizado también por la jurisprudencia ordinaria, del que se hizo eco la doctrina vinculante del TC con el propósito de evitar que cualquier oposición se convirtiera en circunstancia obstativa del reconocimiento de estas decisiones⁶⁰³. Tal distinción sirvió, además, para que el TC apreciara que la declaración de eficacia civil una decisión canónica, existiendo oposición fundada, interesaba tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁶⁰⁴, y ello, en una suerte

⁶⁰² Algunos doctrinarios han considerado que la oposición debe estar motivada para ser acogida como circunstancia obstativa del reconocimiento. Por tanto, si el juez estimaba que dicha oposición era infundada podía dictar auto estimatorio de la homologación, ya que el oponente podía acudir al “procedimiento correspondiente”. Mientras otra parte de la doctrina ha estimado no cabe la homologación si el demandado se opone al reconocimiento, pues la posibilidad de acudir al “procedimiento correspondiente” no constituye un recurso contra la decisión adoptada. *Vid.* RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Reconocimiento de sentencias y resoluciones canónicas (una importante sentencia del Tribunal Constitucional)”, *ADEE*, V (1989), pp. 242-250; BONET NAVARRO, A., “Comentario a la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, en *Matrimonio Divorcio. Comentario al Título IV del libro Primero del Código civil*, 2ª edic. (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO) pp. 1043 y ss; MARTINELL, J. M., “Eficacia Civil de las resoluciones sobre nulidad o disolución del matrimonio en el ordenamiento español”, *ADEE*, 1985, pp. 266 y ss; GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentario a la disposición..., op. cit., p. 838. Sobre este particular véase opinión de NAVARRO VALLS, R., “La oposición jurídica del matrimonio canónico en la ley de 7 de julio de 1981”, *RDP*, 1982, pp. 669 y ss.

⁶⁰³ El TC mediante de la sentencia 93/1983, de 8 de noviembre reconoce que “(...) corresponde al juez, por tratarse de un tema de legalidad, valorar si tal oposición puede valorarse o no de formularia y si se traduce en una pretensión razonada, apreciación de legalidad en cuyo no puede entrar este Tribunal salvo en los casos en que por ser manifiestamente irrazonada incida en el ámbito del art. 24 de la Constitución”.

⁶⁰⁴ *Vid.* SSTC 265/1988, de 22 de diciembre y 328/1993, de 8 de noviembre. En ambas sentencias el TC después de definir adecuadamente el alcance de la disposición adicional segunda en su apartados 2º y 3º -invocando para ello la sentencia 93/1983-, concluye que el juez civil al conceder eficacia a la decisión canónica existiendo una oposición formulada en términos razonados “originó la falta de tutela judicial efectiva y la aparición de una indefensión constitucionalmente relevante” El elemento común que llevó a los demandantes a solicitar amparo ante el TC en estas dos sentencias y en la sentencia 93/1983, fue cuestionar si la decisión del Juez de Primera instancia

al archivar o denegar la decisión canónica existiendo oposición del demandado, comprometía el derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sin embargo, pese a la similitud entre los hechos ventilados en estas instancias la solución dada por el TC no fue la misma. En el primer caso (sentencia 93/1983), el TC denegó el amparo por estimar que el Auto recurrido acordando el archivo del procedimiento no comprometía el derecho de tutela judicial efectiva ya que indicaba el derecho que le asistía a las partes y al Ministerio Fiscal para formular su pretensión en el “proceso correspondiente”. Mientras en las sentencias 265/1988 y 328/1993, el TC tras reconocer que, “Es cierto, asimismo, que, como antes se ha dicho, no corresponde a este Tribunal valorar la secuencia del proceso interpretativo y de aplicación del Derecho que hayan realizado los órganos judiciales y que, en el caso en que sean erróneos los resultados de dichas actividades, se producirá una infracción de la legalidad ordinaria, que tendrá sus medios de subsanación en los procesos y recursos ordinarios; pero no debe olvidarse que en este especial procedimiento no cabe recurso alguno y que «el procedimiento correspondiente» no puede ser el cauce para remediar los errores del proceso anterior, máxime si están en cuestión derechos consagrados en el art. 24 C.E”, concluye que conceder eficacia a la decisión canónica existiendo oposición formulada en términos razonados “originó la falta de tutela judicial efectiva y la aparición de una indefensión constitucionalmente relevante” (FJ 3º). Como se observa el TC pese a admitir que no podía entrar a valorar una cuestión de legalidad ordinaria, termina juzgando la interpretación realizada por el Juez tras estimar que los motivos de conciencia argumentados por el oponente eran razonables. Lo cierto es que, lo que el motivó la estimación de la demanda por el juez ordinario fue considerar que la incomparecencia del demandado debidamente citado al proceso seguido en sede canónica no conculcaba sus derechos de defensa, por lo que la oposición carecía de contenido suficiente para impedir el reconocimiento de la decisión canónica. En el proceso de homologación quedó debidamente demostrado que el demandado fue citado mediante carta del Previsor-Juez Eclesiástico de Vitoria, para una entrevista para el día 7 de enero (antecedentes reconocidos por la sentencia). Extremo también confirmado por el Fiscal en el recurso de amparo cuando reconoce que la situación denunciada por el actor ha sido provocada por él, quien siendo llamado a comparecer al procedimiento no acudió. (Auto del TPI de Vitoria de fecha 21 de octubre de 1987). En efecto, la tutela judicial efectiva era el único motivo de calado constitucional que podía entrar a valorar el tribunal, entre el resto de líneas abiertas por el demandante en la solicitud de amparo -vulneración de los derechos de igualdad (art. 14 CE), de libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE)-, con el propósito de justificar para justificar su inactividad procesal. De ahí que TC barajase una segunda alternativa para fallar a toda costa la vulneración de la tutela judicial efectiva, cuando reconoce que “(...) aunque se admitiera como correcta la solución acordada por el Juez, se mantendría siempre un motivo de indefensión con relevancia constitucional, dado que a nadie se le puede exigir al seguimiento de un nuevo proceso para remediar en su caso una violación de un derecho fundamental ocurrido en procedimiento distinto y agotado (...), pero no debe olvidarse que en este especial procedimiento no cabe recurso alguno y que “el procedimiento correspondiente” no puede ser el cauce para remediar los errores del proceso anterior, máxime si están en cuestión derechos consagrados en el art. 24 C.E.”. El argumento delata la debilidad subyacente en

de incomprensible fusión -desconocida por el derecho procesal- entre los motivos de conciencia y la rebeldía involuntaria en el marco del proceso canónico⁶⁰⁵, si bien esta postura del TC fue corregida en un supuesto similar en la Sentencia 150/1999, de 14 de

su tesis, ya que la imposibilidad de recurso contra lo resuelto en el proceso de eficacia de las decisiones canónicas no era imputable al juez sino al legislador, pues la norma entonces vigente no lo contemplaba. Pero tampoco esta carencia provocaba indefensión, ya que el sobreseimiento o archivo del expediente o la denegación conducían a la postre al “procedimiento correspondiente”, lo que permitía a las partes solventar sus legítimos intereses con todas las garantías de un proceso contradictorio en cualquier caso. Por tanto, el “motivo de indefensión con relevancia constitucional” (tutela judicial efectiva) propugnado por el TC crecía de toda repercusión jurídica a estos fines. A lo sumo, la indefensión se hubiera originado si el juez, habiendo resuelto favorablemente la eficacia de la decisión canónica existiendo oposición, no dejara abierta la posibilidad a quien se opone de acudir al “procedimiento correspondiente” por entenderla por no hecha. A nuestro juicio el único reproche que cabía oponer al juez de primera instancia fue el de reconocer la decisión habiendo oposición del demandado. En tal caso lo correcto habría sido archivar la solicitud, pese a ello su actuación en modo alguno implicaba un quebrantamiento de la tutela judicial efectiva, pues, como se ha dicho, el oponente podía acudir al “procedimiento correspondiente”. *Vid.* MANTECON SANCHO, J. M., “Dos sentencias del tribunal constitucional sobre eficacia civil de resoluciones canónicas en materia matrimonial”, *IC*, vol. 30, núm. 60, 1990, p. 561-569.

⁶⁰⁵ Véase esta vinculación en la sentencia 265/1988, de 22 de diciembre cuando el TC reconoce que: “Tal vulneración de la Norma constitucional se habría originado, según se afirma, porque el Juez civil, aun reconociendo la existencia de una posible circunstancia obstativa a la concesión de efectos civiles a la dispensa canónica, esto es, el haberse dictado en rebeldía (art. 954.2 L.E.C.), niega virtualidad a la citada circunstancia y concede los efectos civiles a la mencionada resolución canónica realizando una interpretación de las normas aplicables (art. VI.2 del Acuerdo y Disposición adicional segunda de la Ley 30/1981) que no puede considerarse razonable y fundada en Derecho”. Y prosigue diciendo que: “(...) la oposición explícitamente manifestada, unida a la incomparecencia en el procedimiento canónico, constituyen circunstancias obstativas que forman parte y cobran especial relevancia en el sistema vigente plasmado por el legislador en relación con la ejecución de Sentencias matrimoniales canónicas en el ámbito civil”. El TC en ningún caso podía invadir el ámbito de la justicia ordinaria estimando fundada una oposición que no lo era para el juez ordinario. En realidad, el juez ordinario estimó que la oposición era infunda ya que el demandado fue debidamente citado al proceso canónico y no compareció. El TC en ningún caso podía invadir el ámbito de la justicia ordinaria estimando fundada una oposición que no lo era para el juez ordinario.

septiembre, por la que se denegó el amparo solicitado existiendo oposición⁶⁰⁶. Sin embargo, ni esta corrección ni la posterior derogación de la disposición adicional segunda de la Ley 30/80 sirvieron para desterrar definitivamente de los procesos de eficacia de decisiones canónicas la repercusión que el orden práctico supuso la oposición del demandado al reconocimiento civil de estas decisiones por motivos de conciencia.

La “oposición” desapareció con el nuevo procedimiento previsto en el art. 778.1 y 2 LEC. La actual regulación contempla dos procedimientos para la tramitación de la solicitud de eficacia en atención a si con la demanda se ha solicitado o no la adopción o modificación de medidas complementarias⁶⁰⁷. En cambio, todavía hoy, los motivos de conciencia siguen siendo la fisura que genera el rechazo de estas decisiones.

Se debe insistir en el hecho de que los motivos de conciencia no eximen al demandado de la repercusión e inevitables consecuencias que su incomparecencia genera ante cualquier

⁶⁰⁶ “(...) la hoy demandante formuló oposición a la demanda pero, y a pesar de lo que dice en sus alegaciones, no existió como viene a reconocer, una situación procesal de rebeldía ante la instancia eclesiástica. Al contrario, como recuerda el Fiscal, la recurrente pudo intervenir en todos los trámites del procedimiento de nulidad canónica, ha conocido su desarrollo en todo momento y ha seguido la conducta procesal que ha estimado más conveniente”.

⁶⁰⁷ “Bajo la regulación procesal vigente, ni siquiera una oposición razonada obligaría al juez a pronunciarse en contra del reconocimiento, por más que pudiera preconizarse la posibilidad de denegar el ajuste si hubiera una oposición sólidamente razonada del demandado”. *Vid.* CAMASARES ARRIBAS, S., *El matrimonio en la jurisprudencia civil*, Pamplona, 2003, pp. 178 y ss, NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso*, en FERRER ORTÍZ J. (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 2004, p. 316; id: “El matrimonio religioso”, en VV.AA. *Derecho Eclesiástico del Estado*, Eunsa, Navarra, 5ª ed., 2004, pp. 312 y ss.

jurisdicción, si ha sido llamado en tiempo y forma al proceso para ejercitar su defensa. Ni entonces ni ahora la incomparecencia del demandado al proceso seguido en su contra ante la jurisdicción canónica por motivos de conciencia constituye un motivo de orden público procesal (art. 954.2 LEC 1881). Admitir lo contrario implicaría una aceptación indirecta de que estos motivos tenían cabida bajo la vigencia de la derogada norma y que por haber desaparecido “la oposición” de la nueva regulación su invocación ha perdido utilidad. Paradójicamente, lo que realmente constituyó un elemento obstaculizador del reconocimiento de estas decisiones no fue la presencia en la derogada norma del término “oposición”, sino la lamentable deconstrucción que de la norma hicieron tanto la doctrina como la jurisprudencia ordinaria y el máximo órgano judicial encargado de interpretar nuestro orden público constitucional, que todavía hoy sigue permeando nuestra jurisprudencia⁶⁰⁸.

Puede advertirse en la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la LEC en la que se ha integrado adecuadamente la rebeldía procesal, que se habla a favor de un recurso excepcional al orden público, si tras examinar el caso concreto se han alegado razonablemente unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparecencia ante el tribunal eclesiástico con su

⁶⁰⁸ El TS mediante Sentencia 644/2002, 27 de junio, rechaza la eficacia civil de la decisión canónica de nulidad y razona que “(...) lo que no se puede obligar a nadie es a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de la que la misma es consecuencia, ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés”. Como se observa, el TS va más allá de las consecuencias antes descritas, pues justifica el rechazo de la decisión canónica en cualquier caso. *Vid.* CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La rebeldía en el proceso canónico y su proyección sobre el reconocimiento de efectos a las sentencias eclesiásticas. Consideraciones acerca de la sentencia 644/2002, del Tribunal Supremo de 27 de junio”, *Aranzadi civil*, 2002, pp. 2571-2595.

libertad ideológica o religiosa, si bien cuando lo hacen no desatienden la trascendencia que ello pueda tener sobre el concreto derecho que se protege y sus efectos negativos frente a otros valores y derechos constitucionales en juego⁶⁰⁹.

⁶⁰⁹El TS mediante Sentencia núm. 1084/ 2007, de 24 de octubre, invoca los postulados de la jurisprudencia del TC acerca del derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE, reconociendo que este derecho no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, y cita “La libertad ideológica, como ocurre con los restantes derechos fundamentales, no es un derecho absoluto. Para apreciar que la libertad ideológica y religiosa justifican el incumplimiento de la carga de comparecer ante los tribunales eclesiásticos y, con ello, impide reconocer efectos civiles a la resolución dictada, como excepción a la que establecen las normas de rango legal aplicables en el Derecho interno, es menester valorar las circunstancias que concurren en cada caso para examinar si se ha alegado de manera razonable la existencia de unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparecencia ante el tribunal eclesiástico con sus libertad ideológica o religiosa y valorar su trascendencia teniendo en cuenta la afectación concreta del derecho, los efectos negativos que conlleva a la omisión de carga de comparecer y la ponderación de estas circunstancias frente a los restantes valores y derechos constitucionales que puedan estar en juego (dado que los límites de la libertad religiosa radican en la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad de la salud y de la moralidad públicas: art. 16.1 (...), o en los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente: entre los que figura el derecho a la tutela judicial efectiva inherente al reconocimiento de la eficacia de sentencias eclesiásticas si se reconoce por el ordenamiento interno, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, que la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado en principio los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que puedan ser relevantes para justificar su incomparecencia ante dichos tribunales”. El TS tras reconocer que en el supuesto *subiudice* no se dan estas circunstancias, termina acogiendo el recurso interpuesto por el actor contra el Auto dictado por el Tribunal de Primera Instancia, por estimar que la incomparecencia del demandado no supone un obstáculo al reconocimiento de la decisión canónica, ordenando la revocación de las actuaciones. (En igual sentido véase la AAP de Soria núm. 126, de 8 de noviembre 2004).

La consolidada doctrina y jurisprudencia española⁶¹⁰ definen claramente los supuestos en los que la rebeldía del demandado provoca el rechazo de decisiones civiles extranjeras cualquiera que sea el régimen de validez aplicable. Baste señalar que la rebeldía procesal protegida a través de la exigencia del art. 954.2 LEC persigue la observancia del principio de audiencia y contradicción “nadie puede ser condenado en juicio sin ser oído”⁶¹¹. La “rebeldía por convicción” es un infeliz término que no encaja en la rebeldía procesal ni constituye motivo de denegación del reconocimiento en los términos del art. 954.2. LEC 1881, ni bajo la derogada disposición adicional ni con la vigente norma. Liberar sin cargos al demandado del cumplimiento de las exigencias procesales en sede canónica desvirtúa el proceso canónico restringiendo su efectividad a aquella jurisdicción y, con ello, la iniciativa de la parte que ha impulsado el proceso en primer lugar. Es antijurídico y procesalmente injustificado avalar ante la jurisdicción civil un supuesto claro de rebeldía voluntaria con la finalidad de justificar la inactividad procesal del demandado ante otra jurisdicción, pues de

⁶¹⁰ *Vid.* MOTILLA DE LA CALLE, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 265/1988, de 22 de diciembre”, *Poder Judicial*, núm. 15, 1990, pp. 133-136; MANTECÓN SANCHO, J., “Dos sentencias del Tribunal Constitucional sobre eficacia civil de resoluciones canónicas en materia matrimonial”, *IC*, vol. XXX, núm. 60, 1990, p. 561-569.

⁶¹¹ En voz de BONET NAVARRO “Es injusto que, seguido un proceso canónico ante un Tribunal con sede en España que ha citado adecuadamente al demandado y éste ha rehusado comparecer situándose en calidad de rebelde, el actor, una vez terminado el proceso, vea frustrado su derecho de reconocimiento porque quien entonces fue demandado rebelde, sale de su apatía para comparecer en el juicio de reconocimiento y manifestar un gran interés, alegando que esa sentencia no tiene valor alguno en España porque es fruto de un proceso que se siguió en rebeldía contra él”. *Vid.* BONET NAVARRO, A., “Comentario a la Disposición Adicional 2ª”, en *Matrimonio y divorcio. Comentario al Título IV del Libro I del Código civil*, (coord. LACRUZ BERDEJO, J. L.), Civitas, Madrid, 2ª ed., 1994, p. 1414. (véase Autos TS de 1 de junio y 12 de diciembre de 1983).

esta forma se estaría conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que inició y culminó el proceso en sede canónica seguido de todas las garantías.

No se debe perder de vista que en la mayoría de los supuestos donde la parte que se opone al reconocimiento alega los motivos de conciencia, su actuar no ha estado precedido de un ejercicio efectivo de la oportunidad procesal que ofrece nuestra norma para emprender acciones legales frente a una eventual situación de crisis matrimonial ante la jurisdicción civil⁶¹². La oposición fundada en motivos ideológicos no garantiza que tras estas motivaciones se escondan otros propósitos fraudulentos del demandado, lo que en este ámbito es, por cierto, muy frecuente⁶¹³.

⁶¹² El TC ha reiterado mediante Sentencia 197/1988, de 24 de octubre que el derecho de tutela judicial efectiva no se circunscribe a la posibilidad de acudir a la justicia a quienes estando legitimados para ello pretendan defender sus derechos e intereses legítimos, sino que también garantiza que el legislador no impida a los justiciables el acudir a la vía jurisdiccional con normas excluyentes de esta vía. El propio TC en Sentencia 220/1983, de 30 de junio, reitera “si el art. 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, el primer contenido de este derecho en un orden lógico es el de acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en el proceso y poder promover que la actividad jurisdiccional desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas” (el principio “pro accione”). En igual sentido véase SSTC 46/1995, de 14 de febrero, 55/1995, de 6 de marzo y 58/1995 de 10 de marzo.

⁶¹³ Cierta doctrina que compartimos estima que este argumento parece decaer a favor de la parte que en igualdad de condiciones y con fundamento en sus convicciones religiosas ha comparecido ante la autoridad canónica y no ante la jurisdicción civil a extinguir el matrimonio nacido bajo la forma religiosa, y en tal sentido afirma que: “Pero, aun demostrando tal vulneración, la defensa de la libertad religiosa de la parte que se opone a la homologación chocaría con la libertad religiosa de la parte que la solicita, que, movida también por sus convicciones, acude a los tribunales canónicos, y no a los civiles, de manera que, en el caso de que se denegara la homologación, sería la parte demandante de la homologación la que quedaría desprotegida en su derecho”. No obstante, la solución que propone, a nuestro juicio, no convence demasiado: “Entendemos por eso, que para que pudiera concederse eficacia obstativa a la

De todas formas, si se llegara a estimar que los “motivos de conciencia” conculcan derechos y libertades ideológicas, de religión y de culto protegidos por el art. 16 CE⁶¹⁴ o el carácter aconfesional del Estado español (art. 14 CE), a lo sumo cabría sustentarlo en el orden público sustantivo (art. 954.3 LEC 1881), y no en el procesal. Pero aunque así fuera, consideramos que no se pueden sacrificar a

rebeldía por convicción, habría de exigirse a quien no comparece que acredite haber presentado la demanda de nulidad ante la jurisdicción civil, quedando garantizada, de esta manera la libertad religiosa del demandado, y la protección en sus legítimas pretensiones de la parte demandante”. *Vid.* GARCIMARTÍN, M.C., “Problemas procesales del reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas”, *ADEE*, núm. XIX, 2003, p. 261, y 342 y ss. En igual sentido véase BARBER CÁRCAMO, R., *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 27-29.

⁶¹⁴El TC ha reconocido mediante Sentencia núm. 15, de 23 abril de 1982 que la libertad de conciencia se integra no solo con el derecho a ejercerla libremente, sino también de obrar conforme a ella. El alto Tribunal, reitera, que la objeción de conciencia forma parte del contenido fundamental de la libertad ideológica, religiosa y de culto, y en tal sentido ha de ser interpretada, por lo que el juez deberá evaluar de forma individualizada si concurren las circunstancias que cada caso merita. Asimismo la STC 296/2005 reconoce que “... la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que puede ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos tribunales. De ello se deduce la necesidad de demostrar por quien comparece la existencia de unas convicciones que hagan incompatible su comparecencia ante el Tribunal eclesiástico frente al derecho a la libertad ideológica y religiosa que propugna por lo que será necesario motivarla, pues la simple oposición no impulsa automáticamente el rechazo de la decisión canónica excluyente de situaciones de oportunismo o conveniencia, y cuyo desconocimiento podría suponer la violación del principio de neutralidad y laicidad del Estado español si no se toman en consideración las razones en las que el demandado ha fundado su oposición”. [SSTC 141/2000, de 29 de mayo y 154 de 18 de julio de 2002.

este precio el ejercicio de derechos fundamentales ajenos protegidos igualmente por nuestra constitución⁶¹⁵.

iii) Que la obligación para cuyo cumplimiento haya sido lícita en España

Esta exigencia va encaminada a controlar la conformidad de la decisión canónica con el orden público español. Se trata de un control *formal* de la resolución eclesiástica, sin entrar en las posibles diferencias entre las distintas causas en el orden eclesiástico y civil (control del fondo)⁶¹⁶.

⁶¹⁵El Tribunal Constitucional ha vinculado la libertad de conciencia o la objeción de conciencia a la libertad religiosa en diversas sentencias. En primer lugar, en la sentencia de 15/1982, de 23 de abril, el TC proclama “Puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español”. Asimismo en la STC 53/1985, de 11 de abril, reitera “La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución”. En igual sentido propugna en la sentencia 551/1985, de 24 de julio, que “(...) el derecho a la libertad religiosa que en cuanto libertad de conciencia se concreta en la posibilidad jurídicamente garantizada de acomodar el sujeto su conducta religiosa y su forma de vida a sus propias convicciones con exclusión de cualquier intervención por parte del Estado”. Más recientemente, en la Sentencia 154/2002, de 18 de julio, el TC reconoce que en la limitación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, debe tenerse en cuenta la incidencia que pueda ejercer sobre los titulares de otros derechos y bienes también protegidos constitucionalmente, tal y como establece el artículo 16.1 CE. Y reitera, “(...) el art. 3.1 LOLR determina que este orden público consiste en el derecho de los demás a ejercer sus derechos fundamentales, la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas”.

⁶¹⁶ Vid. FERRER ORTIZ, J., “Comentarios al artículo 80”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código civil* (coord. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 809-818. En voz de ALBALADEJO que “no choque, o no se oponga, o no sea inaceptable, o no atente contra el Derecho del Estado, es decir, que éste no la rechace. Es, pues, ilícita sólo la causa de nulidad canónica cuya admisión iría contra el Derecho español”. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil*, t. IV, Barcelona, 1982, p. 111.

A la hora de apreciar la conformidad con el orden público español, la doctrina española se haya dividida entre los que aprecian que las causales exclusivamente religiosas vulneran el orden público español⁶¹⁷ y los que no⁶¹⁸. En cambio, la jurisprudencia del TC ha sido clara al reiterar que no cabe apreciar que toda causa matrimonial religiosa vulnera el orden público matrimonial español, pues una interpretación de esta estirpe implicaría la revisión del fondo de la decisión y lo en principio, que se presenta como antitética a la función homologadora o de reconocimiento⁶¹⁹. Asimismo la abundante jurisprudencia del TS, ha reconocido que el juicio de homologación se reduce a contrastar dos extremos: la autenticidad de la sentencia firme y la adecuación de la sentencia al Derecho del Estado⁶²⁰, descartando que la ausencia de identidad entre las causas de nulidad canónicas y las civiles supongan *per se* una violación del orden público español⁶²¹, que solo cabe apreciarlo

⁶¹⁷ *Vid.* López Alarcón, L., *El nuevo sistema matrimonial español*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 113.

⁶¹⁸ Según NAVARRO VALLS esta exigencia únicamente podría argumentarse para evitar que la sentencia de nulidad canónica contraste con situaciones ya consolidadas en el ámbito civil, así por ejemplo, si en la jurisdicción civil se ha disuelto o anulado el matrimonio canónico, o de aquellas decisiones sobre nulidades canónicas cuya eficacia haya sido reconocida en el orden civil, pero que con posterioridad, en recurso de revisión, la resolución canónica de nulidad ya ajustada al Derecho estatal es revocada, devolviendo la validez al matrimonio que en su día fue declarado nulo, o por existencia de impedimentos no dispensados canónicamente, pero sí civilmente. *Vid.* NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso ante el Derecho Español*, Madrid, 1984, p. 165-169, y más recientemente del mismo autor, “El matrimonio religioso”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, (coord. J. FERRER ORTIZ), 5ª edic., EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 314 y 315.

⁶¹⁹ *Vid.* SSTC 132/1991, de 17 de junio de 1991 y de 11 de febrero de 2000.

⁶²⁰ *Vid.* SSTC de 1 de julio de 1994 y de 23 de noviembre de 1995

⁶²¹ *Vid.* FERRER ORTIZ, J., “La eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas...”, *op. cit.*, p.480.

si con ella se conculca algún derecho fundamental⁶²². El Alto Tribunal ha reiterado que “(...) el ajuste al Derecho del Estado se produce sobre la base de concurrencia de las condiciones formales para el reconocimiento de sentencias extranjeras, con el plus que presenta su no contradicción a los principios jurídicos públicos y privados de nuestro Ordenamiento de Estado y con el cumplimiento necesario del derecho a la tutela judicial que acoge el artículo 24 de la Constitución”⁶²³.

iv) Que la carta ejecutoria haya sido considerada auténtica en el país donde se haya dictado y en España

La regularidad del documento público presentado en sede civil, constituye un presupuesto previo e imperativo⁶²⁴ para producir sus efectos en España. La carta ejecutoria deberá reunir los requisitos necesarios en sede canónica para ser considerada auténtica, además de aquellos otros que las leyes españolas requieren para que haga fe en España, es decir, será verificada la validez y veracidad de la decisión.

Este presupuesto exige la intervención de una autoridad pública en el ejercicio de sus competencias, es decir, jueces eclesiásticos conforme a las competencias reconocidas por el Concordato y las normas de Derecho canónico, de un lado, y, de

⁶²²*Vid.* STS de 31 de diciembre de 1982 (por exclusión del bien del sacramento), y STC de 7 de noviembre (por miedo reverencial). Además de un abundante reconocimiento de decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado.

⁶²³ *Vid.* STS de 23 de noviembre de 1995.

⁶²⁴ Condición que opera sea cual fuere el régimen de reconocimiento. *Vid.* FERNÁNDEZ ROSAS, J.C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, 2013, p. 252.

otro, el cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento conforme al Derecho español. De ahí que una vez ejecutoriada la sentencia canónica (decreto ejecutorio), para que la certificación emitida por la autoridad religiosa haga prueba de su autenticidad en el ámbito civil deberá cumplimentar los requisitos de los arts. 144 LEC (traducción) y 323 LEC (legalización). En caso del documento pontificio deberá igualmente autenticarse y traducirse del latín al castellano⁶²⁵.

b) Condiciones incorporadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el régimen de eficacia de decisiones extranjeras

i) ¿Control de las competencias jurisdiccionales de los tribunales eclesiásticos?

Dentro de la doctrina española existe consenso mayoritario acerca del carácter no estatal de la jurisdicción ejercida por las autoridades eclesiásticas. Esta postura también ha encontrado respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶²⁶ quien en base al art. 16.3 CE ha reconocido que los tribunales eclesiásticos no integran la jurisdicción estatal española, ni son considerados “poderes públicos”⁶²⁷. Tal consenso, sin embargo, no se ha alcanzado a la hora de calificar dentro de qué tipo de jurisdicción podría encuadrarse la ejercida por los jueces canónicos. Las opiniones doctrinales sobre este punto son diversas, llegando a

⁶²⁵ Vid. SANCINEÑA ASURMENDI, C., *El Reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 108.

⁶²⁶ Respecto de su no inclusión en la organización judicial española véase Auto de 24 de marzo de 1998 AP Zaragoza.

⁶²⁷ Vid. Auto TC de 22 de febrero de 1984 y Sentencia TC 265/1988, de 22 de diciembre.

calificar a esta jurisdicción como especial⁶²⁸, independiente⁶²⁹, arbitral, externa⁶³⁰, extraestatal⁶³¹, pero en ningún caso como extranjera⁶³². Asimismo la jurisprudencia del TS se ha mostrado contraria en calificar como extranjera las decisiones derivadas de la jurisdicción eclesiástica cuando afirma que las sentencias de la Iglesia católica “sean del país que sean, no tienen el carácter de extranjero”⁶³³.

Lo cierto es que la Iglesia es un Estado y sus relaciones con otros Estados se establecen a través de acuerdos internacionales (Concordatos), por lo que las situaciones en materia matrimonial derivadas de estos acuerdos son situaciones privadas

⁶²⁸ Vid. MARÍN LÓPEZ, A., *Derecho internacional privado español*, Granada, 1992, pp. 358; GUTIÉRREZ MARTÍN, L., “Calificación de la jurisprudencia eclesiástica hoy en las causas matrimoniales”, en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónica para profesionales del foro*, vol. V, Salamanca, 1982, pp. 449.

⁶²⁹ Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M., “El ámbito de la jurisdicción eclesiástica en el ordenamiento español (anotaciones al art. 32. II de la Ley Orgánica del Estado)”, en el vol. *Escritos en homenaje del Profesor Prieto Castro*, Tomo II, 1979, p. 320.

⁶³⁰ Vid. PIANIZO ROMO DE ARCE, A., “Reconocimiento Civil de la resoluciones canónicas de nulidad y dispensa super rato en el nuevo sistema matrimonial español”, *RFDUC*, núm. 70, 1973, p. 134 y ss.

⁶³¹ Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentario al art. 80 del Código civil y a la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, en *Los procesos matrimoniales* (coord. MONTERO AROCA), Valencia, 1997, p. 153.

⁶³² Vid. BABÉ, L., “La posición de la jurisdicción canónica matrimonial en el Derecho español”, *Revista Anales de Derecho*, núm. 10, Universidad de Murcia, 1987-1990, pp. 129 y 135; SANCHO REBULLIDA, F.A., “Artículo 80”, en *Matrimonio y divorcio*. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil (coord. J.L. LACRUZ), p. 496; LÓPEZ ALARCÓN, M., “La ejecución de sentencias en el Derecho Canónico y sus aspectos civiles”, *REDC*, 1970, pp. 425-476.

⁶³³ Vid. RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España, Constitución y Tribunal constitucional”, *RDP*, 1984, pp. 370-499.

internacionales⁶³⁴, aunque con algunos rasgos distintivos que la separan de la problemática que plantean en el ámbito del reconocimiento, las decisiones matrimoniales extranjeras derivadas de la jurisdicción civil.

La Iglesia católica, como cualquier otro Estado, dispone de órganos jurisdiccionales con competencias propias para resolver las distintas causas matrimoniales, solo que estas competencias son universales y se rigen por el CDC. De ahí que cualquiera que sea el país donde estas autoridades hayan ejercido su jurisdicción, la forma en que las decisiones emanadas toda autoridad eclesiástica han de integrarse a la soberanía estatal van a verse afectadas por el sistema concordatario vigente en el Estado requerido y las normas civiles que los secundan.

A diferencia de las decisiones civiles extranjeras las decisiones del control de la competencia judicial internacional en este ámbito se va a reducir a proteger las competencias exclusivas reconocidas en determinadas causas matrimoniales a favor de la jurisdicción canónica en aquellos Estados concordatarios que así lo hayan fijado, impidiendo el reconocimiento de decisiones que conculquen dichas competencias.

En el derecho canónico la competencia funcional en estas causas recae en el juez de primera instancia, que es el Obispo o persona en quien este delegue (c. 1419. 1)⁶³⁵. En segunda instancia

⁶³⁴ *Vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional 66/82, de 12 de noviembre y 66/85, de 23 de mayo.

⁶³⁵ Esta potestad la puede ejercer por sí o por medio de otros (c. 1419), pero si las causas son contenciosas deberá designar un tribunal colegiado (Tribunal diocesano) compuesto por tres jueces (c. 1425.1, 1426 .1 y 2 en relación con el 1420.1 y a. 22.3 ICD)

esta competencia es atribuida al Tribunal de la Rota romana, cualquiera que fuea la causa (c. 1444. 1. 1º)⁶³⁶. Y en tercera y ulterior instancia será competente igualmente el Tribunal de la Rota romana, que es quien conoce, además, de las causas ya juzgadas por él o por otra autoridad eclesiástica, salvo que haya pasado a cosa juzgada (c. 1444.1 2º).

Por su parte, la competencia objetiva de estas autoridades se configura en atención a si las causas de nulidad del matrimonio están o no reservadas a la Sede apostólica. A favor de la competencia del Romano Pontífice se pronuncia el c. 1405, y cuyas causas corresponde juzgar con derecho exclusivo, si al menos una de las partes ejerce la autoridad suprema de un Estado. También podrá juzgar aquellas que él mismo haya solicitado para sí (c. 1405.1 4º) y las que cualquier fiel pueda llevar o introducir ante la Santa Sede, sea cual fuere el estado en que se encuentre el proceso (c. 1417.1). El Papa, por tanto, puede ejercer toda potestad de la que goce el Obispo en su diócesis⁶³⁷. En términos del c. 331, esto es, “potestad ordinaria, que es suprema, plena, inmediata y universal en la Iglesia y que siempre puede ejercer libremente”.

En cambio, si las causas matrimoniales no son de las reservadas a la Sede Apostólica, la competencia de los jueces se configura en base a los foros de competencia territorial previstos en el c. 1673, a saber: 1º) el tribunal del lugar en que se celebró el

⁶³⁶El c. 431.2 establece que todas las diócesis pertenecen a una provincia eclesiástica y estarán adscriptas a ella. Por ello, si el tribunal diocesano es quien conoce en primera instancia deberá apelar al Tribunal metropolitano.

⁶³⁷*Vid.* ARROBA CONDE, M. J., en *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones*, (dir. BENLLOCH POVEDA), 12 edic., Edicet, Valencia, 2006, pp. 622- 629.

matrimonio; 2º) el tribunal del lugar en que el demandado tiene su domicilio o cuasidomicilio; 3º) el tribunal del lugar en que tiene su domicilio la parte actora, con tal de que ambas partes residan en el territorio de una misma Conferencia Episcopal y dé su consentimiento el Vicario judicial del domicilio de la parte demandada, habiendo oído a ésta; 4º) el tribunal del lugar en que de hecho se han de recoger la mayor parte de las pruebas, con tal de que lo consienta el Vicario judicial de la parte demandada, previa consulta a ésta por si tiene alguna objeción (en términos similares el art. 10. 1 de la DCI)⁶³⁸. Estas competencias son concurrentes o cumulativas⁶³⁹, por lo es posible que se declaren competentes varios tribunales para juzgar una misma causa matrimonial⁶⁴⁰.

⁶³⁸Artículo 10. 1. Para las causas de nulidad de matrimonio no reservadas a la Sede Apostólica o a ella avocadas, son competentes en primera instancia:

1.º el tribunal del lugar en que se celebró el matrimonio;

2.º el tribunal del lugar en que el demandado tiene su domicilio o cuasidomicilio;

3.º el tribunal del lugar en que tiene su domicilio la parte actora, con tal de que ambas partes residan en el territorio de la misma Conferencia Episcopal o dé su consentimiento el vicario judicial del domicilio de la parte demandada, el cual, antes de darlo, preguntará a ésta si desea alegar alguna excepción.

4.º el tribunal del lugar en que de hecho se han de recoger la mayor parte de las pruebas, con tal de que lo consienta el Vicario judicial de la parte demandada, el cual, antes de concederlo, preguntará a ésta si desea alegar alguna excepción (c. 1673).

⁶³⁹*Vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentario al art. 80 del Código civil...”, *op. cit.*, p. 153; FERRER ORTIZ, J., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995”, *RDP*, 1996, p. 3.

⁶⁴⁰ El remedio al conflicto positivo de competencias se representa en el derecho procesal canónico en la figura de la prevención (c. 1415). Así, si dos o más tribunales son competentes, tendrá preferencia para juzgar la causa de nulidad el tribunal que primero citó legítimamente al demandado. Asimismo, el c. 1512 2, establece que por la citación legítima o comparecencia de ambas

En práctica junto al escrito de interposición de la demanda interesando la declaración de eficacia de las resoluciones canónicas, en la demanda las partes invocan la competencia territorial del Tribunal eclesiástico mediante la acreditación del domicilio conyugal⁶⁴¹. Pero, lo cierto es, que el por el Juez de Primera Instancia no practica control alguno sobre las competencias territoriales del Tribunales canónicos a la hora de acordar la eficacia de la decisión eclesiástica, ni tampoco, lógicamente, la potestad ordinaria que libremente puede ejercer el Romano Pontífice en las distintas causas matrimoniales, que, como se reiterado es “suprema, plena, inmediata y universal”⁶⁴².

partes la causa se hace propia del juez o tribunal ante el cual se ha entablado la acción.

⁶⁴¹ Vid. LÓPEZ- MUÑIZ GOÑI, M., *La ejecución de sentencias en materia matrimonial. Guía práctica y jurisprudencia*. 7ª edic, Colex, Madrid, 2008, pp. 445-449.

⁶⁴² Hay que distinguir, no obstante, el momento constitutivo del matrimonio del extintivo. Una cosa es reconocer la validez en España del matrimonio católico en el que participa un nacional español celebrado ante la autoridad eclesiástica en cualquier parte del mundo, resultante de una forma matrimonial prevista por la ley española en base a la competencia universal de la Iglesia católica, del reconocimiento en España de una decisión canónica dictada por una autoridad eclesiástica que ejerce competencias territoriales en el extranjero. Para que una decisión dictada en el extranjero por jueces canónicos pueda ser homologada en España deberá cumplir el requisito previo de eficacia civil en el Estado donde los jueces canónicos hayan ejercido sus competencias territoriales, caso contrario, conllevaría reconocer efectos civiles a la decisión eclesiástica careciendo de eficacia civil en el Estado de origen de la decisión donde los jueces ejercen su jurisdicción. El AAP de Las Palmas, núm. 37/2009 de 17 febrero al resolver un recuso de apelación interpuesto contra el dictado por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de dicha capital, de 12 de diciembre de 2007, ratifica que: “Como acertadamente pone de manifiesto el Auto combatido, según la normativa expuesta, no se exige al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico, para que tenga sus efectos civiles en España, que se haya celebrado en España, de modo que si bien, y conforme al Derecho argentino, el matrimonio canónico celebrado en Argentina, no puede desplegar efectos civiles en territorio argentino, donde sólo se reconocen efectos civiles únicamente al matrimonio celebrado ante las autoridades civiles, no ocurre lo mismo en España en virtud, precisamente, de la vigencia de los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede. Enfocado el debate en los

ii) Inconciliabilidad de la decisión canónica

i') Aproximación inicial a la inconciliabilidad de decisiones en este ámbito

Como se ha podido constatar en epígrafes anteriores, los jueces civiles y canónicos disponen conforme a sus respectivos ordenamientos competencias para conocer de las distintas causas matrimoniales. Ello en la práctica ha supuesto la adopción de soluciones jurídicas diversas que advierten con no poca frecuencia, importantes incongruencias entre si, lo que todo sistema jurídico intenta impedir en cumplimiento del principio de seguridad jurídica proclamado por el art. 9.3 CE.

Entonces indicábamos que una decisión extranjera en materia matrimonial puede plantear antinomias con otra adoptada por nuestras autoridades, prevaleciendo en todo caso esta última (regla de la primacía del foro), pudiendo plantearse tal antinomia entre dos decisiones extranjeras cuyo reconocimiento se pretende en nuestro país, previéndose en tal caso la prevalencia de la dictada en primer lugar (regla de la prioridad temporal).

La normativa española de Derecho internacional privado de origen convencional y autónomo contempla igualmente la

términos planteados resulta que es perfectamente posible desde el plano jurídico que un Tribunal español decrete la eficacia en el orden civil de una sentencia dictada por el Tribunal eclesiástico competente, con el reconocimiento de la nulidad del matrimonio en dicho orden civil, sin que ello interfiera con la nulidad o validez del matrimonio civil celebrado en Argentina. Y la solución jurídica no puede ser otra distinta toda vez que el Auto recurrido se ha limitado a dar cumplimiento cabal al citado artículo 4 del Acuerdo con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979 (RCL 1979, 2963), vigente en España, sin que ello implique vulneración de los artículos 80 y 107, ambos del Código civil”.

posibilidad de no reconocer una decisión extranjera sobre crisis matrimonial cuando exista un proceso pendiente en el foro con el mismo objeto, siempre que este último proceso se haya iniciado con anterioridad al proceso extranjero culminado con la decisión extranjera que se trata de reconocer.

En el ámbito de las crisis matrimoniales, además, se añade la dificultad que genera el hecho de que las decisiones en este ámbito suelen venir acompañadas por otros pronunciamientos sobre ámbitos materiales diversos (responsabilidad parental, alimentos, vivienda familiar, régimen económico matrimonial...), pronunciamientos cuyo reconocimiento puede quedar sometido a regímenes normativos distintos, lo que en la práctica puede implicar exigencias diversas respecto al control de la inconciliabilidad.

El concepto de la inconciliabilidad acogido en la normativa española de Derecho internacional privado resulta igualmente aplicable en el ámbito del reconocimiento de eficacia civil de decisiones canónicas, y ello sobre la base de la remisión que el art 80 C.c.e. efectúa a las condiciones de reconocimiento previstas en el art. 954 LEC 1881.

La inconciliabilidad, es cierto, no se recoge expresamente como condición independiente de reconocimiento dentro del art. 954 LEC 1881, pero también lo es que la jurisprudencia española viene rechazando por este motivo decisiones civiles extranjeras, bien fundándose en la cláusula general de orden público o por vía hermenéutica, como una condición más, cuando aquellas contradicen lo establecido en una decisión judicial existente en

España⁶⁴³⁶⁴⁴. Además, conviene subrayar que, para la jurisprudencia española, la existencia de contradicción no exige una identidad absoluta de objeto, sujeto y causa, considerando suficiente el que la decisión extranjera comporte consecuencias jurídicas excluyentes con respecto a la decisión existente en España⁶⁴⁵.

Nuestra jurisprudencia, en aplicación del régimen común, hace asimismo extensivo el control de la inconciliabilidad a los supuestos en que lo que exista en el foro sea un proceso abierto que pueda dar lugar a una decisión contradictoria con la extranjera que se pretende homologar⁶⁴⁶. Tal postura, como ya se viera respecto de las decisiones civiles, ha sido criticada por la doctrina española quien sustenta que la apertura de un procedimiento en el Estado

⁶⁴³ ATS de 20 de abril de 2004.

⁶⁴⁴ Un sector de la doctrina extiende el control de la inconciliabilidad también a los supuestos de contradicción entre dos decisiones extranjeras que se tratan de hacer valer en España, considerando que el dato relevante a estos efectos es la fecha de la sentencia, y no así la fecha inicio de ambos procesos. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Thomson/Civitas, Pamplona 2007, 669-660.

⁶⁴⁵ La identidad exigida sobre el objeto debe entenderse en términos amplios y no formales. No se trata de que el *petitum* de ambas demandas coincida exactamente, siendo suficientes que exista coincidencia en cuestiones esenciales (SSTJCE de 4 de febrero de 1988 -Asunto. 145/1986: “*Hoffman*”- y de 6 de junio de 2002 -Asunto. C-80/2000: “*Italian Leather Spa/WECO*”-. FERNÁNDEZ ROSAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 7ª edic., Thomson Reuters/Civitas, Pamplona 2013, 260 p.

⁶⁴⁶ AATS de 1 de diciembre de 1998 y de 19 de enero de 1999. Respecto al control de este aspecto por parte de nuestra jurisprudencia, véase R. ARENAS GARCÍA, *Las Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho Internacional Privado*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2004, 266-268; M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional...*, cit., 376-378. Adviértase que a diferencia de lo que sucede en el régimen convencional, el factor temporal carece de valor, de tal forma que cabe la posibilidad de denegar la decisión extranjera con independencia de que el proceso abierto en el foro sea anterior o posterior al proceso que dio lugar a la sentencia cuyo reconocimiento se interesa (primacía del foro).

España no provoca inconciliabilidad con la decisión extranjera, sino su reconocimiento, y, con ello, la finalización del proceso abierto en el Estado requerido⁶⁴⁷. Para evitar este tipo de situaciones, algunos regímenes convencionales e institucionales de reconocimiento prevén las reglas de litispendencia y conexidad internacionales. Aunque tampoco nuestra la normativa autónoma contempla esta posibilidad, pese a haberse reclamado por la doctrina mayoritaria local⁶⁴⁸⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Véase supra epígrafe sobre inconciliabilidad.

Lo más común es que sea motivo de denegación el hecho de que el proceso extranjero se haya iniciado con posterioridad al español, pero no en aquellos casos donde el proceso iniciado en el extranjero cuya decisión pretende reconocerse sea anterior al iniciado en España (AATS de 19 de enero de 1999 y de 20 de abril de 2004).

⁶⁴⁸ *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, p. 367.

⁶⁴⁹ Adviértase que la doctrina propugna frente a esta laguna legal la aplicación analógica de la solución comunitaria o convencional. Sobre este punto VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 364. En el ámbito material de las crisis en el ámbito institucional según las reglas de litispendencia previstas en el Reglamento de “Bruselas II *bis*” (art. 19), al tratarse de un reglamento que afecta la competencias judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones en el ámbito material de las crisis matrimoniales la norma distingue entre las demandas de divorcio, separación o nulidad matrimonial, y de las demandas sobre responsabilidad parental. Para demandas en situaciones de crisis, si se han interpuesto entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales en distintos Estados miembros, el segundo Estado deberá suspender el procedimiento de oficio, a la espera de que se establezca la competencia del primero, fijada la cual, el segundo Estado se inhibirá a favor del primero. En el ámbito del Reglamento “Bruselas II *bis*”, la excepción de litispendencia puede ser acogida, aunque las demandas no se planteen sobre el mismo objeto o la misma causa, basta con que exista identidad de partes. En caso de acciones dependientes, el demandante del segundo proceso podría plantearlo ante el primer tribunal (art. 19.3 *in fine*). *Vid.* CANO BAZAGA, E., *La litispendencia comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 145-167. En el caso del régimen convencional bilateral estas normas tienen presencia en los convenios con Francia (art. 10), Alemania (art. 21), con Austria (art. 18). En el convenio con Francia exige identidad de partes y de cuasa, mientras los convenios con Alemania y Austria exigen la tripe identidad (objeto, sujeto y causa).

Cabe preguntarse por consiguiente si, para llevar a cabo la fiscalización de la inconciliabilidad en el caso de las decisiones canónicas, se ha de seguir o no la misma filosofía que en relación con las decisiones civiles extranjeras.

El planteamiento efectuado por la jurisprudencia española a la hora de llevar a cabo el control de la no contradicción de las decisiones canónicas confirma la existencia de importantes matizaciones en relación con el seguido por nuestros tribunales frente a las decisiones civiles extranjeras. Para su correcta comprensión, distinguiremos la inconciliabilidad entre las causas matrimoniales y la inconciliabilidad entre los efectos colaterales, tratando de identificar en el primer caso qué causas matrimoniales resueltas o pendientes en el foro pueden suponer un obstáculo al reconocimiento de una decisión extranjera o de una decisión eclesiástica, y, en el segundo, cuándo un pronunciamiento colateral contenido en una decisión del foro puede afectar al reconocimiento de un pronunciamiento colateral contenido en una decisión extranjera o canónica.

ii') La inconciliabilidad en las causas matrimoniales

En el ámbito de la eficacia civil de decisiones canónicas se aprecia una reducción de los supuestos de inconciliabilidad, al quedar excluida la posibilidad de dar efecto en nuestro país a una separación canónica. Así, una decisión canónica de nulidad podrá verse rechazada por este motivo únicamente si en el foro se ha dictado una decisión de nulidad civil sobre el mismo matrimonio. En cuanto a las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado, hay que señalar que, pese a los problemas de

adaptación de esta figura con el sistema divorcista objetivo español, su reconocimiento no supone en la práctica mayor obstáculo. No obstante, su asimilación -como supuesto de disolución en el Derecho canónico- a la figura del divorcio en la norma española puede determinar que tales decisiones no sean reconocidas cuando en el foro ya exista una decisión de divorcio o de nulidad sobre el mismo matrimonio⁶⁵⁰.

La postura mayoritaria de nuestra doctrina⁶⁵¹ sobre este punto, con amplio apoyo jurisprudencial⁶⁵², es casi unánime, al considerar que la nulidad canónica no es inconciliable ni con el divorcio ni con la separación civil, si bien no han faltado voces que mantienen la existencia de tal contradicción con respecto al divorcio⁶⁵³.

⁶⁵⁰ *Vid.* Supra los supuestos de incociliabilidad entre las distintas causales matrimoniales en el ámbito de las decisiones civiles extranjeras .

⁶⁵¹ *Vid.* MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 310; BABER CÁRCAMO, R., *La eficacia civil de la nulidad*, op. cit., p. 500.

⁶⁵² En la STC 6/1997, de 13 de enero el TC declara nulas las sentencias de divorcio dictadas con posterioridad a la nulidad canónica. Por su parte, la STC de 150/1989, de 14 de septiembre el TC subraya “(...) no podemos desconocer, que en este concreto caso el matrimonio estaba disuelto por la causa contemplada en el núm. 1 del art. 86 C.c., y la Sentencia canónica solo vino a confirmar el origen y la realidad de la falta de convivencia entre los cónyuges, causa del divorcio, por lo que no se puede admitir que la Sentencia canónica haya atacado el valor de la cosa juzgada de la civil de divorcio (...)”. A este reconocimiento también se unen innumerables decisiones del Tribunal Supremo, las Audiencias provinciales y de Tribunales de Primera Instancia, a las que haremos referencia a lo largo de este trabajo, todas ellas, bajo la unánime convicción de que la decisión de divorcio o de separación dictada previamente en el foro no supone un obstáculo a la eficacia civil la nulidad canónica posterior.

⁶⁵³ *Vid.* NAVARRO VALLS, R., “El matrimonio religioso ante el Derecho Español”, Madrid, 1984, pp. 165-169 y, más recientemente, “El matrimonio

Asimismo, cabría preguntarse si la inconciliabilidad podría ser causa de denegación del reconocimiento de una decisión canónica cuando esta última contradiga lo establecido en una decisión civil extranjera susceptible de ser reconocida en nuestro país. Si bien es cierto que tan enrevesado supuesto no ha llegado nunca a producirse en la práctica -al menos conocida-, de suscitarse, consideramos que nuestros tribunales deberían atender a la regla de la prioridad temporal, haciendo prevalecer la sentencia, civil o canónica, que se hubiere dictado en fecha anterior.

Por otro lado, es de significar que la existencia en el foro de un procedimiento pendiente de divorcio o de nulidad que pueda dar lugar a una decisión contradictoria no ha sido utilizado, al menos en la jurisprudencia contrastada, para motivar el rechazo de decisiones canónicas. De hecho, lo usual es que se inste ante la jurisdicción canónica la nulidad del matrimonio una vez conseguido el divorcio o la separación civil, y ello en la mayoría de las ocasiones con la intención de eludir algunos de los efectos colaterales de los pronunciamientos civiles.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta, que para procesos abiertos, sería igualmente válida, *mutatis mutandis*, la fórmula argumentada respecto de las decisiones extranjeras⁶⁵⁴. Así, el reconocimiento de una decisión canónica de nulidad provocaría la terminación del proceso de divorcio, separación o nulidad abierto en el foro, y en el caso de las decisiones pontificias de matrimonio

religioso”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, (coord J. FERRER ORTIZ), 5ª edic., EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 314 y 315.

⁶⁵⁴ Véase epígrafe de inconciliabilidad

rato y no consumado, la terminación del proceso pendiente de divorcio o de separación.

Por último, es preciso subrayar que el régimen concordatario español no contempla la litispendencia como mecanismo preventivo de futuras antinomias⁶⁵⁵, como tampoco lo hace la normativa autónoma de Derecho internacional privado⁶⁵⁶. Dicha litispendencia permitiría, por ejemplo, evitar que quien ha sido demandado en un proceso iniciado ante autoridades eclesiásticas inste estratégicamente un nuevo proceso ante las autoridades españolas con el objetivo de paralizar los efectos de la decisión canónica o a la inversa. Es indiscutible que la Iglesia jamás declinaría a favor de la jurisdicción civil el conocimiento de causas matrimoniales iniciadas con anterioridad en sede civil, en la medida en que no reconoce competencia a la jurisdicción civil en estas causas cuando el matrimonio se ha celebrado en forma canónica, ni sus decisiones son objeto de reconocimiento en el ámbito intereclesial⁶⁵⁷. Pero, a nuestro juicio, esta asumida postura de la

⁶⁵⁵ Aunque hubo un intento parlamentario que no llegó a materializarse que pretendía impedir que la jurisdicción civil conociera de las causas de nulidad canónicas cuando existiera un proceso pendiente ante los tribunales eclesiásticos. *Vid.* NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, p. 161 y id: “El Matrimonio Concordatario ante el Derecho español y el Derecho italiano: problemas comunes”, *ADEE*, Edit. Universidad Complutense de Madrid, vol. IV, 1988, p. 249 y 250.

⁶⁵⁶ VIRGÓS SORIANO M.y GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, op. cit., pp. 362 y 363.

⁶⁵⁷ Recordemos que el art. VI Concordato reconoce que las partes podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos para solicitar la declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, pero no hace alusión a la competencia estatal para el conocimiento de causas matrimoniales canónicas. La competencia de nuestros tribunales en estas causas deriva de los arts. 73, 81 y 85 C.c.e.

Iglesia⁶⁵⁸ no debería impedir que el Estado español, consecuente con los principios de aconfesionalidad y libertad religiosa – principios que se traducen en el reconocimiento implícito de competencias a la autoridad eclesiástica en algunas causas matrimoniales a través de la homologación de sus decisiones-, respete la existencia de un previo proceso de nulidad canónica declinando conocer de aquellos procedimientos iniciados en sede civil en fecha posterior.

iii) La inconciliabilidad en los pronunciamientos colaterales: Posturas jurisprudenciales y valoración crítica de este control en el ámbito de las decisiones canónicas

Las decisiones civiles extranjeras sobre crisis matrimoniales habitualmente suelen contener pronunciamientos sobre los efectos colaterales de la causa matrimonial. Algunos de estos pronunciamientos colaterales son comunes a cualquier situación de crisis (responsabilidad parental, obligaciones alimenticias respecto de los hijos, uso de la vivienda conyugal...), mientras otros son propios de cada causa matrimonial (pensión alimenticia, pensión compensatoria, indemnización, régimen económico...)⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸No hay que olvidar que para la doctrina católica, el matrimonio es un sacramento divino, (c. 1055 1 y art. 2 DCI) “entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por su mismo sacramento”. De ahí que el matrimonio civil entre bautizados carezca de validez para el Derecho canónico, del mismo modo que el divorcio y la nulidad civil del matrimonio canónico. De ahí, la declaración unilateral de la Santa Sede a través del art. VI. 3 Concordato.

⁶⁵⁹El régimen de los efectos de la nulidad, el divorcio y la separación en el Derecho español figura en los arts. 90 y ss del C.c.e. Así, por ejemplo, mientras que el cónyuge separado tiene derecho a disfrutar de una pensión alimenticia y compensatoria, el divorciado podrá únicamente beneficiarse de la pensión compensatoria (art. 97 C.c.e.). En los procesos de nulidad, la mala fe

La configuración teórico-práctica de las situaciones de inconciliabilidad respecto de los pronunciamientos colaterales es sustancialmente más compleja que la ya expuesta entre las diferentes causas matrimoniales, según tuvimos ocasión esclarecer cuando tratamos las situaciones de inconciliabilidad de los efectos colaterales en el ámbito de las decisiones civiles. Resulta conveniente recordar que para llevar a cabo el control de la no contradicción entre los pronunciamientos colaterales de las decisiones civiles extranjeras, el primer factor a tener cuenta es el grado de conexión interna entre el pronunciamiento accesorio y la causa matrimonial o de los pronunciamientos accesorios entre sí. Así, si el pronunciamiento accesorio depende del principal o de otro pronunciamiento accesorio, su reconocimiento quedará sujeto a que este último sea también reconocido. En consecuencia, si una sentencia extranjera de divorcio concede alimentos a uno de los ex cónyuges existiendo en España una decisión de divorcio por la que se fije una pensión compensatoria, al ser el pronunciamiento principal antecedente lógico del accesorio (dependientes), la inconciliabilidad de la decisión de divorcio extranjera con la española en cuanto a la causa matrimonial determinará el rechazo de los pronunciamientos accesorios contenidos en aquélla, y sobre éstos no recaerá control alguno de inconciliabilidad.

Distinto es el caso en el que el pronunciamiento accesorio resuelto por la decisión extranjera resulte independiente del

demostrada de alguno de los cónyuges repercute en el derecho a ser indemnizado (art. 98 C.c.e.) y en el régimen económico matrimonial [el cónyuge de buena fe podrá optar entre aplicar a la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de gananciales o las del régimen de participación (art. 1395 C.c.e.), así como impedir al contrayente de mala fe participar en las ganancias obtenidas por su consorte (art. 95 C.c.e.) y revocar las donaciones (art. 1343. 3º C.c.e.)].

principal. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que una decisión extranjera de separación atribuye la custodia a favor del padre, cuando existe otra decisión de separación en España donde la custodia le es atribuida a la madre. En este supuesto rige el principio de separabilidad. Así, para que aquel pronunciamiento pueda desplegar sus efectos en España, no será necesario que la causa matrimonial en juego se vea reconocida en el foro, pero sí que no exista un pronunciamiento en el foro que lo contradiga.

En las decisiones canónicas, como ya se viera, no se produce reconocimiento alguno de los pronunciamientos colaterales que aquellas pudieran contener, por lo que no cabe hablar de inconciliabilidad. Así, los jueces españoles competentes para declarar la eficacia civil del pronunciamiento principal contenido en la decisión canónica serán también los encargados de decidir sobre las medidas complementarias que afectan a estas decisiones, siempre que con la demanda de homologación de la decisión canónica las partes soliciten la adopción de medidas o la modificación de las ya existentes (art. 778 1 y 2 LEC). En todo caso, el juez, para evitar posibles antinomias, tendrá que asegurarse de que las medidas solicitadas por las partes junto con la demanda de homologación no hayan sido previamente resueltas por la decisión de divorcio o de separación del foro.

En lo relativo a la modificación, por cambio de circunstancias, de las medidas comunes a cualquier causa matrimonial adoptadas en el foro (*ad. ex.* régimen de guarda y custodia y de visitas o alimentos a favor de los hijos), es de significar que el procedimiento contemplado en el art. 778.2 LEC supone una importante simplificación respecto del procedimiento

de *exequatur* de los arts. 955 al 958 LEC 1881, ya que abre la posibilidad a los interesados de acumular en una misma demanda la pretensión de homologación del pronunciamiento principal de la decisión canónica y la modificación de las medidas complementarias adoptadas en la sentencia de divorcio o separación preexistente en el foro⁶⁶⁰.

Conviene retener, sin embargo, que en el sistema español es perfectamente posible el reconocimiento de una nulidad canónica si en el foro ya existe una decisión de divorcio o de separación desplegando sus efectos, algunos de los cuales serán comunes a cualquier causa matrimonial y otros indisociables a la concreta causa matrimonial resuelta en el foro. De ahí que en lo que al control de inconciliabilidad compete respecto a los efectos colaterales, sea preciso que el juez, a la hora de decidir sobre alguna de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación de la decisión canónica, delimite con carácter previo cuáles de dichas medidas son comunes a las distintas situaciones de crisis matrimoniales (pronunciamientos separables de la causa matrimonial) y cuáles son efectos típicos e indisociables de cada una de ellas (pronunciamientos inseparables). La importancia de esta distinción radica en que, tras no identificarse ninguna inconciliabilidad entre la causa matrimonial resuelta en el foro y la causa derivada de la decisión canónica, el control de inconciliabilidad se reducirá a aquellos efectos colaterales comunes a cualquier causa matrimonial, no afectando en ningún caso a los efectos típicos de estas causas, como más adelante se verá. Por esta razón, el juez deberá tener presente que, si la medida solicitada junto a la demanda de

⁶⁶⁰ *Vid.* ATS de 6 de junio de 2000.

homologación se refiere a la guarda y custodia del menor o a la obligación de alimentos respecto de los hijos, no será posible un nuevo pronunciamiento sobre dichas medidas si éstas han sido previamente adoptadas por la sentencia de divorcio o de separación anterior, incluso en un proceso independiente. Ello, sin embargo, no significa -tal y como se apuntara anteriormente-, que por la propia naturaleza de estos pronunciamientos -ausencia de cosa juzgada-, las partes no puedan instar junto a la demanda de homologación la modificación de las medidas previamente adoptadas en el divorcio o la separación anterior, siempre que haya tenido lugar un cambio sustancial en las circunstancias apreciadas al tiempo de su otorgamiento (arts. 91, 93 y 100 C.c.e.). En cualquier caso, no hay que olvidar que los pronunciamientos autónomos de la causa matrimonial resuelta en el foro -dentro o fuera de la causa matrimonial y cualquiera que ésta sea-, desplegarán el efecto de cosa juzgada o prejudicial⁶⁶¹, y, por consiguiente, el rechazo de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación, siempre, claro está, que afecten al mismo objeto (*petitum y causa petendi*).

Sin embargo, en el ámbito de la eficacia civil de decisiones canónicas no son éstos los efectos que mayor dificultad plantean en nuestra jurisprudencia, sino los típicos efectos de la nulidad cuando en el foro ya existe una decisión de divorcio o de separación desplegando sus propios efectos. El efecto típico de la nulidad matrimonial más recurrente y de mayor repercusión práctica lo encontramos en el derecho de indemnización a favor del cónyuge de buena fe, en contraposición a la pensión compensatoria que

⁶⁶¹ *Vid.* F. GARAU SOBRINO, *Los efectos de las resoluciones...*, *op. cit.*, pp. 90-92.

puede contener la decisión de divorcio o de separación previamente adoptada en el foro.

La resolución de tan controvertido tema ha suscitado infinidad de opiniones doctrinales, así como soluciones jurisprudenciales que en su mayoría delatan cierta incomprensión técnica de la repercusión que las decisiones canónicas y sus efectos típicos e inseparables tienen sobre los pronunciamientos contenidos en el divorcio o la separación previamente adoptados en España.

Nuestra jurisprudencia, en relación con la incidencia que una pensión compensatoria establecida en una decisión de divorcio o separación del foro tiene sobre la indemnización que puedan las partes solicitar en el procedimiento de homologación de una decisión nulidad canónica, se halla dividida. Un sector jurisprudencial defiende el mantenimiento de la pensión compensatoria reconocida en el divorcio o la separación declarados con anterioridad⁶⁶², mientras otras decisiones propugnan la

⁶⁶² El TS, en sentencia de 5 de marzo de 2001, reconoce que la existencia de una decisión de divorcio anterior no constituye un obstáculo al reconocimiento de la decisión canónica de nulidad. Pese a ello, el fallo no contiene ningún pronunciamiento específico respecto de los efectos colaterales. No obstante, cuando el TS resuelve, invoca otra sentencia suya de 24 de septiembre de 1991, en la que implícitamente confirma el mantenimiento de los efectos colaterales del divorcio anterior, al afirmar que “(...) es conveniente tener en cuenta que, si bien es imperativa la aplicación del procedimiento previsto en el Acuerdo de 1979 para ejecutar la sentencia canónica en el pleito de nulidad matrimonial entre el recurrente y la recurrida, entre ambos media una sentencia firme de divorcio de fecha anterior a la primera (...), sin que se desvirtúen los derivados de sentencias firmes anteriores, dictadas por la jurisdicción civil sobre la crisis matrimonial en cuestión”. En igual sentido véase STS de 8 de marzo de 2001.

derogación de la pensión compensatoria adoptada en el previo divorcio o separación⁶⁶³.

Los jueces que acogen el primer planteamiento barajan diversos argumentos tanto de orden sustantivo (arts. 73 y 101 C.c.e.) como constitucional (art. 117.3 CE)⁶⁶⁴. Por lo que concierne a los argumentos sustantivos, invocan la institución del matrimonio putativo (art 73 C.c.e) y, pese a reconocer que esta figura conlleva efectos retroactivos, acaban extendiendo a la nulidad matrimonial los efectos derivados del divorcio o de la separación anterior, si no se produce un cambio en las circunstancias (art. 101 C.c.e.)⁶⁶⁵. Asimismo, en base al art. 101 C.c.e., algunos jueces sostienen que la pensión compensatoria acordada por sentencia firme de divorcio solo admite modificación por el motivo previsto en el art. 100 C.c.e., y concluyen que “La sentencia de nulidad canónica posterior y el subsiguiente reconocimiento de sus efectos civiles, no pueden estimarse como cambio de circunstancias a efectos meramente

⁶⁶³ SSAP Palma de Mallorca de 25 de mayo de 1992 y de 6 de junio de 2001; SAP Sevilla de 10 de febrero de 1993; SAP Málaga de 9 de junio de 1998; SAP Asturias de 5 de octubre de 2000.

⁶⁶⁴ Entre otros argumentos advertidos por la doctrina. R. BABER CÁRCAMO, “La eficacia civil de la nulidad...”, *op. cit.*, pp. 502-508.

⁶⁶⁵ Sorprende la valoración de la SAP Huelva de 8 de octubre de 1997, donde, tras realizar una correcta valoración del matrimonio putativo, se resuelve que “(...) se trata de un derecho adquirido con anterioridad a la nulidad, si bien al ser de tracto sucesivo seguirá proyectándose en el tiempo hasta que no varíen las circunstancias”. En igual sentido, SSAP Sevilla de 2 de noviembre de 1993 y 9 de octubre de 1998; y SSAP Murcia de 28 de febrero y 13 de marzo de 2000.

civiles, para dejar sin efecto lo acordado por la sentencia firme de divorcio”⁶⁶⁶.

El fundamento de orden constitucional otras veces usado por la jurisprudencia, por su parte, deriva del principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 CE sentado por el Tribunal Constitucional español en sus Sentencias 1/1981, de 26 de enero y 6/1997, de 13 de enero, donde se declara, como ya se apuntara⁶⁶⁷, que los efectos civiles de las decisiones canónicas son de la exclusiva competencia de los jueces estatales. En base a este principio, la jurisprudencia ordinaria estima que la nulidad canónica no constituye por sí sola una circunstancia que pueda dar lugar a la modificación de las medidas adoptadas por la jurisdicción civil en anteriores procedimientos de separación o divorcio, pues conforme al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), se reserva a nuestros Jueces y Tribunales civiles la resolución de cuantos conflictos se susciten en el territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros⁶⁶⁸.

Al desconocer el derecho a indemnización que el cónyuge de buena fe tiene al ser declarado nulo su matrimonio, perpetuando la pensión compensatoria como efecto del divorcio o la separación dictada en el foro, la jurisprudencia española parece olvidar algún presupuesto de interés a estos fines. Y es que, aunque exista

⁶⁶⁶ SAP Sevilla de 2 de noviembre de 1993. En igual sentido SSAP Murcia de 28 de febrero y 13 de marzo de 2000.

⁶⁶⁷ Véase el segundo epígrafe.

⁶⁶⁸ SAP Huelva de 8 de octubre de 1997; SSAP Sevilla de de 9 de octubre de 1988 y 2 de noviembre de 1993; y SAP Madrid de 9 de octubre de 2001.

identidad de partes⁶⁶⁹, esta identidad no se produce respecto al objeto (*petitum y causa petendi*), siendo ésta la razón por la que cabe afirmar que la inconciliabilidad nunca se configura.

Respecto de la identidad en el objeto, conviene recordar que en el Derecho positivo español los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges se incardinan en un concepto amplio⁶⁷⁰ que abarca tanto las prestaciones alimenticias (art. 143 C.c.e.) derivadas del deber de socorro y ayuda mutua⁶⁷¹ (arts. 67 y 68 C.c.e.), como las pensiones compensatorias [art. 90.1 *b*) y *f*)], previstas para los casos en que, como consecuencia del divorcio o la separación, se produzca un desequilibrio económico entre los esposos que impida la conservación del nivel de vida que disfrutaba el cónyuge dentro del matrimonio y del que sigue disfrutando su consorte⁶⁷². En el caso de la separación se admite la acumulación y concurrencia de ambas prestaciones (arts. 142 y ss C.c.e.), esto es, el cónyuge separado

⁶⁶⁹ Identidad que concurre con independencia de la posición procesal que ostenten los cónyuges en uno y otro proceso (demandante/demandado o viceversa). S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.*, pp. 272-274.

⁶⁷⁰ *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, pp. 144 y ss; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, pp. 462-465.

⁶⁷¹ La necesidad constituye el fundamento de la obligación de alimentos, que podrán exigirse desde que dicha necesidad surja, y siempre que no acontezcan las circunstancias del art 152 C.c.

⁶⁷² Siempre que el cónyuge mantenga el nivel económico que propicie ese desequilibrio, pues si afecta a ambos cónyuges no es posible que prospere la pensión (SAP Barcelona de 5 de marzo de 1997). El desequilibrio económico ha de tener lugar en el momento de la ruptura (límite temporal para ejercitarlo), sin que las circunstancias sobrevenidas otorguen ese derecho con posterioridad, si no fue reclamado en su momento (SAP Toledo de 15 de junio de 1992).

puede ser acreedor de una y otra, ya que difieren tanto en su fundamento como en su configuración⁶⁷³, pero no así en el caso del divorcio, pudiendo los divorciados reclamar únicamente la pensión compensatoria de darse las condiciones del art. 97 C.c.e.⁶⁷⁴. Por su parte, en supuestos de nulidad, el cónyuge de buena fe⁶⁷⁵ tendrá

⁶⁷³ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis Matrimoniales Internacionales...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51, especialmente la nota núm. 55.

⁶⁷⁴ Si en la sentencia de separación no se estableció la pensión compensatoria, ésta no podrá concederse en la posterior sentencia de divorcio, pues el desequilibrio económico que con ella se trata de restablecer está limitado en el tiempo (aquél se ha de valorar en el momento en que se produce la ruptura de la convivencia a raíz de la separación y no en el posterior proceso de divorcio), si bien nada obsta para que la pensión alimenticia fijada por la sentencia de separación sea sustituida por la pensión compensatoria en la sentencia de divorcio (SAP Alicante de 20 de octubre de 1993). Si en el convenio regulador de la separación se renuncia a la pensión compensatoria, ésta no se podrá interesar en el posterior proceso de divorcio (SAP Baleares de 14 de mayo de 2004). Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., “Art. 97 C.C.”, en R. BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2ª edic., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 227- 229.

⁶⁷⁵ La buena fe se presume (art. 79 II C.c.), siendo esta una presunción “*iuris tantum*”, que podrá destruirse por aquél que alegue la mala fe. Hay buena fe cuando el cónyuge ignora que existe una causa que impide que el matrimonio sea válido. La mala fe debe estar contenida en la sentencia de nulidad (arts. 95. II y 1395 C.c), por lo que el juez civil no podrá decidir sobre esta cuestión en el proceso de homologación, si bien podrá tomar en consideración algunos indicios derivados del proceso (*ad ex.* el ejercicio de la acción de nulidad de forma conjunta, o los derivados de la propia causal). La regla de la buena fe tiene dentro del Derecho español un fundamento objetivo, por lo que el cónyuge de buena fe no tendrá que probar la existencia de un daño para ser indemnizado. Pero, si ambos han obrado de mala fe no tendrán ninguno de ellos tendrá derecho a la indemnización (STS 10 de marzo de 1992). En todo caso, la indemnización procederá a instancia de parte - cónyuge de buena fe - por lo que el tribunal no podrá decretarla de oficio. M.J. MARÍN LÓPEZ, *art. 98 C.C.*, en *Comentarios...*, *cit.*, 229-230.

derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal⁶⁷⁶ (art. 98 C.c.), atendidas las circunstancias del art. 97 C.c.⁶⁷⁷.

En la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, incluido el nuestro, la indemnización como efecto de la nulidad matrimonial no se califica como obligación alimenticia. De ahí que la existencia de una pensión compensatoria previamente resuelta en el foro no suponga un obstáculo para la concesión de una indemnización a favor del cónyuge de buena fe, del mismo modo que nada impide que pueda concederse una indemnización si con posterioridad a la sentencia de divorcio o de separación se declara en el foro la nulidad de un matrimonio civil o canónico⁶⁷⁸. La conclusión es, por tanto, concluyente: ninguno de los fundamentos esgrimidos por nuestra jurisprudencia (arts. 73 y 101 C.c.e. y art. 117.3 CE) constituyen un motivo válido para no atribuir el derecho a la indemnización al cónyuge de buena fe como efecto típico de la nulidad si se cumplen las condiciones del art. 98 C.c.e., esto es, la

⁶⁷⁶La convivencia genera para el legislador local una apariencia de matrimonio, pero no queda sujeta a un término específico.

⁶⁷⁷ Si bien tal remisión no supone exigir la concurrencia de un desequilibrio económico, sino, únicamente, la determinación de la cuantía en base a las circunstancias exigidas en el art. 97 C.c.

⁶⁷⁸ Hay que resaltar, sin embargo, que el nuevo Código de Familia catalán, en su art. 233-14 -al igual que su antecesor (art. 84)-, extiende el derecho a la pensión compensatoria a supuestos de nulidad matrimonial. Así, el cónyuge de buena fe que resulte más perjudicado tendrá derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria, que no excederá del nivel de vida que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago. Bajo este presupuesto, la identidad de objeto sí se configura, ya que la pensión compensatoria está diseñada como un efecto común a las distintas causas matrimoniales (divorcio, la separación y la nulidad matrimonial). Es de notar que su configuración tiene un fundamento sancionador: la mala fe, lo que acerca este tipo de prestación a las obligaciones alimenticias derivadas de sistemas subjetivos -o causalistas- de divorcio (divorcio sanción), donde el cónyuge culpable del divorcio o de la separación quedará obligado al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente.

existencia de mala fe de alguno de los cónyuges y la convivencia conyugal.

No es tampoco correcta la solución dada por el TC en su sentencia 6/1997, pues si bien en ella valora convenientemente la situación de inconciliabilidad que plantea la nulidad anterior con el divorcio, reconociendo que las sentencias de divorcio no fueron respetuosas con la efectividad de las resoluciones canónicas cuando se procedió a declarar el divorcio de un matrimonio previamente anulado, yerra, sin embargo, en lo relativo a los efectos económicos-patrimoniales del divorcio dictado con posterioridad a la decisión canónica, pues, sostiene que “no alteran el derecho a la ejecución de la sentencia de nulidad”, y contra todo pronóstico, y con muy cuestionable motivación, ordena la anulación de las sentencias de divorcio, pero solo en lo relativo al pronunciamiento principal, conservando los efectos colaterales de un divorcio anulado por su propio mandato.

La anulación parcial de las sentencias de divorcio ordenada por el TC, existiendo una sentencia de nulidad anterior del mismo matrimonio, resulta a todas luces, improcedente. Y ello, por cuanto, el divorcio anulado por mandato judicial no puede en ningún caso producir efectos sobre el matrimonio, ya se trate del pronunciamiento principal o de los pronunciamientos colaterales. Es ilegítimo, el mantenimiento de los efectos colaterales típicos del divorcio, cuando el principal ha sido invalidado, debido a que este concreto efecto (pensión compensatoria) guarda una relación de dependencia con la causa matrimonial, por lo que su reconocimiento solo resulta factible cuando también se ha reconocido el pronunciamiento principal (principio de no

separabilidad). Distinto sería que el pronunciamiento colateral resuelto por la decisión de divorcio o de separación dictada con posterioridad a la nulidad afectara al régimen de custodia y visita o a los alimentos de los hijos, si éstos no se hubieran resuelto en la decisión de nulidad previamente adoptada. En tal caso, al tratarse de pronunciamientos regidos por el principio de separabilidad, no habría ningún problema en predicar su mantenimiento pese a la anulación del pronunciamiento principal, ya que su autonomía les permite perpetuarse, incluso, al margen de que exista el matrimonio.

El TC defiende, a nuestro juicio, un pronunciamiento, además de equivocado, contradictorio con lo resuelto en su propio fallo, pues al tiempo que perpetúa efectos indisociables al divorcio anulado, impide los atribuidos *ex lege* a las nulidades matrimoniales, lo que sin duda provoca la quiebra de los efectos típicos de tal reconocimiento y el mantenimiento de otros (pensión compensatoria) cuando su antecedente lógico-necesario: el divorcio, ha desaparecido. En todo caso, visto que el divorcio anulado resultaba incompatible con la nulidad decretada anteriormente, la solución correcta habría sido amparar la eficacia civil de la resolución de nulidad matrimonial canónica y sus consecuencias jurídicas, ordenando la anulación total - y no parcial- de las decisiones de divorcio dictadas con posterioridad, incluidos sus pronunciamientos colaterales⁶⁷⁹.

Las soluciones ofrecidas por el TC impiden extraer de ellas unos estándares que puedan servir de base a nuestra jurisprudencia

⁶⁷⁹ Resuelve bien la AP de Barcelona en su sentencia de 27 de marzo de 2001, cuando deja sin efecto el divorcio y las medidas adoptadas tras la firmeza de la sentencia declaraba la eficacia civil de la nulidad canónica.

para futuras soluciones en asuntos similares, lo que es, a nuestro juicio, lamentable. Una parte considerable de los jueces ordinarios reproducen de manera mecánica estas erróneas fundamentaciones, incluso tras haberse operado importantes cambios en el procedimiento de eficacia de las decisiones canónicas (art. 778.1 y 2 LEC).

Es de alabar, sin embargo, la postura defendida por un sector de la jurisprudencia local, contraria a esta línea hermenéutica, y partidaria de derogar la eficacia de la pensión alimenticia o compensatoria acordada en el divorcio o la separación anteriores, una vez que se reconozca la efectividad de la decisión canónica de nulidad. Pese a ello, nuestros jueces siguen sin identificar la piedra angular de esta problemática, pues, en ocasiones, sus fundamentaciones distan de la solución jurídica adecuada en torno a los efectos que el reconocimiento de la nulidad canónica homologada provoca sobre los pronunciamientos firmes y definitivos adoptados previamente por la jurisdicción civil⁶⁸⁰.

El recto tratamiento de esta problemática pasa por comprender que la pensión compensatoria adoptada en la previa decisión española de divorcio o separación no genera ninguna incompatibilidad ni con el pronunciamiento principal de la decisión canónica ni con la atribución del derecho a la indemnización a favor del cónyuge de buena fe⁶⁸¹. Tan solo se suscita la cuestión de fijar sus efectos en el tiempo, esto es, el momento a partir de cual deben

⁶⁸⁰ SAP Palma de Mallorca de 25 de mayo de 1992.

⁶⁸¹ Postura igualmente extensible a la pensión alimenticia adoptada por una previa decisión de separación.

considerarse desactivados aquellos pronunciamientos, una vez reconocida la figura que anula, desde y para siempre el matrimonio, teniendo en cuenta que al tiempo de solicitar la homologación de la nulidad ya existía en España una decisión de separación o de divorcio produciendo sus típicos efectos⁶⁸².

Apartadas de esta última problemática las situaciones de inconciliabilidad respecto del pronunciamiento principal y de los accesorios en el ámbito de la eficacia civil de decisiones canónicas. Debemos reconocer el art. 101 C.c.e. no ofrece una solución terminante sobre el cese de los efectos de las pensiones alimenticias o compensatorias adoptadas previamente en el foro, sobrevenida la nulidad matrimonial. De ahí que sería deseable de *lege ferenda* considerar la nulidad matrimonial sobrevenida como causa de cese automático de la pensión alimenticia o compensatoria adoptada en proceso anterior, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento judicial a instancia de parte. Tal circunstancia, en cambio, no significa que con los recursos normativos presentes podamos proporcionar una solución coherente a estos supuestos. En nuestra opinión, bajo el estatus actual, si con la demanda de homologación se solicitan medidas, el juez queda obligado a pronunciarse sobre dichos extremos, debiendo ordenar, en consecuencia, la cancelación de la pensión alimenticia o compensatoria adoptada previamente en el foro. Asimismo, de cumplirse los requisitos exigidos en el art. 98 C.c. (la buena fe y la convivencia conyugal), deberá indicar en su fallo que la indemnización a favor del cónyuge de buena fe se haga efectiva a

⁶⁸² Sobre estos extremos véanse los comentarios a los AATS de 16 de mayo de 2000 y 28 de abril de 1998 en FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 443.

partir de la fecha de la sentencia homologada⁶⁸³. Mayores dudas plantean aquel supuesto donde las partes interesen únicamente la homologación de la decisión, o, en su caso, siendo reconocida la decisión canónica, el juez, por cualquier motivo, no reconozca el derecho a ser indemnizado a uno de los cónyuges. En este caso, nada debería impedir que el juez, alerte a las partes sobre la posibilidad interesar en proceso posterior el cese de la pensión alimenticia o compensatoria fundado en la decisión homologada.

Téngase en cuenta que, tras producirse la homologación de la decisión canónica, el deudor siempre tendrá oportunidad de reclamar al acreedor la restitución de las cantidades abonadas indebidamente en concepto de pensión alimenticia o compensatoria. En tal sentido, no hay que olvidar que la decisión de nulidad reconocida en el orden civil despliega dos tipos de efectos: *ex tunc* y *ex nunc*. Por tanto, todos los derechos adquiridos durante la apariencia de validez del matrimonio (desde la fecha de celebración del matrimonio hasta la sentencia firme de nulidad) respecto de los hijos y el cónyuge de buena fe se van a mantener, pero como efectos ya producidos. De ahí que, una vez firme la decisión por la que se reconozca eficacia civil a la nulidad del matrimonio canónico, y solo desde entonces, el cónyuge pierda tal condición de cara al futuro. A partir de este momento el cónyuge de buena fe podrá reclamar al de mala fe, entre otros derechos, una indemnización. Pero este nuevo estatus impide a los cónyuges reclamar derecho alguno fundado en la relación matrimonial anulada, si bien -como ha dicho- no invalida los efectos ya

⁶⁸³ Sobre estos extremos véanse los comentarios a los AATS de 16 de mayo de 2000 y 28 de abril de 1998 en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 443.

producidos. Por esta razón, al ser una consecuencia del matrimonio putativo, el acreedor de alimentos no estará obligado a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión alimenticia o compensatoria a causa de la separación o del divorcio anterior, toda vez que en el momento de adoptarse aquella decisión el matrimonio gozaba de aparente validez. En cambio, sí estará obligado a devolver las cantidades indebidamente devengadas por este concepto tras la declaración de eficacia civil de la decisión canónica. Por igual motivo, el deudor tampoco queda conminado a pagar por una obligación que no está reñida con el nuevo estatus resultante de la nulidad, pero sí que lo está para indemnizar a su ex cónyuge de haber obrado de mala fe.

Asimismo, deben evitarse soluciones salomónicas adoptadas por nuestra jurisprudencia, como es la de sustituir la pensión compensatoria previamente fijada por una indemnización⁶⁸⁴. Pues, como se ha apuntado, los efectos que la nulidad provoca en nuestro ordenamiento permiten la desactivación (extinción) de la pensión alimenticia por el juego conjunto de los arts. 79 y 101 C.c.e., pero no así su sustitución ni tampoco su modificación. En este último caso, insistimos, la pensión alimenticia puede ser modificada únicamente por las causas previstas en el art. 100 C.c. (alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge), mas no por otro efecto típico e indisociable a otra causa matrimonial distinta, y ello contrariamente a lo que puede suceder si estamos ante efectos independientes y comunes a toda causa matrimonial. De todas

⁶⁸⁴ Una solución similar propugna la SAP de Valencia de 14 de noviembre de 1997, por la que se reconoció el derecho a indemnizar al cónyuge inocente por la cantidad mensual que venía percibiendo en concepto de pensión compensatoria.

formas, nada impide que la pensión previamente fijada pueda servir de referente para estimar el monto de la indemnización, dado que las bases para su valoración son las mismas, como ha sido la voluntad del legislador español al diseñar el art. 98 C.c.e. De ahí que no deba perderse de vista que, para alcanzar una solución equitativa, la fijación de una cantidad desproporcionada que supere las capacidades económicas del deudor por este concepto puede convertirlo en necesitado, por lo que también aquí será necesario atender a las circunstancias previstas en el art. 97 C.c.e.

Íntimamente relacionado con estos efectos, cobra significado el art. 101 C.c.e., cuyo tenor dispone que la pensión se extinga por el cese de la causa que lo originó⁶⁸⁵. De esta suerte, si la eficacia de la decisión de divorcio o de separación se ve afectada por la cosa juzgada de la nulidad matrimonial sobrevenida, se verán igualmente perturbados los efectos inseparables del divorcio o de la separación por la homologación de la decisión de nulidad canónica, si las partes así lo interesan junto a la demanda de homologación (art. 778.2 LEC). Esta norma, a nuestro juicio, plantea plena coherencia con el alcance del art. 79 C.c.e., pero debe ser acotada en los términos antes propuestos, frente a las dudas que su interpretación y aplicación puede acarrear.

Por último, respecto de la cosa juzgada, ha de tenerse en cuenta que tras la modificación operada con la entrada en vigor de la LEC, los procesos matrimoniales quedan sometidos a una misma disposición: el art. 770 LEC. Según este precepto, las demandas de divorcio, separación y nulidad matrimonial se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, al tiempo que, el apartado segundo del art.

⁶⁸⁵ *Vid.* M.J. MARÍN LÓPEZ, “Art. 101 C.C.”, *op. cit.*, p. 231.

770 reconoce que sólo se admitirá la demanda reconvenzional en los siguientes supuestos: a) cuando la reconvección se funde en causas que puedan dar lugar a la nulidad, b) cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio; o c) cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación. Por otro lado, el art. 222.2 LEC establece que los límites de la cosa juzgada alcanzan la demanda y la reconvección, mientras el art. 400 1 y 2⁶⁸⁶ LEC se refiere a la preclusión de la alegación de los hechos y fundamentos jurídicos, esto es, el momento a partir del cual los nuevos hechos o fundamentos jurídicos son susceptibles de modificar la cosa juzgada (límites temporales de la cosa juzgada), afectando tanto a los hechos como los fundamentos jurídicos que resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de su interposición. Esta regla afecta asimismo a la reconvección (art. 406.4 LEC)⁶⁸⁷.

En nuestro ordenamiento, este momento se fija con posterioridad a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en el que aquéllas se formulen (art. 222.2 LEC)⁶⁸⁸, esto

⁶⁸⁶ “1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso posterior”.

“2. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderán sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de una nueva noticia permitidas en esta Ley, en momentos posteriores a la demanda y a la contestación”.

⁶⁸⁷ *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. Y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 329-333.

⁶⁸⁸ “Se considerarán hechos nuevos o distintos en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquella se formularen”. Conforme a este artículo, para el Derecho procesal español la cosa juzgada material alcanza las pretensiones de la demanda y la reconvección, así como los puntos 1 y 2

es, cuando comienza a correr el plazo para dictar sentencia (art. 268 LEC)⁶⁸⁹. Así, pues, no procedería una demanda posterior de nulidad si el primer proceso se inició con una demanda de divorcio a la que el demandado opuso demanda reconvenicional de nulidad matrimonial, siempre que el juez falle la disolución del matrimonio en lugar de la nulidad. En tal caso, el efecto de la cosa juzgada respecto de la nulidad se ha producido a causa de la desestimación de la demanda reconvenicional (nulidad matrimonial *vs* divorcio). Y ello, porque para apreciar que existe novedad, nuestra norma procesal precisa fijar el momento a partir del cual ese nuevo hecho sería susceptible de ser tomado en consideración para limitar temporalmente el efecto de la cosa juzgada de la previa decisión de divorcio o separación, exigiendo, en consecuencia, que ese hecho ni haya sido conocido ni haya podido invocarse por las partes antes que comenzara a correr el plazo para dictar la sentencia del primer proceso (divorcio o separación). Tal eventualidad puede tener lugar, incluso, si conocida la existencia de una causa de nulidad ésta no se alegó, pudiendo hacerlo, dentro del proceso de separación o de divorcio (art. 400.2). De ahí que si se demostrara que la eventual causa de nulidad del matrimonio era conocida en fecha anterior a la completa preclusión de los hechos y fundamentos jurídicos objeto del proceso, y no fue planteada por las partes, en principio, tampoco cabría por esta regla cuestionar la eficacia de la decisión de divorcio o de separación anterior. En caso contrario, la eficacia

del art. 408 LEC (créditos compensables [408. 1LEC] y nulidad absoluta del negocio jurídico [408. 2 LEC]).

689 Vid. BARBER CÁRCAMO, R., “La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio”, en GONZÁLEZ PORRAS J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, vol. I, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 508-511.

de la decisión de divorcio o de separación anterior podría verse afectada por la acción de nulidad matrimonial posterior (o su reconocimiento en el foro). El conocimiento de la referida causa de nulidad matrimonial se configura como el nuevo hecho que determina la existencia de una situación diferente de la planteada en el proceso de divorcio o de separación anterior (nuevo objeto procesal), que no ha sido juzgada ni ha precluido aún.

Tras identificar la problemática planteada por la doctrina y conocer las argumentaciones que por más de tres décadas han acompañado a nuestra jurisprudencia en torno al objeto del presente estudio, nos encontramos en condiciones de sistematizar de manera diáfana los principales extremos que nuestros jueces y tribunales deben tomar en consideración para precisar qué situaciones resueltas en el foro suponen un obstáculo al reconocimiento de decisiones canónicas.

En primer lugar, el juez debe distinguir, las situaciones de inconciliabilidad respecto de la causa matrimonial, de las situaciones de inconciliabilidad respecto de los efectos colaterales. En relación con las primeras, el juez debe tener presente que frente a una decisión canónica de nulidad solo se podrá oponer por este motivo la decisión de nulidad del foro, mientras que frente a una decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado, solo cabría hablar de contradicción si en España ya existe una decisión de divorcio o de nulidad.

Resuelta esta primera cuestión, el juez, conociendo que es a él a quien corresponde fijar los efectos conexos a las decisiones canónicas, siempre que la parte o partes interesadas insten junto a la demanda la adopción de medidas complementarias, no debe perder

de vista que el hecho de que la decisión de foro no suponga una contradicción con la decisión canónica en cuanto al pronunciamiento principal, no significa que no pueda llegar a darse tal contradicción respecto de los pronunciamientos colaterales. Por esta razón, quedará compelido a verificar si alguna de las medidas solicitadas junto a la homologación (pronunciamientos accesorios) han sido ya resueltas en la decisión de separación o de divorcio existente en el foro. El juez, en tal caso, deberá delimitar con carácter previo cuáles de los pronunciamientos resueltos por la decisión de divorcio o de separación del foro resultan excluyentes de los solicitados por las partes en la demanda de homologación de la decisión canónica. Para ello deberá conocer que las situaciones de inconciliabilidad en lo relativo a los pronunciamientos colaterales solo se van a producir respecto de los efectos independientes a cualquier causa matrimonial (*ad ex.* medidas sobre guarda y custodia y régimen de visitas de los hijos y pensiones alimenticias de los hijos resueltas por la decisión del foro), ya que, sobre estos pronunciamientos, la causa matrimonial no ejerce ninguna incidencia, siendo indiferente que aquellos hayan sido resueltos en el proceso de divorcio o separación del foro o en un proceso independiente. De ahí que si la decisión del foro se ha pronunciado ya sobre estas cuestiones, deba el juez proceder al rechazo de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación interpuesta (efecto de cosa juzgada o preclusivo). Ello, en cambio, no impedirá la modificación de estas medidas si se ha producido un cambio sustancial en las circunstancias y las partes así lo interesan.

Respecto de los efectos colaterales típicos a la causa matrimonial en juego, como es el caso de la indemnización frente a la pensión compensatoria acordada en la decisión divorcio o de

separación del foro, no se van a producir antinomias, ya que entre el objeto de uno y de otro pronunciamiento no se produce identidad. Ahora bien, si con la demanda de homologación cualquiera de los cónyuges ha sido solicitado dicha indemnización, tal extremo deberá quedar resuelto en la sentencia por la que se otorgue eficacia a la decisión canónica, siempre que se den las circunstancias del art. 98 C.c.e. En tal caso, el juez procederá a ordenar la cancelación de la pensión compensatoria previamente adoptada, con la correspondiente fijación del momento a partir del cual estos efectos quedarán desactivados tras producirse el reconocimiento de la decisión canónica. En cualquier otro caso, esto es, cuando no se cumplan las exigencias del art. 98 C.c., o, en su caso, no se haya solicitado la adopción de medidas, pero sí se reconozca eficacia a la decisión canónica de nulidad, sería conveniente que el juez alertara a las partes sobre la posibilidad de solicitar el cese de la pensión alimenticia o compensatoria en proceso posterior, entretanto opera un cambio en la normativa vigente.

Finalmente, cabe destacar que al reconocimiento de la decisión canónica no podría oponerse la existencia de un proceso en el foro de divorcio, separación o nulidad, pues la inconciliabilidad se suscita únicamente si lo que existe en el foro es una decisión, no así respecto de un proceso abierto ante la jurisdicción civil que pueda dar lugar a una decisión contradictoria. En tal caso, la decisión canónica homologada producirá la terminación del proceso abierto. Por la misma razón, tampoco podría oponerse al reconocimiento de decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado la apertura en el foro de un proceso de divorcio, separación o nulidad, aunque la homologación

de aquéllas provocará, a diferencia de lo que sucede con las decisiones canónicas, la terminación del proceso abierto de divorcio o de separación ante la jurisdicción civil, pero no así el de nulidad, ya que el Derecho español no impide anular el vínculo matrimonial tras haberse dictado una sentencia de separación o de divorcio.

IV. REPERCUSIÓN DE LA DISTINTA REGULACIÓN CONCORDATARIA VIGENTE EN ESPAÑA Y EN COLOMBIA EN EL RECONOCIMIENTO RECÍPROCO DE LAS DECISIONES DE CANÓNICAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES ECLESIAÍSTICOS DE UNO Y OTRO PAÍS

Al desarrollar la parte introductoria del presente Capítulo tuvimos ocasión de evidenciar que el tratamiento de estas decisiones en los distintos Estados concordatarios no solo difiere en la forma en que estas decisiones van a ser incorporadas al Estado requerido, sino por el desigual reparto de las competencias alcanzado entre la Iglesia y los Estados implicados en este estudio en las distintas causas matrimoniales.

Al referirnos al Concordato suscrito entre la Santa Sede y Colombia pudimos constatar que tras ser declarada la inconstitucionalidad del art. VIII, el art. 146 C.c.e. reconocía competencias exclusivas a los jueces canónicos para anular los matrimonios celebrados bajo la forma canónica⁶⁹⁰, en tanto que, del art. 147 C.C. se podía extraer claramente que la declaración de

⁶⁹⁰ *Vid.* SCSJC, de 30 de abril de 1987, de 6 de abril de 1956 y de 18 de octubre de 1961.

eficacia solo afectará las decisiones de nulidad, no así las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado.

Por su parte, del Concordato suscrito entre la Santa Sede y España y el art. 73 C.c.e., no se deducen competencias exclusivas a favor de la jurisdicción canónica en materia de nulidad matrimonial, razón por la que los jueces civiles serían igualmente competentes para anular “todo” matrimonio, cualquiera que fuera la forma de celebración. Asimismo, en España podrían verse reconocidas tanto las decisiones canónicas de nulidad matrimonial como las decisiones potificias de matrimonio rato y no consumado⁶⁹¹.

En la práctica estas asimetrías normativas ocasionan que las decisiones emanadas de la jurisdicción canónica radicadas en España sean reconocidas incondicionadamente en Colombia, pero no a la inversa. Pero, además puede provocar que algunas de estas decisiones claudiquen en sede colombiana⁶⁹². Así, por ejemplo, con independencia de que en el sistema concordatario vigente en España sea posible declarar la eficacia civil de una decisión

⁶⁹¹ “El art. 80 Cc exige a todas las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y a toda decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, que tales resoluciones sean declaradas “ajustadas al Derecho del Estado” conforme a las condiciones recogidas en el art. 954 LEC. Esta exigencia tiene lugar en cualquier Tribunal eclesiástico donde se ha dictado resolución canónica de nulidad matrimonial y cualquiera que sea el país donde se ha dictado”. (negrillas fuera de texto). *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., H CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional priv...*, ob. cit., p 278.

⁶⁹² *Vid.* GARCÍA FAÍLDE, J.J., “Reconocimiento en el orden civil de matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico y sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial”, *REDC*, 1982, pp. 223; GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentario al art. 80 del Código Civil...”, *op. cit.*, pp. 153 y ss; y PANIZO ROMO DE ARCE, A., “Reconocimiento civil de la resoluciones canónicas de nulidad y dispensa super rato en el nuevo sistema matrimonial español”, *RFDUC*, núm. 70, 1983, p. 134 y ss.

pontificia de matrimonio rato y no consumado, estas decisiones no podrían desplegar sus efectos en Colombia ya que el art. 147 C.c.c. limita la concesión de eficacia civil a las decisiones canónicas. Asimismo, el art. 147 C.c.c. repercute indirectamente en el reconocimiento de estas decisiones en España, si la cuasa de disolución del matrimonio por inconsumación se ha iniciado ante los jueces canónicos radicados en Colombia, y ello porque la declaración de eficacia civil está condicionada a que las decisiones canónicas cumplan el requisito previo de validez en el Estado donde se han originado, esto es, que haya sido previamente homologada ante la autoridad civil extranjera. Por tanto, las decisiones potificias tramitadas ante las autoridades canónicas colombianas, no podrá ser reconocidas en España por carecer del requisito previo de validez⁶⁹³.

Por otro lado, aunque no sabemos con precisión si la exigencia de la previa validez es o no requisito indispensable para la homologación en Colombia de decisiones adoptadas por autoridades eclesiasísticas radicadas en país extranjero. Sospechamos exigencia no es requerida en sede colombiana, pues el propio contenido del art. 147 C.c.c. confirma que bastará con que la autoridad eclesiástica, una vez ejecutoriada la decisión canónica de nulidad, comunique al juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges dicha decisión para que éste decrete su

⁶⁹³ No hay que olvidar que lo que se reconoce no es la sentencia civil que homologa la decisión eclesiástica, descartándose, en todo caso, el *double executur*, sino la decisión canónica dotada de eficacia civil, como condición previa de validez.

ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordene la inscripción en el Registro Civil colombiano, sin más⁶⁹⁴.

De ser así, esta circunstancia podría generar situaciones contradictorias respecto del estado civil de los cónyuges, si, por ejemplo, en fecha posterior es denegado en España el reconocimiento de la decisión canónica. Así, los interesados podrían contraer nuevo matrimonio ante las autoridades canónicas y las civiles colombianas, pero no ante las autoridades españolas, a menos que se decrete en España el divorcio o la nulidad civil de dicho matrimonio. Por la misma razón, no sería válido en España el nuevo matrimonio civil o religioso celebrado ante autoridades colombianas.

Tampoco la sentencia de divorcio⁶⁹⁵ o de nulidad civil española recaída sobre el matrimonio canónico sería válida en Colombia. En el primer caso (divorcio), por ser inconciliable con la decisión que previamente declaró la eficacia civil de la nulidad canónica. En el segundo caso (nulidad civil), además de por este motivo, porque los jueces canónicos jamás reconocerían una decisión civil extranjera que disuelva el matrimonio celebrado bajo la forma canónica, pues, como se ha reiterado, los jueces canónicos ostentan -según las normas vigentes en Colombia- competencias exclusivas para declarar las nulidades de los matrimonios celebrados bajo la forma canónica (arts. VIII del Concordato y 146 C.c.c.).

⁶⁹⁴ *Vid.* SCSJC de 30 de abril de 1987.

⁶⁹⁵ Los jueces colombianos no son competentes para anular el matrimonio canónico pero sí para disolverlo.

V. EFECTOS DE LAS DECISIONES CONÓNICAS EN EL ESTADO REQUERIDO

Las decisiones canónicas producen solo el efecto constitutivo⁶⁹⁶, no así el ejecutivo porque las acciones constitutivas no precisan ejecución, si bien originan actos de ejecución impropia a través del acceso al Registro civil español a efectos de modificar una inscripción practicada previamente⁶⁹⁷, cuando deba determinar o completar la capacidad para un acto inscribible⁶⁹⁸, o, en su caso, cuando vaya a acceder con valor simplemente informativo⁶⁹⁹.

Tampoco las decisiones canónicas producen el efecto de cosa juzgada⁷⁰⁰, pues para el Derecho canónico las causas que versan sobre el estado civil nunca pasan a cosa juzgada (c. 1643)⁷⁰¹. Por

⁶⁹⁶ *Vid.* SANCHO REBULLIDA, F., “Comentario al artículo 80...”, *op. cit.*, pp. 499-500.

⁶⁹⁷ Art. 83. II y 265 del Reglamento del Registro Civil, Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, en adelante RRC (*BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 1958).

⁶⁹⁸ Art. 84 RRC

⁶⁹⁹ Art. 38. 4 de la Ley del Registro Civil, Ley de 8 de junio de 1957, en adelante LRC (*BOE* núm. 151 de 10 de junio de 1957).

⁷⁰⁰ *Vid.* GARAU SOBRINO, F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras...*, *op. cit.*, p. 58 y 59.

⁷⁰¹ La cosa juzgada se produce cuando: a) hay dos sentencias conformes, entre los mismos litigantes, sobre el mismo objeto, y con igual causa (canon 1 641.1º); b) cuando no se hubiera interpuesto apelación contra la sentencia dentro del plazo útil (canon 1 641. 2º; 1 630 y 1 635); c) cuando en grado de apelación hubiera caducado la instancia (cánones 1 633 y 1 635) o se hubiere renunciado a ella (cánones 1 641.3º y 1 636); y d) cuando se dictó sentencia definitiva contra la que no cabe apelación (cánones 1 641.4º y 1 629). *Vid.* ESCRIBÁ IVARS, J., *El proceso contencioso declarativo de nulidad de matrimonio canónico*, Eunsa, Pamplona, 2009, pp. 83 y 84.

consiguiente, aunque existan dos sentencias conformes⁷⁰² y ello determine la firmeza y la cosa juzgada, estas causas podrían impugnarse ante el Tribunal de apelación a través del recurso especial de la nueva proposición de la causa o revisión⁷⁰³ siempre que se den las condiciones del c. 1 644 y del a. 291 DCI⁷⁰⁴. Sin embargo, tienen eficacia pues ello no suspende su ejecución⁷⁰⁵.

Esta particularidad, podría provocar la excepcional circunstancia de que sea declarado válido el matrimonio canónico declarado previamente eficaz en el orden civil. Aunque la doctrina sostiene que razones de seguridad jurídica indican que esta segunda decisión no podría incorporarse al Derecho estatal ya que supondría

⁷⁰² “Se llaman formalmente conformes dos sentencias o decisiones si se han dictado entre las mismas partes, sobre la nulidad del mismo matrimonio y por el mismo capítulo de nulidad, así como por los mismos motivos de derecho y de hecho”. Por otra parte “se consideran equivalentemente o sustancialmente conformes la decisiones que, si bien indican o determinan el capítulo de nulidad bajo distinta denominación, se basan, sin embargo, en los mismos hechos que hacen nulo el matrimonio y en las mismas pruebas” (art. 291 DCI y canon 1 641).

⁷⁰³ Según DE DIEGO LORA, C., “Comentario al canon 1944”, en *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, vol. IV/2, Eunsa, Pamplona, 1996, p. 1710, “Las sentencias definitivas sobre el estado de las personas se hacen firmes por la doble conformidad, producen la cosa juzgada mientras no sean impugnadas mediante el especial recurso de la nueva proposición de la causa basado necesariamente e nuevas y graves pruebas y argumentos”.

⁷⁰⁴ El art. 289. 2 y 3 IDC reconoce que la “una causa matrimonial que haya sido juzgada por un tribunal no puede ser juzgada de nuevo por el mismo tribunal ni por otro del mismo grado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 9.2. Esta disposición será de aplicación únicamente si se trata de la misma causa, es decir, acerca del mismo matrimonio y por el mismo capítulo de nulidad”. Sobre la interpretación de esta norma. *Vid.* PANIZO ORALLO, S., “La segunda instancia y los demás recursos o remedios procesales en la Instrucción “*Dignitas Connubis*”..., *op. cit.*, pp. 106 y 107.

⁷⁰⁵ *Vid.* ESCRIBÁ IVARS, J., *El proceso contencioso declarativo de nulidad de matrimonio canónico*, Eunsa, Pamplona, 2009, pp. 83.

una evidente contradicción con situaciones resueltas previamente en el foro⁷⁰⁶.

VI. ¿RECONOCIMIENTO REGISTRAL DE LAS DECISIONES CANÓNICAS?

Según lo dispuesto en el art. 80 C.c.e., la eficacia civil de estas decisiones se condiciona a la superación de las condiciones previstas por el régimen autónomo de validez de decisiones extranjeras (art. 954 LEC 1881), si bien el procedimiento previsto no es el *execuátur* sino el contemplado en el 778 LEC⁷⁰⁷.

Las diferencias en el tratamiento de este tipo de decisiones se aprecian asimismo en la forma en que tiene lugar su acceso al Registro Civil español. Así, el art. 83 RRC en su segundo párrafo se refiere a las mismas de manera diferenciada, señalando que: “Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretado por el Juez o Tribunal correspondiente”. En este mismo sentido se pronuncia el art. 265 RRC que propugna que las resoluciones dictadas por autoridades eclesiásticas cumplan la condición previa de haberse acordado por el juez civil su ejecución.

Admitida en la actualidad la posibilidad de que las resoluciones canónicas de nulidad y decisiones pontificias de

⁷⁰⁶ Vid. NAVARRO VALLS, R., “El matrimonio religioso”, en VV. AA., *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 2001, pp. 368.

⁷⁰⁷ Recordemos que cuando analizamos el régimen de validez de las decisiones canónicas de nulidad, el art. 80 C.c.e. hacía una remisión a las condiciones contempladas en el art. 954 LEC 1881, aunque no al procedimiento de *execuátur* propiamente dicho. El procedimiento seguido por las decisiones canónicas será conforme al art. 778 1 y 1 LEC.

matrimonio rato y no consumado puedan acceder al Registro Civil español, una vez declarada su eficacia por el juez civil. Cabría preguntarse si una vez en vigor la nueva LRC, sería posible atribuir eficacia registral a estas decisiones en base del art. 96, si para ello tenemos en cuenta que la autoridad registral estaría controlando prácticamente las mismas condiciones previstas para dar eficacia civil de decisiones canónicas de nulidad, esto es, las del art. 954 LEC 1881 y a través del procedimiento previsto en el art. 778 LEC.

Somos conscientes, sin embargo, que no ha sido ésta la intención del legislador español. El art. 96 LRC se refiere únicamente a las resoluciones judiciales extranjeras, por lo que, de haber sido otra su voluntad, el legislador lo habría plasmado en la referida norma, como sí lo ha hecho patente en relación con la posibilidad de que estas decisiones puedan ser objeto de anotación con valor simplemente informativo, en caso no haberse decretado aún su eficacia civil, según se puede advertir del art. 40.6º LRC.

En cualquier caso, sería deseable que a esta alternativa también puedan tener acceso las resoluciones o decisiones emanadas de autoridades canónicas, en igualdad de condiciones con las decisiones civiles extranjeras, y sin perjuicio de las previsiones del art. 80 C.c.e., aunque esta interpretación requiere ser matizada. En tales supuestos será necesario distinguir entre decisiones emanadas de autoridades canónicas radicadas en España y decisiones adoptadas por las autoridades canónicas radicadas en el extranjero. Y ello porque, en este último caso, sería necesario acreditar la exigencia previa de validez civil mediante Auto por el que se declare la eficacia civil de la resolución canónica en el Estado

concordatario extranjero, y de cumplirse las condiciones del art. 96 LRC 2011 proceder a su inscripción en el Registro Civil español.

De todas formas, a menos que esta norma sufra alguna variación en su redacción final, las decisiones derivadas de la jurisdicción eclesiástica, requerirán inevitablemente de la declaración de eficacia civil, de conformidad con lo previsto en el art. 80 C.c.e., a diferencia de lo que protagonizan las decisiones civiles extranjeras de divorcio, separación y nulidad matrimonial. Aunque sería conveniente que el legislador local tomara nota de las soluciones que en el ámbito del Reglamento “Bruselas II *bis*” se ofrecen en este sentido.

CONCLUSIONES

A lo largo de nuestra investigación se han evidenciado el desigual tratamiento que las decisiones sobre crisis matrimoniales han sufrido por parte de las autoridades de uno y otro país. De un lado, nos encontramos con que los jueces españoles a la hora de reconocer decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales dictadas por autoridades colombianas se ciñen a controlar las condiciones establecidas en el CHC, respetando en todos los supuestos su prevalencia frente al régimen autónomo, mientras, por otro lado, las autoridades colombianas tras reconocer la existencia del Convenio y su carácter prevalente sobre el régimen autónomo, terminan estableciendo sobre las decisiones españolas un control del conjunto de condiciones establecidas en su normativa autónoma de reconocimiento, incluso de aquellas previstas en el CHC. Tal comportamiento resulta a todas luces criticable, pues constituye, además de la desactivación del régimen prevalente impuesto por el CHC, una vulneración de los arts. 693 CPCC y del 63 CPC.

Es cierto que el CHC muestra un total desapego a las necesidades actuales del tráfico externo, y aunque creemos firmemente que el CHC nunca cubrió las expectativas más básicas planteadas en este sector de problemas, si para ello tomamos como referente algunos

convenios coetáneos donde ya se establecían condiciones de reconocimiento que distan de la exigua instrumentación del CHC⁷⁰⁸, también lo es que estas carencias no justifican el flagrantemente incumplimiento por parte de las autoridades colombianas de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado al que representan, aplicando desmedidamente su normativa interna de reconocimiento. Prueba de que las cosas se pueden hacer bien encontramos en nuestra jurisprudencia quien, pese a las evidentes debilidades del CHC ha sabido optimizar su aplicación sin tener que acudir a su normativa de autónoma de reconocimiento.

Tras el comportamiento de la jurisprudencia colombiana se esconden otros motivos, entre ellos, el de proteger normas divorcistas desfasadas e imbuidas de excesivo territorialismo que no conectan en muchas de sus regulaciones con ordenamientos de nuestro entorno, pero, sobre todo existe un enorme desconocimiento de la disciplina del DIPr.

Para paliar estos comportamientos es necesario elaborar normas que no den margen a comportamientos de esta

⁷⁰⁸ REMIRO BOTRONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 117, al referirse al CHC vertía comentarios poco halagüeños que aún conservan actualidad, cuando reiteraba que: “En el tratado exclusivamente debe buscar el juzgador las circunstancias, los requisitos y las condiciones que deberá cumplir la sentencia para ser exequaturada. Ahora bien, puede ocurrir (...) que la intención de las partes al concluir el tratado sea únicamente la de evitar el funcionamiento negativo del principio de reciprocidad, confiando el reconocimiento y ejecución de las sentencias a la verificación de las circunstancias de fondo y forma previstas por el Derecho interno de los respectivos Estados contratantes - en nuestro caso, a las del art. 954 de la LEC”.

naturaleza. Naturalmente una fuerte dosis de estos problemas se resuelven con la redacción de un instrumento en términos que permita reducir a la mínima expresión tales usos, pero ésta es solo una arista del problema; la otra dependerá de la postura que adopte la jurisprudencia frente al reconocimiento de estas decisiones.

En lo que al CHC concierne, los primeros síntomas de debilidad se localizan en la exigencia de solo dos condiciones para el reconocimiento de sentencias: 1) que las sentencias sean definitivas y estén ejecutoriadas conforme a la ley del Estado donde fueron dictadas; y 2) que no se opongan a las leyes vigentes en el Estado requerido, exigencias que están lejos de satisfacer los objetivos primordiales de justicia no solo desde el punto de vista formal sino también de fondo. El CHC omite un grupo de requerimientos que históricamente han tenido presencia en las normas convencionales de reconocimiento y ejecución de decisiones en cuestiones tan esenciales en este sector como son, el control de la competencia judicial internacional, las garantías del debido proceso, los supuestos de inconciliabilidad, tal y como ha quedado evidenciado en el estudio comparado desarrollado en el Capítulo I. Las carencias del CHC se observan asimismo en la deficiente articulación de sus cláusulas y el uso de una terminología desfasada y caduca. Parece claro que tal situación deber ser revisada por resultar a todas luces inoperante, adaptándola a la evolución experimentada por una sólida doctrina y los textos internacionales de más modernos.

En primer lugar, tratándose de un convenio genérico que afecta al reconocimiento de decisiones civiles, sería conveniente sustituir el término de sentencia por el de resolución, que es un término más amplio que abarca otras categorías, tales como las resoluciones derivadas de la jurisdicción voluntaria, medidas provisionales, actos públicos..., a fin de eliminar cualquier vacilación acerca de la eficacia extraterritorial de este tipo de decisiones, lo que ha sido una práctica de nuestra jurisprudencia al rechazar medidas provisionales sobre custodia o alimentos, incluso en aquellos supuestos donde el régimen convencional así lo estipula, además de resultar acorde con la tendencia convencional dominante⁷⁰⁹.

El término “resolución” deberá comprender toda decisión judicial que resuelva de manera definitiva sobre el interés pretendido por las partes. En el ámbito de las crisis tal consideración permitiría ampliar el reconocimiento de aquellas medidas provisionales o cautelares resueltas por el tribunal en el marco de un proceso de divorcio, separación o nulidad matrimonial. El término amplio de resolución resultaría además consecuente con la exigencia prevista en el CHC de que estas resoluciones sean “definitivas”, ya que evitaría las dudas que ha planteado a la jurisprudencia española el reconocimiento de

⁷⁰⁹ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, págs. 337-366.

decisiones derivadas de la jurisdicción voluntaria con eficacia constitutiva⁷¹⁰.

En lo relativo a la cláusula de orden público, debemos señalar en primer lugar que la fórmula abierta utilizada por el art. 1.2 CHC para preservar las situaciones de orden público sustantivas y procesales (“no oposición a las leyes vigentes en el Estado en que se solicite su ejecución”) resulta hoy una fórmula estéril y en desuso que desestimula el principio de máxima eficacia y favorece que cualquier oposición a las normas internas del país requerido puedan erigirse en motivo de denegación del reconocimiento. De ahí que sea necesario reemplazar dicha cláusula por la expresión “manifiestamente incompatible con el orden público del foro”, reduciendo a la mínima expresión el impacto negativo del orden público en este ámbito material y en este sector del DIPr.

Asimismo deberán disfrutar de total autonomía de cláusula general de orden público, el control de la notificación del demandado haciendo especial referencia a la notificación en tiempo y forma de la demanda, de forma tal que queden plenamente garantizados sus derechos de defensa y la tutela judicial efectiva.

Para garantizar la coherencia con el sistema del Estado requerido, la revisión del CHC también deberá incluir el control de la no contradicción. Dentro del régimen convencional español este control ha sido tratado de forma muy dispar, sin bien la mayor parte de los convenios sujetan esta abstención no solo a que la previa existencia de una decisión en el foro que contradiga la

⁷¹⁰ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. M., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, *op. cit.*, pp. 249-271.

decisión extranjera, sino también cuando lo que exista en el Estado requerido sea un proceso abierto con identidad de objeto, sujeto y causa. En tal sentido consideramos oportuno que las situaciones de inconciliabilidad sean reducidas a aquellos supuestos en los que en el foro ya exista una decisión con identidad de objeto, sujeto y causa (prioridad del foro), o cuando tal inconciliabilidad se produzca entre decisiones adoptadas por terceros Estados susceptibles de ser reconocidas en el foro, prevaleciendo en este caso la decisión dictada en primer lugar. Pero no se deberá estipular como condición de reconocimiento la existencia en el foro de un proceso abierto que pueda dar lugar a una decisión contradictoria. En tal sentido debe considerarse la inserción de reglas de litispendencia internacional que garanticen una tutela judicial uniforme, impidiendo a las partes desplegar estrategias procesales con la finalidad de impedir el reconocimiento de tales decisiones en el ámbito del CHC, lo que, además, ha sido un reclamo de nuestra jurisprudencia dentro del régimen autónomo de validez.

A la hora de realizar el control de inconciliabilidad, deben distinguirse las situaciones de inconciliabilidad del pronunciamiento principal de las situaciones de inconciliabilidad respecto de los accesorios de los accesorios, siendo determinante a estos efectos no solo su configuración sino básicamente su fundamento. En el ámbito de los alimentos entre cónyuges es donde este control adquiere su mayor repercusión debido a que en España los cónyuges pueden beneficiarse a la vez de las pensiones alimenticias y compensatorias y los ex cónyuges solo serían beneficiarios de ésta última. Mientras en el ordenamiento Colombia esta obligación es única y tiene un contenido esencialmente resarcitorio. Ante la duda que ello pueda suscitar al operador jurídico sería recomendable que

la identidad en el objeto se entienda configurada tanto si lo que existe en España es una decisión sobre pensión compensatoria, como si lo que existe es una pensión alimenticia, lo que sería de aplicación *mutatis mutandis* a las situaciones de inconciliabilidad colombianas. Por último, debe tenerse presente que las si se ha producido la modificación de la decisión por cambio de circunstancias, la inconciliabilidad no se llegará a producir por no existir identidad en el objeto, si se tratara de las mismas partes.

Es igualmente conveniente que el control de la competencia judicial internacional sea exigido como condición autónoma. Sin embargo, del mismo modo que es incontestable que el control de la competencia judicial internacional deba estar recogido como condición independiente, también lo es que sea precisado el alcance de dicho control, extremo que, como es sabido, se ha manifestado de forma desigual en los distintos textos internacionales. Entre los modelos seguidos por el Derecho comparado nos hemos decantado por el modelo de lista positiva a fin de evitar interpretaciones que puedan alejarse del sentido y alcance de esta exigencia y teniendo en cuenta que el ordenamiento colombiano no dispone de normas de competencia judicial internacional. Además, este modelo es el que mayoritariamente han seguido los distintos textos internacionales en los que participa España y Colombia. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la técnica de bilateralización plantea como principal inconveniente que en la medida en que los foros de competencia del país de origen no coincidan con las del Estado receptor, ello podría motivar el rechazo de la decisión extranjera, incluso si los foros de competencia del tribunal de origen de la decisión plantean vínculos razonables con la concreta situación que se litiga, ya que es posible que el tribunal extranjero funde su competencia en un foro

no previsto en el Estado requerido y que se trate de un foro razonable. La regulación que resulte de la revisión de esta exigencia deberá proteger en todo caso las competencias exclusivas del Estado requerido y la sumisión de las partes a estos tribunales, garantizando que exista proximidad razonable entre el asunto que se litiga y el tribunal que ha resuelto sobre el fondo.

Para finalizar con las propuestas relativas al control de condiciones, resulta imprescindible que se excluya expresamente el control de la ley aplicada al ser éste el punto más álgido en el tratamiento de las decisiones españolas en Colombia. La importancia de tal exclusión es vital dentro del régimen del CHC, pues, como ya viera, en base a este control se ha motivado no solo el rechazo de decisiones de divorcio procedentes de nuestra jurisdicción, sino el de todas aquellas decisiones extranjeras que no se funden en el mutuo acuerdo o en alguna de las causales contempladas en el art. 154 C.c.c. Esta recomendación debe venir acompañada de otra por la que impida el control del fondo de la decisión.

Tal y como ha quedado ampliamente explicitado en el desarrollo del Capítulo II de esta investigación el juez colombiano interesado en buscar una identidad entre las causales de divorcio españolas y las previstas en su normativa interna, establece un recio control de la ley aplicada por el juez español, y si esta identidad no se produce, el motivo que invocan para rechazar de la decisión extranjera de divorcio es el orden público, y ello sin justificar adecuadamente su conexión con principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano. Este control, previsto únicamente para el divorcio de matrimonio civil celebrado en Colombia, es

practicado asimismo tanto para el divorcio de matrimonio civil o religioso celebrado en Colombia como para el divorcio de matrimonio civil o religioso celebrado el extranjero. Semejante comportamiento propicia el rechazo de decisiones españolas (o extranjeras) siempre que la identidad causal no se produzca. Lógicamente, la alta probabilidad de que el juez español, en base a la normativa conflictual española, termine aplicando su legislación interna, esto es, el divorcio objetivo, cabe concluir que esta identidad solo se va a producir si el divorcio español se ha producido por mutuo acuerdo, el resto decisiones claudicarán ante las exigencias impuesta por la jurisprudencia colombiana no contempladas en el CHC.

Sobre estos extremos cabe objetar que, no parece coherente que la ausencia de identidad causal sea interpretada por aquella jurisdicción como un ataque al orden público del foro, por cuanto ello supone identificar el orden público con las normas imperativas, lo que resulta a todas luces erróneo. Tampoco el CHC contempla dentro de sus condiciones el control indirecto de la ley aplicada, control este, justificado únicamente si la normativa convencional así lo contemplara. Menos justificado parece aún la práctica de este control si la normativa interna solo lo reclama si el divorcio extranjero disuelve un matrimonio civil celebrado en Colombia. En cualquier caso, tal aceptación, implicaría dotar a esta norma de un valor universal del que carece, desactivando el carácter prevalente del CHC. De ahí que insistamos en que, además de acotar en términos cerrados la cláusula general de orden público -como antes

se ha expuesto, sería igualmente necesario complementarlo con la exclusión expresa de este control en el CHC⁷¹¹.

No obstante, al margen de las modificaciones que la cláusula de orden público pueda sufrir en su redacción final, debida a la incidencia que su apreciación pueda tener desde la perspectiva del juez requerido, creemos firmemente que, aunque este cambio se llegara a producir, no serviría de mucho si el intérprete colombiano no abandona su cerrada noción del orden público, permeada de añejas concepciones morales sobre la conservación del matrimonio y su papel en la familia moderna y el excesivo territorialismo de sus normas. Hasta tanto ese cambio se produzca, si el intérprete local no acepta con mayor flexibilidad formulaciones distintas a las propugnadas por el sistema jurídico que representa (conflicto de civilizaciones)⁷¹², tendremos que soportar la pesada carga que comporta la convivencia con sistemas matrimoniales procedentes de Estados con niveles de desarrollo alejados de los nuestros⁷¹³.

⁷¹¹ Vid. VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento de decisiones en materia de divorcio”, *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1984, pp.508-511; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Divorcio”, *REDI*, vol. XXXVI, núm. 2,1984, pp. 654 y 655.

⁷¹² Vid. ARENAS GARCÍA, R “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2006*, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2007, pp. 19-94; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional privado de la familia”, *AHLADIPr*, 2005, núm. 17, pp. 87-130.

⁷¹³ El proceso de armonización del DIPr. en el ámbito familiar comunitario se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, de ahí que sea incompatible que situaciones jurídicas válidamente constituidas en los distintos Estados miembros de la Unión europea no produzcan los mismo efectos en otro Estado miembro. Vid. GONZÁLEZ BEIFUSS C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común”. *AEDIPr*, t. IV, 2004, 117-168, especialmente, pp. 164 y 169.

En el ámbito intraeuropeo las situaciones de orden público se limita a evidentes motivos de desigualdad entre los cónyuges por razón de sexo, religión, raza o que impidan el libre desarrollo de la personalidad⁷¹⁴, conviviendo sistemas divorcistas subjetivos y objetivos sin que las diferencias entre ellos hayan supuesto un obstáculo al reconocimiento y ejecución de decisiones. De ahí que para el Estado español sea inadmisibles fundar en el orden público la denegación del reconocimiento si el divorcio extranjero es causal y no objetivo.

Debe quedar clara que el control de orden público no implica la conformidad con las concepciones jurídicas del foro, sino el peligro pueden suponer para el orden social, económico, cultural o político del foro de las consecuencias jurídicas derivadas del reconocimiento de la sentencia extranjera, y la decisión española fundada en un sistema objetivo no contraviene el orden público colombiano.

Retomando los problemas de la ley aplicable al divorcio y a la separación y el papel preponderante que la aplicación de la ley española en materia de crisis matrimoniales ha tenido en el reconocimiento de decisiones de divorcio en Colombia, derivado del control indirecto de la ley aplicada, pensamos, inmediatamente, en la manera de paliar los efectos nocivos que la aplicación de un sistema divorcista como español planteaba al reconocimiento de las sentencias españolas de divorcio o de separación en Colombia. Sabiendo que, tanto en casos de elección de ley como en defecto de

⁷¹⁴*Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 7-9.

ella, el punto de conexión por excelencia contemplado en el Reglamento “Roma III” es el de la residencia habitual de los cónyuges⁷¹⁵. Y teniendo, además, la importancia que este criterio despliega en la determinación de la competencia internacional de los jueces españoles para conocer demandas de divorcio y separación previstos en el art. 3 del Reglamento de “Bruselas II *bis*”, no fue difícil concluir la frecuencia con la que nuestros jueces terminarían aplicando la ley española para descubrir las nefastas consecuencias para el reconocimiento de estas decisiones tal elección tendría en sede colombiana.

Sostenemos que, para reducir los efectos nocivos del punto de conexión de la ley de la residencia habitual, los cónyuges si pretenden si pretendieran retornar a Colombiano lo más recomendable sería que hicieran uso de la autonomía conflictual y optar por la ley colombiana, en caso de no encausar el divorcio de mutuo acuerdo. El papel del juez en el proceso de elección de los cónyuges será capital, ya que tal elección está regida por el principio de información. Los cónyuges, en todo caso, deberán conocer con exactitud las consecuencias jurídicas y sociales de su elección. Sin embargo, somos conscientes de que tales consecuencias pueden resultar en ocasiones una meta de difícil alcance si el juez, por ejemplo, desconoce el Derecho extranjera o la repercusión que tal

⁷¹⁵ Según lo establecido en el artículo 5 del Reglamento la ley aplicable al divorcio o a la separación a falta de elección por las partes será aquella: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

elección pueda tener fuera de su ámbito de operatividad, lo que puede ser muy frecuente dadas las múltiples diferencias entre los sistemas divorcista en el Derecho comparado y la diversidad de obstáculos en el proceso de integración de estas decisiones a las distintas soberanías. Más problemático puede resultar, sin embargo, aquellos supuestos en los que no se produce la elección de la ley aplicable al divorcio por parte de los cónyuges. La redacción ofrecida por la norma contemplada en el Reglamento “Roma III” impide que las conexiones que en la misma se recogen puedan ser utilizadas discrecionalmente por el operador jurídico, al tratarse de conexiones subsidiarias que sólo podrán recibir aplicación en defecto de sus predecesoras. La escalera conflictual del art. 8 del Reglamento llevará con frecuencia a la aplicación de la ley del foro, con la consiguiente exclusión del Derecho colombiano. Por tanto, la posibilidad de aplicar al divorcio o a la separación en la que participe un nacional colombiano la ley correspondiente a su nacionalidad se producirá únicamente si no recibieran aplicación las leyes designadas por las letras a) y b) del art. 8 y si ambos cónyuges ostentaran la nacionalidad colombiana al momento de la interposición de la demanda. Ello evidencia el total desapego del Reglamento por la conexión “nacionalidad”. La aplicación de la ley española provocará que, en la gran mayoría de las ocasiones las decisiones españolas de divorcio o de separación claudiquen frente a las exigencias colombianas, salvo que el divorcio se haya producido por mutuo acuerdo.

La crisis económica mundial ha supuesto un giro en la situación migratoria española elevando considerablemente la cifra de inmigrantes que ante la precariedad laboral y la situación de exclusión social no han tenido más remedio que retornar a sus

países de origen. La alta tasa de inmigrantes que anualmente retornan a sus países de origen es un dato más que razonable que debería estimular al legislador comunitario a rescatar ese valor perdido por el punto de conexión “nacionalidad”. Ello permitiría no solo el respeto a la identidad cultural, sino que evitaría que las decisiones españolas de divorcio o de separación claudiquen en un número considerable de Estados no comunitarios. De ahí que nuestra propuesta vaya encaminada a considerar la posibilidad de introducir en el régimen actualmente previsto en el Reglamento “Roma III”, la exclusión por parte del juez de las dos conexiones precedentes a la ley nacional común de los cónyuges, en aquellos casos en los que, a la vista de las circunstancias, estimara más eficiente la aplicación de la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, en lugar de la ley de la residencia habitual.

En lo relativo a las vías de atribución de efectos, el CHC debe contemplar, además del *execuátur*, el reconocimiento automático e incidental, teniendo en cuenta que las partes no siempre pretenden el efecto vinculante de la decisión ante cualquier autoridad, abriendo así la posibilidad de invocar incidentalmente una decisión ante la autoridad extranjera que conoce de un determinado proceso, o, en su caso, ante el Encargo del Registro civil correspondiente, efectos estos para los que el trámite de *execuátur* puede resultar demasiado excesivo.

Al margen de esta propuesta y ante la necesidad que justifica en el ámbito del reconocimiento acceder a vías menos gravosas, en atención al efecto pretendido por las partes con la decisión de divorcio, separación y nulidad matrimonial, hemos estudiado en el Capítulo III de esta contribución la posibilidad de que las decisiones colombianas en esta materia puedan ser reconocidas en España sin

necesidad de recurrir al procedimiento de *execuátur*. Tal propuesta se sustenta en el principio del *favor recognitionis*, teniendo en cuenta la naturaleza y función que están llamadas a cumplir las normas de reconocimiento. Parece claro que resulta excesivo exigir a una resolución colombiana el *execuátur* para acceder al Registro Civil español, por el simple hecho de que un convenio añejo y desfasado que nos vincula como Colombia así lo establezca, si los legítimos intereses de las partes podrían verse satisfechos de manera menos gravosa dando aplicación a la normativa autónoma registral tras la próxima entrada en vigor de la LRC 2011 (15 de julio de 2015). En la práctica dicho reconocimiento implica que estas decisiones sean sometidas al control unas condiciones previstas en art. 96.2.2º LRC 2011 que no difieren en lo esencial de aquellos condicionamientos a los que son sometidas las decisiones en el marco del CHC, si bien esta posibilidad se encuentra limitada a aquellas decisiones colombianas sobre de crisis matrimoniales que afecte a españoles, a hechos o actos referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español o, cuando sea exigida su inscripción por el Derecho español, aunque afecte a extranjeros (art. 9 LRC 2011). La nueva norma, sin embargo, parece afectar únicamente la inscripción de decisiones extranjeras de divorcio, separación y nulidad matrimonial en el Registro Civil español, situación que hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Registral queda cubierta por el art. 83 RRC, previa superación del *execuátur*, pero no hace alusión al supuesto del art. 84 RRC, esto es, siempre que con la decisión extranjera se pretenda determinar o completar la capacidad para el acto inscribible, efecto para el que esta disposición exime de la tramitación del *execuátur*, supeditándolo únicamente al control de orden público. Nos encontramos, por tanto, ante una problemática que posiblemente será resuelta en el nuevo Reglamento de desarrollo

de la Ley, ya que la coexistencia de ambas normas nos puede seguir deparando un tratamiento desigual del efecto constitutivo de este tipo de decisiones, exigiendo el *execuátur* únicamente a decisiones afecten a un español o que contradigan alguna inscripción practicada en el Registro Civil, aunque afecten a extranjeros, lo que perpetuaría, además de la desigualdad de trato, la lamentable confusión entre el efecto constitutivo y el probatorio que del art. 84 RRC llevara a cabo la DGRN y la jurisprudencia, criticada ampliamente por la más sólida doctrina *iusprivatista* local.

En el desarrollo del Capítulo I también quedaron evidenciadas las diferencias procedimentales en uno y otro ordenamiento. Para zanjar tales diferencias, sería conveniente que el CHC descentralizara la competencia, designando a los Jueces de Primera Instancia del Estado requerido como la autoridad competente para el conocimiento de estos procesos. Asimismo en lo relativo a los recursos debe excluirse la limitación impuesta por el art. 3 CHC, abriendo la posibilidad de que las partes puedan recurrir el Auto confirmatorio o denegatorio del reconocimiento de la decisión extranjera. La adopción de tales modificaciones ofrecería un tratamiento igualitario y no discriminatorio, al tiempo que garantizaría la contradicción y una tutela judicial efectiva a las partes, que es precisamente lo que actualmente impide procedimiento de *execuátur* colombiano, al ser la CSJC la autoridad competente para la tramitación de dicho procedimiento.

Por otro lado, la importancia del reconocimiento parcial en el ámbito de las crisis plantea un elevado interés, ya que permite salvar aquellos pronunciamientos contenidos en la decisión de divorcio, separación o nulidad matrimonial siempre que cumplan las

condiciones de reconocimiento. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que en el ámbito de las crisis matrimoniales no todos los pronunciamientos accesorios contenidos en la decisión extranjera podrán beneficiarse del reconocimiento parcial, sino únicamente aquellos que gozan de total autonomía respecto del principal. De ahí la importancia de saber el grado de conexión interna entre estos pronunciamientos y la causa matrimonial y entre los pronunciamientos colaterales entre sí. Por tanto, no existe, ningún motivo para que los jueces colombianos, tras rechazar el reconocimiento de la decisión de divorcio no den efectividad a los pronunciamientos relativos al régimen de guarda, visitas y obligaciones alimenticias de los hijos en los que la eventual causa no interviene ya que gozan de total autonomía, obligando a las partes a iniciar un nuevo procedimiento. Únicamente se verían rechazados aquellos pronunciamientos accesorios en los que la causa matrimonial sea antecedente lógico necesario del accesorio (principio de no separabilidad). Obviamente, al fracasar el reconocimiento del pronunciamiento principal, tampoco podrían verse reconocidos los pronunciamientos accesorios dependientes de aquel, como es el caso de los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges (pensión alimenticia o compensatoria e la indemnización a favor del cónyuge de buena fe), si el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial no han superado el *execuátur*.

A la vista de estos antecedentes y a fin de garantizar los problemas actuales del tráfico internacional entre ambos Estados, existen sobradas razones para la revisión global de un Convenio añoso, marcado por un evidente envejecimiento en sus formulaciones y reemplazarlo por un sistema armonioso que garantice en todas sus partes mayor efectividad al tráfico internacional de soluciones en el ámbito hispano colombiano. Sólo a través a soluciones

armónicamente integradas basadas en el respeto por las normas materiales sustantivas y de derecho internacional privado de los distintos ordenamientos, podríamos llegar a soluciones consensuadas dentro de un marco de integración regional (bilateral o multilateral) a fin de garantizar un efectivo ejercicio de los derechos privados de las partes en el ámbito de las crisis matrimoniales. Pero ésta es solo una solución parcial del problema.

No hay que olvidar que en Colombia, como en la mayoría de los países latinoamericanos, existe un profundo desconocimiento de la disciplina del DIPr., visible tanto en la doctrina como en la jurisprudencia consultada. El DIPr. ni siquiera es una materia contemplada en los planes de estudio de la carrera de Derecho. Lamentablemente, el caso colombiano es solo uno más de los tantos ejemplos en el ámbito latinoamericano en los que se plantea esta situación, y lo que sin duda repercute en la solución de las situaciones privadas internacionales. Seguramente, ni los operadores jurídicos presentes ni futuros ni siquiera el legislador latinoamericano poseerá las herramientas necesarias para afrontar dignamente la diversidad situaciones internacionales a las que se podría enfrentar.

Esta observación no es casual, estamos centrados básicamente en los problemas que el DIPr. plantea en el ámbito intraeuropeo, que, sabemos, no son pocos, pero es hora de echar una mirada más allá de nuestras fronteras y procurar, además de soluciones normativas, soluciones formativas. De poco servirá redactar una norma en sus justos y exactos términos para no ser cabalmente aplicada en la mayoría de las ocasiones por desconocimiento del juzgador. Este fenómeno no nos debe ni nos puede resultar indiferente.

Desde la perspectiva del Derecho internacional público, los tratados podrán ser modificados por varias razones: cuando existe un cambio de circunstancias –políticas, económicas y sociales– que lo originaron, o cuando no dispone de la fuerza que en el pasado garantizó su cumplimiento, o incluso cuando persigue aumentar la eficacia de unos pactos atendiendo a la experiencia de su aplicación. Normalmente cuando esto ocurre se habla de la revisión de los tratados⁷¹⁶. El CHC, como se acaba de evidenciar, conecta claramente con estos supuestos⁷¹⁷.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que para la realización de este cometido, España, como Estado miembro de la UE, no se encuentra legitimado para emprender la negociación del CHC, ya que la modificación del CHC se encuentra limitada por el Dictamen 1/03 del TJCE de 7 de febrero de 2006⁷¹⁸, por el que se establece la

⁷¹⁶En términos exactos cuando se habla de *revisión* engloba en sí mismo un conjunto de locuciones que abarca tanto la enmienda, como la sucesión o la modificación del convenio. La Convención de Viena de 1969 de 23 de mayo, incurre en esta omisión, incluyendo dentro de su término *revisión* cualquier otra categoría (enmienda, la modificación y sucesión del convenio arts. 39 y 40). *Vid.* BOTRONS REMIRO, A., *Derecho Internacional Público II*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 404 a 409.

⁷¹⁷ Ejemplo de ello fue el Convenio con Cerdeña de 1851 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, el que quedó desplazado por el firmado en 1973. *Vid.* CASANOVA y LA ROSA, O., “La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior”, *REDI*, 1968, p. 328.

⁷¹⁸ *Vid.* BORRAS RODRIGUEZ, A., “Comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero”, *RJC*, 2006, núm. 3, pp. 879-889; *id.*, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Comentario al Dictamen c-1/03, de 7 de febrero de 2006”, *RGDE*, 2006, núm. 10, en <http://www.iustel.com/revistas/>; GUZMÁN ZAPATER, M., “Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado (A propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 14, en <http://www.reei.org/>; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano”, *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 493-518; *id.*: “La autorización

competencia exclusiva de la Unión para celebrar Convenios internacionales con terceros países en aquéllos ámbitos que puedan afectar normas contenidas en los Reglamentos europeos sobre determinadas materias⁷¹⁹, entre las que sin duda se enmarca el CHC, al afectar el reconocimiento de decisiones en materia civil. El procedimiento a seguir a tales efectos será de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 664/2009 del Consejo de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países⁷²⁰⁷²¹.

comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países”, *Diario La Ley*, núm. 7252, 2009, p. 6; ARENAS GARCÍA, R., “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización...”, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

⁷¹⁹ La lógica que se viene decantando es clara; se trata de integrar en un espacio unificado a todas las jurisdicciones de los Estados miembros, organizándolas en torno a un eje central de carácter casi federativo. Interesa básicamente culminar esa integración *ad intra*; respetando la cooperación judicial que cada Estado miembro pueda mantener con los terceros países. Ahora bien, alcanzado el punto en el que esa integración se consolida, el legislador europeo quiere seguir potenciando la dinámica de unión y comienza a establecer las bases para el trazado de una coordinación jurisdiccional de cara al exterior. Se trata de potenciar una dimensión *ad extra* o auténticamente internacional del sistema comunitario, cuyo proceso ha comenzado ya. La meta es conseguir un sistema unificado para la recepción de las sentencias de terceros países en el espacio europeo y unos mecanismos de cooperación jurídica internacional en materia civil, que resulten comunes para todos los Estados miembros en sus relaciones con los demás. De ahí que a través de diversos instrumentos se recorte cada vez más, con base en la lealtad comunitaria, la capacidad de cada unidad integrante para organizar su sistema de cooperación con los Estados no miembros. *Vid.* ESPINAR VICENTE, M., *Tratado de Derecho Intenacional...*, *op. cit.*, pp. 234 y 235; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 2002.

⁷²⁰ DO L 200, de 31 de julio de 2009.

⁷²¹ El art. 4 del Reglamento 664/200 establece tres condiciones: a) que muestre su interés particular en celebrar el acuerdo debido a vínculos económicos, geográficos, culturales, históricos, sociales o políticos que le unen al tercer país de que se trate; b) que el acuerdo previsto no privará de eficacia al Derecho comunitario ni socavará el buen funcionamiento del sistema por él establecido,

Una de las mayores dudas que se nos ha planteado el desarrollo de esta investigación gira en torno al reconocimiento en Colombia de la decisión de divorcio, separación o de la nulidad adoptada por autoridades españolas entre personas con identidad sexo, y ello por cuanto el ordenamiento colombiano no admite el matrimonio homosexual, entendiendo la identidad sexual como un claro supuesto de inexistencia del matrimonio. El asunto no se ha visto reflejado en la práctica, pero no cabe duda de que el operador jurídico colombiano, tarde o temprano, entrará en contacto con él, mas no sabemos -aunque sí podemos intuirlo-, cómo podría reaccionar el juez colombiano frente al reconocimiento de una decisión española que resuelva la eventual crisis de un matrimonio con identidad de sexo: si lo hará valorando el orden público atenuado y reconociendo los pronunciamientos colaterales que la decisión española sobre crisis matrimonial pueda contener, se procederá a atribuir los derechos que en el orden interno se reconoce a las relaciones maritales de hecho entre personas del

y c) que el acuerdo previsto no atente contra el objeto y la finalidad de la política de relaciones exteriores de la Comunidad que esta haya decidido. “Debe evaluarse si existe un interés suficiente para la Comunidad en celebrar un acuerdo bilateral entre esta y el tercer país de que se trate o, cuando proceda, en sustituir un acuerdo bilateral existente entre un Estado miembro y un tercer país por un acuerdo de la Comunidad. Para ello, todos los Estados miembros debe ser informados de cualquier notificación recibida por la Comisión relativa a un acuerdo que un Estado miembro tenga intención de celebrar, con el fin de permitirles manifestar su interés asociándose a la iniciativa del Estado miembro que realice la notificación. Si de dicho intercambio de información resultase un interés suficiente para la Comunidad, la Comisión debe considerar la posibilidad de proponer un mandato de negociación con vistas a la celebración de un acuerdo entre la Comunidad y el tercer país de que se trate”. *Vid.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La competencia comunitaria para celebrar el nuevo...”, *op. cit.*, pp. 503-528.

mismo sexo, o si sencillamente negará cualquier derecho a los cónyuges o ex cónyuges del mismo sexo. Dada la segunda posibilidad, cabe recordar que, los derechos de las uniones maritales de hecho entre personas del mismo sexo en la norma colombiana quedan reducidos a la liquidación de la sociedad patrimonial, razón ésta por la que sería factible articular una norma que abordara esta problemática. Somos conscientes de la dificultad que ello podría plantear a los negociadores del Convenio, no solo por la trayectoria descrita por la doctrina y la jurisprudencia local durante años en torno al matrimonio homosexual, sino también por la integración de una solución sobre este extremo dentro de un convenio que no afecta únicamente el ámbito material de las crisis y que tantos problemas ha suscitado en el Derecho comparado *intra* y *extra* europeo.

El mecanismo de integración a una determinada soberanía de las decisiones canónicas no tiene porqué ser siempre el mismo, pues ello dependerá en gran medida de la postura que cada Estado adopte frente al fenómeno religioso. Esta particularidad explica porqué los distintos acuerdos concordarios adoptados por la Santa Sede y las distintas soberanías difieren de un Estado a otro no solo en la forma en que las decisiones canónicas han de incorporarse al Derecho estatal, sino en el alcance que dicho reconocimiento tiene en el orden civil.

El sistema concordatario español y colombiano es un claro ejemplo de este tratamiento, según ha quedado expuesto en el desarrollo de esta investigación, hecho que repercute a la hora de dar eficacia a las decisiones adoptadas por las autoridades

canónicas, y lo que tendrá una clara consecuencia en el reconocimiento de estas decisiones en uno y otro país.

El relación con el régimen de reconocimiento que rige la eficacia de las decisiones canónicas en el Derecho español plantea importantes asimismismo importantes diferencias respecto al Derecho colombiano, hecho que se manifiesta no solo en las competencias que sobre las distintas causas matrimoniales disfrutan una u otra autoridad y el alcance de la eficacia, sino también en cuanto a las exigencias a que son sometidas estas decisiones, los procedimientos a seguir y el desigual reparto de las competencias en las distintas causas matrimoniales alcanzado entre la Iglesia y los Estados implicados en este estudio.

El Acuerdo concordatario colombiano, a diferencia del Acuerdo concordatario español, reconoce competencias exclusivas a los jueces canónicos en causas de nulidad matrimonio. Por tanto, la primera consecuencia será que, las decisiones de nulidad civil de matrimonio canónico adoptadas por jueces españoles no se verán reconocidas en el ordenamiento colombiano. Asimismo el art. 147 C.c.c. no reconoce eficacia a las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado, tal reconocimiento impedirá el si la causa de disolución del matrimonio por inconsumación se ha iniciado ante los jueces canónicos radicados en Colombia no podrá ser declarada eficaz en España, y ello porque la declaración de eficacia civil está condicionada a que las decisiones canónicas cumplan el requisito previo de validez en el Estado donde se han originado, esto es, que haya sido previamente homologada ante la autoridad civil extranjera, lo que no será posible si el Derecho colombiano no reconoce eficacia a este tipo de decisiones.

Por otro lado, mientras la decisión canónica es sometida en España a los mismos controles que las decisiones extranjeras, en aplicación del régimen autónomo de reconocimiento y para el que se sigue el procedimiento previsto en el art. 778. 1 y 2 LEC, en el ordenamiento colombiano este reconocimiento de manera directa y sin condicionamiento alguno.

En relación con los controles a los que son sometidas las decisiones canónicas en España, solo dos de ellos destacan por su inadecuado tratamiento. El primero, es el previsto en el art. 954.2 LEC “rebeldía del demandado” y el segundo es el control no de nocontradicción.

En el primer caso, en el ámbito de la eficacia de decisiones canónicas suele utilizarse comúnmente el término “rebeldía por convicción”, término por el que suele definirse la postura del demandado que debidamente citado y emplazado en el proceso canónico, se niega a comparecer ante aquella jurisdicción por motivos de conciencia. El concepto es por definición infeliz y nace de las interpretaciones que de la oposición del demandado al proceso de homologación de la decisión canónica hiciera la doctrina y la jurisprudencia española en la derogada disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, utilizado también por la doctrina vinculante del TC, y ello con el propósito de evitar que cualquier oposición se convirtiera en circunstancia obstativa del reconocimiento de estas decisiones. Sin embargo, pese a que esta doctrina fue corregida por el TC en posteriores sentencias y de la disposición adicional segunda de la Ley 30/80 fue derogada por el art. 778. 1 y 2 LEC, todavía hoy se advierten signos del inadecuado tratamiento a este control en nuestra jurisprudencia española.

Debe quedar claro que “rebeldía por convicción” (motivos de conciencia) no encajan en la rebeldía procesal ni constituye una causa de denegación del reconocimiento en los términos del art. 954.2. LEC 1881, ni bajo la derogada disposición adicional ni con la vigente norma. No se puede liberar al demandado del cumplimiento de las exigencias procesales si ha sido llamado al proceso y no comparece voluntariamente. Es procesalmente injustificado avalar ante la jurisdicción civil un supuesto claro de rebeldía voluntaria con la finalidad de justificar la inactividad procesal del demandado ante otra jurisdicción, pues de esta forma se estaría conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que inició y culminó el proceso en sede canónica seguido de todas las garantías.

La segundo control de interés y que más dificultades ha planteado a la jurisprudencia española es el control de no contradicción. La dificultad se plantea en torno al reconocimiento del derecho a ser indemnizado a favor del cónyuge de buena fe, si en el foro ya existe una decisión de divorcio o de separación por la que se ha reconocido una pensión de alimentos o una pensión compensatoria a uno de los cónyuges separados o divorciados.

Nuestra jurisprudencia, en relación a esta problemática ha respondido de dos maneras distintas. Un sector de la jurisprudencia defiende el mantenimiento de la pensión compensatoria reconocida en el divorcio o la separación declarados con anterioridad, por estimar que la indemnización resulta contradictoria con la pensión previamente reconocida, mientras otra parte de la jurisprudencia propugna la derogación de la pensión compensatoria adoptada en el previo divorcio o separación, reconociendo el derecho de indemnización al cónyuge de buena fe. En el primer caso los

argumentos de la jurisprudencia son tan diversos como sorprendentes y ninguno de ellos logra identificar de esencia de esta problemática, lo que resulta desde luego criticable. En tal sentido es necesario indicar que la indemnización como efecto de la nulidad matrimonial no se califica como obligación alimenticia. Por tanto, no habiendo identidad entre el objeto (*petitum y causa petendi*), de la pensión alimenticia o compensatoria previamente resuelta en el foro y el derecho a ser indemnizado a favor del cónyuge de buena fe, la inconciliabilidad no se configura. La conclusión que cabe extraer es concluyente: ninguno de los fundamentos esgrimidos por nuestra jurisprudencia (arts. 73 y 101 C.c.e. y art. 117.3 CE) constituyen un motivo válido para no atribuir el derecho a la indemnización al cónyuge de buena fe como efecto típico de la nulidad si se cumplen las condiciones del art. 98 C.c., esto es, la existencia de mala fe de alguno de los cónyuges y la convivencia conyugal. En todo caso, el juez, para evitar posibles antinomias, tendrá que asegurarse de que las medidas solicitadas por las partes junto con la demanda de homologación no hayan sido previamente resueltas por la decisión de divorcio o de separación del foro, ya que en el sistema español es perfectamente posible el reconocimiento de una nulidad canónica si en el foro ya existe una decisión de divorcio o de separación desplegando sus efectos, algunos de los cuales serán comunes a cualquier causa matrimonial y otros indisociables a la concreta causa matrimonial resuelta en el foro. De ahí que en lo que al control de inconciliabilidad compete respecto a los efectos colaterales, sea preciso que el juez, a la hora de decidir sobre alguna de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación de la decisión canónica, delimite con carácter previo cuáles de dichas medidas son comunes a las distintas

situaciones de crisis matrimoniales (pronunciamientos separables de la causa matrimonial) y cuáles son efectos típicos e indisociables de cada una de ellas (pronunciamientos inseparables). La importancia de esta distinción radica en que, tras no identificarse ninguna inconciliabilidad entre la causa matrimonial resuelta en el foro y la causa derivada de la decisión canónica, el control de inconciliabilidad se reducirá a aquellos efectos colaterales comunes a cualquier causa matrimonial, no afectando en ningún caso a los efectos típicos de estas causas. Por esta razón, el juez deberá tener presente que, si la medida solicitada junto a la demanda de homologación se refiere a la guarda y custodia del menor o a la obligación de alimentos respecto de los hijos, no será posible un nuevo pronunciamiento sobre dichas medidas si éstas han sido previamente adoptadas por la sentencia de divorcio o separación anterior, incluso en un proceso independiente. Ello, sin embargo, no significa que por la propia naturaleza de estos pronunciamientos, las partes puedan instar junto a la demanda de homologación la modificación de las medidas previamente adoptadas en el divorcio o la separación anterior, siempre que haya tenido lugar un cambio sustancial en las circunstancias apreciadas al tiempo de su otorgamiento (arts. 91, 93 y 100 C.c.e.), tal y como lo autoriza el procedimiento previsto en el art. 778.2 LEC. En cualquier caso, no hay que olvidar que los pronunciamientos autónomos de la causa matrimonial resuelta en el foro -dentro o fuera de la causa matrimonial y cualquiera que ésta sea-, desplegarán el efecto de cosa juzgada o prejudicial, y, por consiguiente, el rechazo de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación, siempre que afecten al mismo objeto y no se haya producido un cambio en las circunstancias.

La resolución de esta problemática pasa por comprender que la pensión compensatoria adoptada en la previa decisión española de divorcio o separación no genera ninguna incompatibilidad ni con el pronunciamiento principal de la decisión canónica ni con la atribución del derecho a la indemnización a favor del cónyuge de buena fe. Tan solo se suscita la cuestión de fijar sus efectos en el tiempo, esto es, el momento a partir de cual deben considerarse desactivados aquellos pronunciamientos, una vez reconocida la figura que anula desde y para siempre el matrimonio, teniendo en cuenta que al tiempo de solicitar la homologación de la nulidad ya existía en España una decisión de separación o de divorcio produciendo sus típicos efectos.

Sin embargo, debemos reconocer que el art. 101 C.c.e. no ofrece una solución terminante sobre el cese de los efectos de las pensiones alimenticias o compensatorias adoptadas previamente en el foro, sobrevenida la nulidad matrimonial. De ahí que sería deseable de *lege ferenda* considerar la nulidad matrimonial sobrevenida como causa de cese automático de la pensión alimenticia o compensatoria adoptada en proceso anterior, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento judicial a instancia de parte. Tal circunstancia no significa, sin embargo, que con los recursos presentes podamos proporcionar una solución coherente a estos supuestos. En nuestra opinión, bajo el estatus actual, si con la demanda de homologación se solicitaran medidas, el juez queda obligado a pronunciarse sobre dichos extremos, debiendo ordenar, en consecuencia, la cancelación de la pensión alimenticia o compensatoria adoptada previamente en el foro. Asimismo, de cumplirse los requisitos exigidos en el art. 98 C.c. (la buena fe y la convivencia conyugal), deberá indicar en su fallo que la

indemnización a favor del cónyuge de buena fe se haga efectiva a partir de la fecha de la sentencia homologada. Mayor duda puede plantear aquel supuesto donde las partes interesen únicamente la homologación de la decisión, o, en su caso, habiéndolo interesado y siendo reconocida la decisión canónica, el juez, por cualquier motivo, no reconozca el derecho a ser indemnizado a uno de los cónyuges. En este caso, nada debería impedir que el juez alerte a las partes sobre la posibilidad interesar en proceso posterior el cese de la pensión alimenticia o compensatoria fundado en la decisión homologada. Téngase en cuenta que, tras producirse la homologación de la decisión canónica, el deudor siempre tendrá oportunidad de reclamar al acreedor la restitución de las cantidades abonadas indebidamente en concepto de pensión alimenticia o compensatoria. Al ser una consecuencia del matrimonio putativo, el acreedor de alimentos no estará obligado a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión alimenticia o compensatoria a causa de la separación o del divorcio anterior, toda vez que en el momento de adoptarse aquella decisión el matrimonio gozaba de aparente validez. En cambio, sí estará obligado a devolver las cantidades indebidamente devengadas por este concepto tras la declaración de eficacia civil de la decisión canónica. Por este mismo motivo, el deudor tampoco quedará obligado a satisfacer una obligación que no está reñida con el nuevo estatus resultante de la nulidad, pero sí que lo está para indemnizar a su ex cónyuge de haber obrado de mala fe si existió convivencia conyugal.

En otro orden, se ha advertido en la jurisprudencia del TC que si bien ha valorado correctamente que no se puede dar efectividad a una sentencia de divorcio si previamente se ha

decretado la nulidad del matrimonio, yerra cuando ordena la anulación parcial de la sentencia de divorcio anulado por su propio mandato, conservando la pensión compensatoria que dicha decisión contenía. En este sentido, debe tenerse presente que no se pueden mantener los efectos colaterales típicos del divorcio (pensión compensatoria), si el principal ha sido invalidado, debido a que este concreto efecto guarda una relación de dependencia con la causa matrimonial, por lo que su reconocimiento solo resulta factible si también se ha reconocido el pronunciamiento principal (principio de no separabilidad). Perpetuar los efectos indisociables al divorcio anulado, tras haber reconocido la inconciliabilidad del divorcio dictado con posterioridad a la nulidad matrimonial, no solo es ilegítimo sino que con ello está impidiendo que los efectos atribuidos *ex lege* a las nulidades matrimoniales no sean reconocidos. En todo caso, visto que el divorcio anulado resultaba incompatible con la nulidad decretada anteriormente, la solución correcta habría sido amparar la eficacia civil de la resolución de nulidad matrimonial canónica y sus consecuencias jurídicas, ordenando la anulación total - y no parcial- de las decisiones de divorcio dictadas con posterioridad.

Las soluciones ofrecidas sobre este control tanto por el TC como por TS español han impedido extraer de ellas unos estándares que puedan servir de base a nuestra jurisprudencia para futuras soluciones en asuntos similares. En la actualidad una parte considerable de los jueces ordinarios reproducen de manera mecánica estas erróneas fundamentaciones, incluso tras haberse operado importantes cambios en el procedimiento de eficacia de las decisiones canónicas (art. 778.1 y 2 LEC).

A lo largo de nuestra investigación se han evidenciado el desigual tratamiento que las decisiones sobre crisis matrimoniales han sufrido por parte de las autoridades de uno y otro país. De un lado, nos encontramos con que los jueces españoles a la hora de reconocer decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales dictadas por autoridades colombianas se ciñen a controlar las condiciones establecidas en el CHC, respetando en todos los supuestos su prevalencia frente al régimen autónomo, mientras, por otro lado, las autoridades colombianas tras reconocer la existencia del Convenio y su carácter prevalente sobre el régimen autónomo, terminan estableciendo sobre las decisiones españolas un control del conjunto de condiciones establecidas en su normativa autónoma de reconocimiento, incluso de aquellas previstas en el CHC. Tal comportamiento resulta a todas luces criticable, pues constituye, además de la desactivación del régimen prevalente impuesto por el CHC, una vulneración de los arts. 693 CPCC y del 63 CPC.

Es cierto que el CHC muestra un total desapego a las necesidades actuales del tráfico externo, y aunque creemos firmemente que el CHC nunca cubrió las expectativas más básicas planteadas en este sector de problemas, si para ello tomamos como referente algunos convenios coetáneos donde ya se establecían condiciones de reconocimiento que distan de la exigua instrumentación del CHC⁷²²,

⁷²² REMIRO BOTRONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 117, al referirse al CHC vertía comentarios poco halagüeños que aún conservan actualidad,

también lo es que estas carencias no justifican el flagrantemente incumplimiento por parte de las autoridades colombianas de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado al que representan, aplicando desmedidamente su normativa interna de reconocimiento. Prueba de que las cosas se pueden hacer bien en la encontramos en nuestra jurisprudencia quien, pese a las evidentes debilidades del CHC ha sabido optimizar su aplicación sin tener que acudir a su normativa de autónoma de reconocimiento.

Tras el comportamiento de la jurisprudencia colombiana se esconden otros motivos, entre ellos, el de proteger normas divorcistas desfasadas e imbuidas de excesivo territorialismo que no conectan en muchas de sus regulaciones con ordenamientos de nuestro entorno, pero, sobre todo existe un enorme desconocimiento de la disciplina del DIPr.

Para paliar estos comportamientos es necesario elaborar normas que no den margen a comportamientos de esta naturaleza. Naturalmente una fuerte dosis de estos problemas se resuelven con la redacción de un instrumento en términos que permita reducir a la mínima expresión tales usos, pero ésta es solo una arista del problema; la otra dependerá de la postura que

cuando reiteraba que: “En el tratado exclusivamente debe buscar el juzgador las circunstancias, los requisitos y las condiciones que deberá cumplir la sentencia para ser exequaturada. Ahora bien, puede ocurrir (...) que la intención de las partes al concluir el tratado sea únicamente la de evitar el funcionamiento negativo del principio de reciprocidad, confiando el reconocimiento y ejecución de las sentencias a la verificación de las circunstancias de fondo y forma previstas por el Derecho interno de los respectivos Estados contratantes - en nuestro caso, a las del art. 954 de la LEC”.

adopte la jurisprudencia frente al reconocimiento de estas decisiones.

En lo que al CHC concierne, los primeros síntomas de debilidad se localizan en la exigencia de solo dos condiciones para el reconocimiento de sentencias: 1) que las sentencias sean definitivas y estén ejecutoriadas conforme a la ley del Estado donde fueron dictadas; y 2) que no se opongan a las leyes vigentes en el Estado requerido, exigencias que están lejos de satisfacer los objetivos primordiales de justicia no solo desde el punto de vista formal sino también de fondo. El CHC omite un grupo de requerimientos que históricamente han tenido presencia en las normas convencionales de reconocimiento y ejecución de decisiones en cuestiones tan esenciales en este sector como son, el control de la competencia judicial internacional, las garantías del debido proceso, los supuestos de inconciliabilidad, tal y como ha quedado evidenciado en el estudio comparado desarrollado en el Capítulo I. Las carencias del CHC se observan asimismo en la deficiente articulación de sus cláusulas y el uso de una terminología desfasada y caduca. Parece claro que tal situación deber ser revisada por resultar a todas luces inoperante, adaptándola a la evolución experimentada por una sólida doctrina y los textos internacionales de más modernos.

En primer lugar, tratándose de un convenio genérico que afecta al reconocimiento de decisiones civiles, sería conveniente sustituir el término de sentencia por el de resolución, que es un término más amplio que abarca otras categorías, tales como las resoluciones derivadas de la jurisdicción voluntaria, medidas

provisionales, actos públicos..., a fin de eliminar cualquier vacilación acerca de la eficacia extraterritorial de este tipo de decisiones, lo que ha sido una práctica de nuestra jurisprudencia al rechazar medidas provisionales sobre custodia o alimentos, incluso en aquellos supuestos donde el régimen convencional así lo estipula, además de resultar acorde con la tendencia convencional dominante⁷²³.

El término “resolución” deberá comprender toda decisión judicial que resuelva de manera definitiva sobre el interés pretendido por las partes. En el ámbito de las crisis tal consideración permitiría ampliar el reconocimiento de aquellas medidas provisionales o cautelares resueltas por el tribunal en el marco de un proceso de divorcio, separación o nulidad matrimonial. El término amplio de resolución resultaría además consecuente con la exigencia prevista en el CHC de que estas resoluciones sean “definitivas”, ya que evitaría las dudas que ha planteado a la jurisprudencia española el reconocimiento de decisiones derivadas de la jurisdicción voluntaria con eficacia constitutiva⁷²⁴.

En lo relativo a la cláusula de orden público, debemos señalar en primer lugar que la fórmula abierta utilizada por el art. 1.2 CHC para preservar las situaciones de orden público sustantivas y procesales (“no oposición a las leyes vigentes en el Estado en que se

⁷²³ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, págs. 337-366.

⁷²⁴ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. M., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, *op. cit.*, pp. 249-271.

solicite su ejecución”) resulta hoy una fórmula estéril y en desuso que desestimula el principio de máxima eficacia y favorece que cualquier oposición a las normas internas del país requerido puedan erigirse en motivo de denegación del reconocimiento. De ahí que sea necesario reemplazar dicha cláusula por la expresión “manifiestamente incompatible con el orden público del foro”, reduciendo a la mínima expresión el impacto negativo del orden público en este ámbito material y en este sector del DIPr.

Asimismo deberán disfrutar de total autonomía de cláusula general de orden público, el control de la notificación del demandado haciendo especial referencia a la notificación en tiempo y forma de la demanda, de forma tal que queden plenamente garantizados sus derechos de defensa y la tutela judicial efectiva.

Para garantizar la coherencia con el sistema del Estado requerido, la revisión del CHC también deberá incluir el control de la no contradicción. Dentro del régimen convencional español este control ha sido tratado de forma muy dispar, sin bien la mayor parte de los convenios sujetan esta abstención no solo a que la previa existencia de una decisión en el foro que contradiga la decisión extranjera, sino también cuando lo que exista en el Estado requerido sea un proceso abierto con identidad de objeto, sujeto y causa. En tal sentido consideramos oportuno que las situaciones de inconciliabilidad sean reducidas a aquellos supuestos en los que en el foro ya exista una decisión con identidad de objeto, sujeto y causa (prioridad del foro), o cuando tal inconciliabilidad se produzca entre decisiones adoptadas por terceros Estados susceptibles de ser reconocidas en el foro, prevaleciendo en este caso la decisión dictada en primer lugar. Pero no se deberá estipular como

condición de reconocimiento la existencia en el foro de un proceso abierto que pueda dar lugar a una decisión contradictoria. En tal sentido debe considerarse la inserción de reglas de litispendencia internacional que garanticen una tutela judicial uniforme, impidiendo a las partes desplegar estrategias procesales con la finalidad de impedir el reconocimiento de tales decisiones en el ámbito del CHC, lo que, además, ha sido un reclamo de nuestra jurisprudencia dentro del régimen autónomo de validez.

A la hora de realizar el control de inconciliabilidad, deben distinguirse las situaciones de inconciliabilidad del pronunciamiento principal de las situaciones de inconciliabilidad respecto de los accesorios de los accesorios, siendo determinante a estos efectos no solo su configuración sino básicamente su fundamento. En el ámbito de los alimentos entre cónyuges es donde este control adquiere su mayor repercusión debido a que en España los cónyuges pueden beneficiarse a la vez de las pensiones alimenticias y compensatorias y los ex cónyuges solo serían beneficiarios de ésta última. Mientras en el ordenamiento Colombia esta obligación es única y tiene un contenido esencialmente resarcitorio. Ante la duda que ello pueda suscitar al operador jurídico sería recomendable que la identidad en el objeto se entienda configurada tanto si lo que existe en España es una decisión sobre pensión compensatoria, como si lo que existe es una pensión alimenticia, lo que sería de aplicación *mutatis mutandis* a las situaciones de inconciliabilidad colombianas. Por último. debe tenerse presente que las si se ha producido la modificación de la decisión por cambio de circunstancias, la inconciliabilidad no se llegará a producir por no existir identidad en el objeto, si se tratara de las mismas partes.

Es igualmente conveniente que el control de la competencia judicial internacional sea exigido como condición autónoma. Sin embargo, del mismo modo que es incontestable que el control de la competencia judicial internacional deba estar recogido como condición independiente, también lo es que sea precisado el alcance de dicho control, extremo que, como es sabido, se ha manifestado de forma desigual en los distintos textos internacionales. Entre los modelos seguidos por el Derecho comparado nos hemos decantado por el modelo de lista positiva a fin de evitar interpretaciones que puedan alejarse del sentido y alcance de esta exigencia y teniendo en cuenta que el ordenamiento colombiano no dispone de normas de competencia judicial internacional. Además, este modelo es el que mayoritariamente han seguido los distintos textos internacionales en los que participa España y Colombia. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la técnica de bilateralización plantea como principal inconveniente que en la medida en que los foros de competencia del país de origen no coincidan con las del Estado receptor, ello podría motivar el rechazo de la decisión extranjera, incluso si los foros de competencia del tribunal de origen de la decisión plantean vínculos razonables con la concreta situación que se litiga, ya que es posible que el tribunal extranjero funde su competencia en un foro no previsto en el Estado requerido y que se trate de un foro razonable. La regulación que resulte de la revisión de esta exigencia deberá proteger en todo caso las competencias exclusivas del Estado requerido y la sumisión de las partes a estos tribunales, garantizando que exista proximidad razonable entre el asunto que se litiga y el tribunal que ha resuelto sobre el fondo.

Para finalizar con las propuestas relativas al control de condiciones, resulta imprescindible que se excluya expresamente el

control de la ley aplicada al ser éste el punto más álgido en el tratamiento de las decisiones españolas en Colombia. La importancia de tal exclusión es vital dentro del régimen del CHC, pues, como ya viera, en base a este control se ha motivado no solo el rechazo de decisiones de divorcio procedentes de nuestra jurisdicción, sino el de todas aquellas decisiones extranjeras que no se funden en el mutuo acuerdo o en alguna de las causales contempladas en el art. 154 C.c.c. Esta recomendación debe venir acompañada de otra por la que impida el control del fondo de la decisión.

Tal y como ha quedado ampliamente explicitado en el desarrollo del Capítulo II de esta investigación el juez colombiano interesado en buscar una identidad entre las causales de divorcio españolas y las previstas en su normativa interna, establece un recio control de la ley aplicada por el juez español, y si esta identidad no se produce, el motivo que invocan para rechazar de la decisión extranjera de divorcio es el orden público, y ello sin justificar adecuadamente su conexión con principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano. Este control, previsto únicamente para el divorcio de matrimonio civil celebrado en Colombia, es practicado asimismo tanto para el divorcio de matrimonio civil o religioso celebrado en Colombia como para el divorcio de matrimonio civil o religioso celebrado el extranjero. Semejante comportamiento propicia el rechazo de decisiones españolas (o extranjeras) siempre que la identidad causal no se produzca. Lógicamente, la alta probabilidad de que el juez español, en base a la normativa conflictual española, termine aplicando su legislación interna, esto es, el divorcio objetivo, cabe concluir que esta identidad solo se va a producir si el divorcio español se ha

producido por mutuo acuerdo, el resto decisiones claudicarán ante las exigencias impuesta por la jurisprudencia colombiana no contempladas en el CHC.

Sobre estos extremos cabe objetar que, no parece coherente que la ausencia de identidad causal sea interpretada por aquella jurisdicción como un ataque al orden público del foro, por cuanto ello supone identificar el orden público con las normas imperativas, lo que resulta a todas luces erróneo. Tampoco el CHC contempla dentro de sus condiciones el control indirecto de la ley aplicada, control este, justificado únicamente si la normativa convencional así lo contemplara. Menos justificado parece aún la práctica de este control si la normativa interna solo lo reclama si el divorcio extranjero disuelve un matrimonio civil celebrado en Colombia. En cualquier caso, tal aceptación, implicaría dotar a esta norma de un valor universal del que carece, desactivando el carácter prevalente del CHC. De ahí que insistamos en que, además de acotar en términos cerrados la cláusula general de orden público -como antes se ha expuesto, sería igualmente necesario complementarlo con la exclusión expresa de este control en el CHC⁷²⁵.

No obstante, al margen de las modificaciones que la cláusula de orden público pueda sufrir en su redacción final, debida a la incidencia que su apreciación pueda tener desde la perspectiva del juez requerido, creemos firmemente que, aunque este cambio se llegara a producir, no serviría de mucho si el intérprete colombiano no abandona su cerrada noción del orden público, permeada de añejas concepciones morales sobre la conservación del matrimonio

⁷²⁵ *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento de decisiones en materia de divorcio”, *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1984, pp.508-511; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Divorcio”, *REDI*, vol. XXXVI, núm. 2,1984, pp. 654 y 655.

y su papel en la familia moderna y el excesivo territorialismo de sus normas. Hasta tanto ese cambio se produzca, si el intérprete local no acepta con mayor flexibilidad formulaciones distintas a las propugnadas por el sistema jurídico que representa (conflicto de civilizaciones)⁷²⁶, tendremos que soportar la pesada carga que comporta la convivencia con sistemas matrimoniales procedentes de Estados con niveles de desarrollo alejados de los nuestros⁷²⁷.

En el ámbito intraeuropeo las situaciones de orden público se limita a evidentes motivos de desigualdad entre los cónyuges por razón de sexo, religión, raza o que impidan el libre desarrollo de la personalidad⁷²⁸, conviviendo sistemas divorcistas subjetivos y objetivos sin que las diferencias entre ellos hayan supuesto un obstáculo al reconocimiento y ejecución de decisiones. De ahí que para el Estado español sea inadmisibles fundar en el orden público la denegación del reconocimiento si el divorcio extranjero es causal y no objetivo.

⁷²⁶ Vid. ARENAS GARCÍA, R “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2006*, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2007, pp. 19-94; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional privado de la familia”, *AHLADIPr*, 2005, núm. 17, pp. 87-130.

⁷²⁷ El proceso de armonización del DIPr. en el ámbito familiar comunitario se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, de ahí que sea incompatible que situaciones jurídicas válidamente constituidas en los distintos Estados miembros de la Unión europea no produzcan los mismo efectos en otro Estado miembro. Vid. GONZÁLEZ BEIFUSS C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común”. *AEDIPr*, t. IV, 2004, 117-168, especialmente, pp. 164 y 169.

⁷²⁸ Vid. CALVO CARAVACA, A. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 7-9.

Debe quedar clara que el control de orden público no implica la conformidad con las concepciones jurídicas del foro, sino el peligro pueden suponer para el orden social, económico, cultural o político del foro de las consecuencias jurídicas derivadas del reconocimiento de la sentencia extranjera, y la decisión española fundada en un sistema objetivo no contraviene el orden público colombiano.

Retomando los problemas de la ley aplicable al divorcio y a la separación y el papel preponderante que la aplicación de la ley española en materia de crisis matrimoniales ha tenido en el reconocimiento de decisiones de divorcio en Colombia, derivado del control indirecto de la ley aplicada, pensamos, inmediatamente, en la manera de paliar los efectos nocivos que la aplicación de un sistema divorcista como español planteaba al reconocimiento de las sentencias españolas de divorcio o de separación en Colombia. Sabiendo que, tanto en casos de elección de ley como en defecto de ella, el punto de conexión por excelencia contemplado en el Reglamento “Roma III” es el de la residencia habitual de los cónyuges⁷²⁹. Y teniendo, además, la importancia que este criterio despliega en la determinación de la competencia internacional de los jueces españoles para conocer demandas de divorcio y separación previstos en el art. 3 del Reglamento de “Bruselas II *bis*”,

⁷²⁹ Según lo establecido en el artículo 5 del Reglamento la ley aplicable al divorcio o a la separación a falta de elección por las partes será aquella: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

no fue difícil concluir la frecuencia con la que nuestros jueces terminarían aplicando la ley española para descubrir las nefastas consecuencias para el reconocimiento de estas decisiones tal elección tendría en sede colombiana.

Sostenemos que, para reducir los efectos nocivos del punto de conexión de la ley de la residencia habitual, los cónyuges si pretenden si pretendieran retornar a Colombiano lo más recomendable sería que hicieran uso de la autonomía conflictual y optar por la ley colombiana, en caso de no encausar el divorcio de mutuo acuerdo. El papel del juez en el proceso de elección de los cónyuges será capital, ya que tal elección está regida por el principio de información. Los cónyuges, en todo caso, deberán conocer con exactitud las consecuencias jurídicas y sociales de su elección. Sin embargo, somos conscientes de que tales consecuencias pueden resultar en ocasiones una meta de difícil alcance si el juez, por ejemplo, desconoce el Derecho extranjera o la repercusión que tal elección pueda tener fuera de su ámbito de operatividad, lo que puede ser muy frecuente dadas las múltiples diferencias entre los sistemas divorcista en el Derecho comparado y la diversidad de obstáculos en el proceso de integración de estas decisiones a las distintas soberanías. Más problemático puede resultar, sin embargo, aquellos supuestos en los que no se produce la elección de la ley aplicable al divorcio por parte de los cónyuges. La redacción ofrecida por la norma contemplada en el Reglamento “Roma III” impide que las conexiones que en la misma se recogen puedan ser utilizadas discrecionalmente por el operador jurídico, al tratarse de conexiones subsidiarias que sólo podrán recibir aplicación en defecto de sus predecesoras. La escalera conflictual del art. 8 del Reglamento llevará con frecuencia a la aplicación de la ley del foro,

con la consiguiente exclusión del Derecho colombiano. Por tanto, la posibilidad de aplicar al divorcio o a la separación en la que participe un nacional colombiano la ley correspondiente a su nacionalidad se producirá únicamente si no recibieran aplicación las leyes designadas por las letras a) y b) del art. 8 y si ambos cónyuges ostentaran la nacionalidad colombiana al momento de la interposición de la demanda. Ello evidencia el total desapego del Reglamento por la conexión “nacionalidad”. La aplicación de la ley española provocará que, en la gran mayoría de las ocasiones las decisiones españolas de divorcio o de separación claudiquen frente a las exigencias colombianas, salvo que el divorcio se haya producido por mutuo acuerdo.

La crisis económica mundial ha supuesto un giro en la situación migratoria española elevando considerablemente la cifra de inmigrantes que ante la precariedad laboral y la situación de exclusión social no han tenido más remedio que retornar a sus países de origen. La alta tasa de inmigrantes que anualmente retornan a sus países de origen es un dato más que razonable que debería estimular al legislador comunitario a rescatar ese valor perdido por el punto de conexión “nacionalidad”. Ello permitiría no solo el respeto a la identidad cultural, sino que evitaría que las decisiones españolas de divorcio o de separación claudiquen en un número considerable de Estados no comunitarios. De ahí que nuestra propuesta vaya encaminada a considerar la posibilidad de introducir en el régimen actualmente previsto en el Reglamento “Roma III”, la exclusión por parte del juez de las dos conexiones precedentes a la ley nacional común de los cónyuges, en aquellos casos en los que, a la vista de las circunstancias, estimara más

eficiente la aplicación de la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, en lugar de la ley de la residencia habitual.

En lo relativo a las vías de atribución de efectos, el CHC debe contemplar, además del *execuátur*, el reconocimiento automático e incidental, teniendo en cuenta que las partes no siempre pretenden el efecto vinculante de la decisión ante cualquier autoridad, abriendo así la posibilidad de invocar incidentalmente una decisión ante la autoridad extranjera que conoce de un determinado proceso, o, en su caso, ante el Encargo del Registro civil correspondiente, efectos estos para los que el trámite de *execuátur* puede resultar demasiado excesivo.

Al margen de esta propuesta y ante la necesidad que justifica en el ámbito del reconocimiento acceder a vías menos gravosas, en atención al efecto pretendido por las partes con la decisión de divorcio, separación y nulidad matrimonial, hemos estudiado en el Capítulo III de esta contribución la posibilidad de que las decisiones colombianas en esta materia puedan ser reconocidas en España sin necesidad de recurrir al procedimiento de *execuátur*. Tal propuesta se sustenta en el principio del *favor recognitionis*, teniendo en cuenta la naturaleza y función que están llamadas a cumplir las normas de reconocimiento. Parece claro que resulta excesivo exigir a una resolución colombiana el *execuátur* para acceder al Registro Civil español, por el simple hecho de que un convenio añejo y desfasado que nos vincula como Colombia así lo establezca, si los legítimos intereses de las partes podrían verse satisfechos de manera menos gravosa dando aplicación a la normativa autónoma registral tras la próxima entrada en vigor de la LRC 2011 (15 de julio de 2015). En la práctica dicho reconocimiento implica que estas decisiones sean sometidas al control unas condiciones previstas en

art. 96.2.2º LRC 2011 que no difieren en lo esencial de aquellos condicionamientos a los que son sometidas las decisiones en el marco del CHC, si bien esta posibilidad se encuentra limitada a aquellas decisiones colombianas sobre de crisis matrimoniales que afecte a españoles, a hechos o actos referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español o, cuando sea exigida su inscripción por el Derecho español, aunque afecte a extranjeros (art. 9 LRC 2011). La nueva norma, sin embargo, parece afectar únicamente la inscripción de decisiones extranjeras de divorcio, separación y nulidad matrimonial en el Registro Civil español, situación que hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Registral queda cubierta por el art. 83 RRC, previa superación del *execuátur*, pero no hace alusión al supuesto del art. 84 RRC, esto es, siempre que con la decisión extranjera se pretenda determinar o completar la capacidad para el acto inscribible, efecto para el que esta disposición exime de la tramitación del *execuátur*, supeditándolo únicamente al control de orden público. Nos encontramos, por tanto, ante una problemática que posiblemente será resuelta en el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley, ya que la coexistencia de ambas normas nos puede seguir deparando un tratamiento desigual del efecto constitutivo de este tipo de decisiones, exigiendo el *execuátur* únicamente a decisiones afecten a un español o que contradigan alguna inscripción practicada en el Registro Civil, aunque afecten a extranjeros, lo que perpetuaría, además de la desigualdad de trato, la lamentable confusión entre el efecto constitutivo y el probatorio que del art. 84 RRC llevara a cabo la DGRN y la jurisprudencia, criticada ampliamente por la más sólida doctrina *iusprivatista* local.

En el desarrollo del Capítulo I también quedaron evidenciadas las diferencias procedimentales en uno y otro

ordenamiento. Para zanjar tales diferencias, sería conveniente que el CHC descentralizara la competencia, designando a los Jueces de Primera Instancia del Estado requerido como la autoridad competente para el conocimiento de estos procesos. Asimismo en lo relativo a los recursos debe excluirse la limitación impuesta por el art. 3 CHC, abriendo la posibilidad de que las partes puedan recurrir el Auto confirmatorio o denegatorio del reconocimiento de la decisión extranjera. La adopción de tales modificaciones ofrecería un tratamiento igualitario y no discriminatorio, al tiempo que garantizaría la contradicción y una tutela judicial efectiva a las partes, que es precisamente lo que actualmente impide procedimiento de *execuátur* colombiano, al ser la CSJC la autoridad competente para la tramitación de dicho procedimiento.

Por otro lado, la importancia del reconocimiento parcial en el ámbito de las crisis plantea un elevado interés, ya que permite salvar aquellos pronunciamientos contenidos en la decisión de divorcio, separación o nulidad matrimonial siempre que cumplan las condiciones de reconocimiento. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que en el ámbito de las crisis matrimoniales no todos los pronunciamientos accesorios contenidos en la decisión extranjera podrán beneficiarse del reconocimiento parcial, sino únicamente aquellos que gozan de total autonomía respecto del principal. De ahí la importancia de saber el grado de conexión interna entre estos pronunciamientos y la causa matrimonial y entre los pronunciamientos colaterales entre sí. Por tanto, no existe, ningún motivo para que los jueces colombianos, tras rechazar el reconocimiento de la decisión de divorcio no den efectividad a los pronunciamientos relativos al régimen de guarda, visitas y obligaciones alimenticias de los hijos en los que la eventual causa no

interviene ya que gozan de total autonomía, obligando a las partes a iniciar un nuevo procedimiento. Únicamente se verían rechazados aquellos pronunciamientos accesorios en los que la causa matrimonial sea antecedente lógico necesario del accesorio (principio de no separabilidad). Obviamente, al fracasar el reconocimiento del pronunciamiento principal, tampoco podrían verse reconocidos los pronunciamientos accesorios dependientes de aquel, como es el caso de los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges (pensión alimenticia o compensatoria e la indemnización a favor del cónyuge de buena fe), si el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial no han superado el *execnátur*.

A la vista de estos antecedentes y a fin de garantizar los problemas actuales del tráfico internacional entre ambos Estados, existen sobradas razones para la revisión global de un Convenio añoso, marcado por un evidente envejecimiento en sus formulaciones y reemplazarlo por un sistema armonioso que garantice en todas sus partes mayor efectividad al tráfico internacional de soluciones en el ámbito hispano colombiano. Sólo a través a soluciones armónicamente integradas basadas en el respeto por las normas materiales sustantivas y de derecho internacional privado de los distintos ordenamientos, podríamos llegar a soluciones consensuadas dentro de un marco de integración regional (bilateral o multilateral) a fin de garantizar un efectivo ejercicio de los derechos privados de las partes en el ámbito de las crisis matrimoniales. Pero ésta es solo una solución parcial del problema.

No hay que olvidar que en Colombia, como en la mayoría de los países latinoamericanos, existe un profundo desconocimiento de

la disciplina del DIPr., visible tanto en la doctrina como en la jurisprudencia consultada. El DIPr. ni siquiera es una materia contemplada en los planes de estudio de la carrera de Derecho. Lamentablemente, el caso colombiano es solo uno más de los tantos ejemplos en el ámbito latinoamericano en los que se plantea esta situación, y lo que sin duda repercute en la solución de las situaciones privadas internacionales. Seguramente, ni los operadores jurídicos presentes ni futuros ni siquiera el legislador latinoamericano poseerá las herramientas necesarias para afrontar dignamente la diversidad situaciones internacionales a las que se podría enfrentar.

Esta observación no es casual, estamos centrados básicamente en los problemas que el DIPr. plantea en el ámbito intraeuropeo, que, sabemos, no son pocos, pero es hora de echar una mirada más allá de nuestras fronteras y procurar, además de soluciones normativas, soluciones formativas. De poco servirá redactar una norma en sus justos y exactos términos para no ser cabalmente aplicada en la mayoría de las ocasiones por desconocimiento del juzgador. Este fenómeno no nos debe ni nos puede resultar indiferente.

Desde la perspectiva del Derecho internacional público, los tratados podrán ser modificados por varias razones: cuando existe un cambio de circunstancias –políticas, económicas y sociales– que lo originaron, o cuando no dispone de la fuerza que en el pasado garantizó su cumplimiento, o incluso cuando persigue aumentar la eficacia de unos pactos atendiendo a la experiencia de su aplicación. Normalmente cuando esto ocurre se habla de la revisión de los

tratados⁷³⁰. El CHC, como se acaba de evidenciar, conecta claramente con estos supuestos⁷³¹.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que para la realización de este cometido, España, como Estado miembro de la UE, no se encuentra legitimado para emprender la negociación del CHC, ya que la modificación del CHC se encuentra limitada por el Dictamen 1/03 del TJCE de 7 de febrero de 2006⁷³², por el que se establece la competencia exclusiva de la Unión para celebrar Convenios internacionales con terceros países en aquéllos ámbitos que puedan afectar normas contenidas en los Reglamentos europeos sobre

⁷³⁰En términos exactos cuando se habla de *revisión* engloba en sí mismo un conjunto de locuciones que abarca tanto la enmienda, como la sucesión o la modificación del convenio. La Convención de Viena de 1969 de 23 de mayo, incurre en esta omisión, incluyendo dentro de su término *revisión* cualquier otra categoría (enmienda, la modificación y sucesión del convenio arts. 39 y 40). *Vid.* BOTRONS REMIRO, A., *Derecho Internacional Público II*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 404 a 409.

⁷³¹ Ejemplo de ello fue el Convenio con Cerdeña de 1851 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, el que quedó desplazado por el firmado en 1973. *Vid.* CASANOVA y LA ROSA, O., “La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior”, *REDI*, 1968, p. 328.

⁷³² *Vid.* BORRAS RODRIGUEZ, A., “Comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero”, *RJC*, 2006, núm. 3, pp. 879-889; *id.*, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Comentario al Dictamen c-1/03, de 7 de febrero de 2006”, *RGDE*, 2006, núm. 10, en <http://www.iustel.com/revistas/>; GUZMÁN ZAPATER, M., “Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado (A propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 14, en <http://www.reei.org/>; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano”, *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 493-518; *id.*: “La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países”, *Diario La Ley*, núm. 7252, 2009, p. 6; ARENAS GARCÍA, R., “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización...”, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

determinadas materias⁷³³, entre las que sin duda se enmarca el CHC, al afectar el reconocimiento de decisiones en materia civil. El procedimiento a seguir a tales efectos será de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 664/2009 del Consejo de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países⁷³⁴⁷³⁵.

⁷³³ La lógica que se viene decantando es clara; se trata de integrar en un espacio unificado a todas las jurisdicciones de los Estados miembros, organizándolas en torno a un eje central de carácter casi federativo. Interesa básicamente culminar esa integración *ad intra*; respetando la cooperación judicial que cada Estado miembro pueda mantener con los terceros países. Ahora bien, alcanzado el punto en el que esa integración se consolida, el legislador europeo quiere seguir potenciando la dinámica de unión y comienza a establecer las bases para el trazado de una coordinación jurisdiccional de cara al exterior. Se trata de potenciar una dimensión *ad extra* o auténticamente internacional del sistema comunitario, cuyo proceso ha comenzado ya. La meta es conseguir un sistema unificado para la recepción de las sentencias de terceros países en el espacio europeo y unos mecanismos de cooperación jurídica internacional en materia civil, que resulten comunes para todos los Estados miembros en sus relaciones con los demás. De ahí que a través de diversos instrumentos se recorte cada vez más, con base en la lealtad comunitaria, la capacidad de cada unidad integrante para organizar su sistema de cooperación con los Estados no miembros. *Vid.* ESPINAR VICENTE, M., *Tratado de Derecho Intenacional...*, *op. cit.*, pp. 234 y 235; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 2002.

⁷³⁴ DO L 200, de 31 de julio de 2009.

⁷³⁵ El art. 4 del Reglamento 664/200 establece tres condiciones: a) que muestre su interés particular en celebrar el acuerdo debido a vínculos económicos, geográficos, culturales, históricos, sociales o políticos que le unen al tercer país de que se trate; b) que el acuerdo previsto no privará de eficacia al Derecho comunitario ni socavará el buen funcionamiento del sistema por él establecido, y c) que el acuerdo previsto no atente contra el objeto y la finalidad de la política de relaciones exteriores de la Comunidad que esta haya decidido. “Debe evaluarse si existe un interés suficiente para la Comunidad en celebrar un acuerdo bilateral entre esta y el tercer país de que se trate o, cuando proceda, en sustituir un acuerdo bilateral existente entre un Estado miembro y un tercer país por un acuerdo de la Comunidad. Para ello, todos los Estados miembros debe ser informados de cualquier notificación recibida por la Comisión relativa a un acuerdo que un Estado miembro tenga intención de celebrar, con el fin de permitirles manifestar su interés asociándose a la iniciativa del Estado miembro que realice la notificación. Si de dicho

Una de las mayores dudas que se nos ha planteado el desarrollo de esta investigación gira en torno al reconocimiento en Colombia de la decisión de divorcio, separación o de la nulidad adoptada por autoridades españolas entre personas con identidad sexo, y ello por cuanto el ordenamiento colombiano no admite el matrimonio homosexual, entendiendo la identidad sexual como un claro supuesto de inexistencia del matrimonio. El asunto no se ha visto reflejado en la práctica, pero no cabe duda de que el operador jurídico colombiano, tarde o temprano, entrará en contacto con él, mas no sabemos -aunque sí podemos intuirlo-, cómo podría reaccionar el juez colombiano frente al reconocimiento de una decisión española que resuelva la eventual crisis de un matrimonio con identidad de sexo: si lo hará valorando el orden público atenuado y reconociendo los pronunciamientos colaterales que la decisión española sobre crisis matrimonial pueda contener, s procederá a atribuir los derechos que en el orden interno se reconoce a los relaciones maritales de hecho entre personas del mismo sexo, o si sencillamente negará cualquier derecho a los cónyuges o ex cónyuges del mismo sexo. Dada la segunda posibilidad, cabe recordar que, los derechos de las uniones maritales de hecho entre personas del mismo sexo en la norma colombiana quedan reducidos a la liquidación de la sociedad patrimonial, razón ésta por la que sería factible articular una norma que abordara esta

intercambio de información resultase un interés suficiente para la Comunidad, la Comisión debe considerar la posibilidad de proponer un mandato de negociación con vistas a la celebración de un acuerdo entre la Comunidad y el tercer país de que se trate”. *Vid.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La competencia comunitaria para celebrar el nuevo...”, *op. cit.*, pp. 503-528.

problemática. Somos conscientes de la dificultad que ello podría plantear a los negociadores del Convenio, no solo por la trayectoria descrita por la doctrina y la jurisprudencia local durante años en torno al matrimonio homosexual, sino también por la integración de una solución sobre este extremo dentro de un convenio que no afecta únicamente el ámbito material de las crisis y que tantos problemas ha suscitado en el Derecho comparado *intra* y *extra* europeo.

El mecanismo de integración a una determinada soberanía de las decisiones canónicas no tiene porqué ser siempre el mismo, pues ello dependerá en gran medida de la postura que cada Estado adopte frente al fenómeno religioso. Esta particularidad explica porqué los distintos acuerdos concordatarios adoptados por la Santa Sede y las distintas soberanías difieren de un Estado a otro no solo en la forma en que las decisiones canónicas han de incorporarse al Derecho estatal, sino en el alcance que dicho reconocimiento tiene en el orden civil.

El sistema concordatario español y colombiano es un claro ejemplo de este tratamiento, según ha quedado expuesto en el desarrollo de esta investigación, hecho que repercute a la hora de dar eficacia a las decisiones adoptadas por las autoridades canónicas, y lo que tendrá una clara consecuencia en el reconocimiento de estas decisiones en uno y otro país.

La eficacia de las decisiones canónicas en el Derecho español plantea importantes diferencias respecto al Derecho colombiano, hecho que se manifiesta no solo en las competencias que sobre las distintas causas matrimoniales disfrutan una u otra autoridad y el alcance de la eficacia, sino también en cuanto a las exigencias a que

son sometidas estas decisiones, los procedimientos a seguir y el desigual reparto de las competencias en las distintas causas matrimoniales alcanzado entre la Iglesia y los Estados implicados en este estudio.

El Acuerdo concordatario colombiano, a diferencia del Acuerdo concordatario español, reconoce competencias exclusivas a los jueces canónicos en causas de nulidad matrimonio. Por tanto, la primera consecuencia será que, las decisiones de nulidad civil de matrimonio canónico adoptadas por jueces españoles no se verán reconocidas en el ordenamiento colombiano. Asimismo el art. 147 C.c.c. no reconoce eficacia a las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado, tal reconocimiento impedirá el si la causa de disolución del matrimonio por inconsumación se ha iniciado ante los jueces canónicos radicados en Colombia no podrá ser declarada eficaz en España, y ello porque la declaración de eficacia civil está condicionada a que las decisiones canónicas cumplan el requisito previo de validez en el Estado donde se han originado, esto es, que haya sido previamente homologada ante la autoridad civil extranjera, lo que no será posible si el Derecho colombiano no reconoce eficacia a este tipo de decisiones.

Finalmente, mientras la decisión canónica es sometida en España a los mismos controles que las decisiones extranjeras, en aplicación del régimen autónomo de reconocimiento y para el que se sigue el procedimiento previsto en el art. 778. 1 y 2 LEC, en el ordenamiento colombiano este reconocimiento de manera directa y sin condicionamiento alguno.

En relación con los controles a los que son sometidas las decisiones canónicas en España, solo dos de ellos destacan por su

inadecuado tratamiento. El primero, es el previsto en el art. 954.2 LEC “rebeldía del demandado” y el segundo es el control no de nocontradicción.

En el primer caso, en el ámbito de la eficacia de decisiones canónicas suele utilizarse comúnmente el término “rebeldía por convicción”, término por el que suele definirse la postura del demandado que debidamente citado y emplazado en el proceso canónico, se niega a comparecer ante aquella jurisdicción por motivos de conciencia. El concepto es por definición infeliz y nace de las interpretaciones que de la oposición del demandado al proceso de homologación de la decisión canónica hiciera la doctrina y la jurisprudencia española en la derogada disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, utilizado también por la doctrina vinculante del TC, y ello con el propósito de evitar que cualquier oposición se convirtiera en circunstancia obstativa del reconocimiento de estas decisiones. Sin embargo, pese a que esta doctrina fue corregida por el TC en posteriores sentencias y de la disposición adicional segunda de la Ley 30/80 fue derogada por el art. 778. 1 y 2 LEC, todavía hoy se advierten signos del inadecuado tratamiento a este control en nuestra jurisprudencia española.

Debe quedar claro que “rebeldía por convicción” (motivos de conciencia) no encajan en la rebeldía procesal ni constituye una causa de denegación del reconocimiento en los términos del art. 954.2. LEC 1881, ni bajo la derogada disposición adicional ni con la vigente norma. No se puede liberar al demandado del cumplimiento de las exigencias procesales si ha sido llamado al proceso y no comparece voluntariamente. Es procesalmente injustificado avalar ante la jurisdicción civil un supuesto claro de rebeldía voluntaria

con la finalidad de justificar la inactividad procesal del demandado ante otra jurisdicción, pues de esta forma se estaría conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que inició y culminó el proceso en sede canónica seguido de todas las garantías.

La segundo control de interés y que más dificultades ha planteado a la jurisprudencia española es el control de no contradicción. La dificultad se plantea en torno al reconocimiento del derecho a ser indemnizado a favor del cónyuge de buena fe, si en el foro ya existe una decisión de divorcio o de separación por la que se ha reconocido una pensión de alimentos o una pensión compensatoria a uno de los cónyuges separados o divorciados.

Nuestra jurisprudencia, en relación a esta problemática ha respondido de dos maneras distintas. Un sector de la jurisprudencia defiende el mantenimiento de la pensión compensatoria reconocida en el divorcio o la separación declarados con anterioridad, por estimar que la indemnización resulta contradictoria con la pensión previamente reconocida, mientras otra parte de la jurisprudencia propugna la derogación de la pensión compensatoria adoptada en el previo divorcio o separación, reconociendo el derecho de indemnización al cónyuge de buena fe. En el primer caso los argumentos de la jurisprudencia son tan diversos como sorprendentes y ninguno de ellos logra identificar de esencia de esta problemática, lo que resulta desde luego criticable. En tal sentido es necesario indicar que la indemnización como efecto de la nulidad matrimonial no se califica como obligación alimenticia. Por tanto, no habiendo identidad entre el objeto (*petitum y causa petendi*), de la pensión alimenticia o compensatoria previamente resuelta en el foro y el derecho a ser indemnizado a favor del cónyuge de buena

fe, la inconciliabilidad no se configura. La conclusión que cabe extraer es concluyente: ninguno de los fundamentos esgrimidos por nuestra jurisprudencia (arts. 73 y 101 C.c.e. y art. 117.3 CE) constituyen un motivo válido para no atribuir el derecho a la indemnización al cónyuge de buena fe como efecto típico de la nulidad si se cumplen las condiciones del art. 98 C.c., esto es, la existencia de mala fe de alguno de los cónyuges y la convivencia conyugal. En todo caso, el juez, para evitar posibles antinomias, tendrá que asegurarse de que las medidas solicitadas por las partes junto con la demanda de homologación no hayan sido previamente resueltas por la decisión de divorcio o de separación del foro, ya que en el sistema español es perfectamente posible el reconocimiento de una nulidad canónica si en el foro ya existe una decisión de divorcio o de separación desplegando sus efectos, algunos de los cuales serán comunes a cualquier causa matrimonial y otros indisociables a la concreta causa matrimonial resuelta en el foro. De ahí que en lo que al control de inconciliabilidad compete respecto a los efectos colaterales, sea preciso que el juez, a la hora de decidir sobre alguna de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación de la decisión canónica, delimite con carácter previo cuáles de dichas medidas son comunes a las distintas situaciones de crisis matrimoniales (pronunciamientos separables de la causa matrimonial) y cuáles son efectos típicos e indisociables de cada una de ellas (pronunciamientos inseparables). La importancia de esta distinción radica en que, tras no identificarse ninguna inconciliabilidad entre la causa matrimonial resuelta en el foro y la causa derivada de la decisión canónica, el control de inconciliabilidad se reducirá a aquellos efectos colaterales comunes a cualquier causa matrimonial, no afectando en ningún caso a los

efectos típicos de estas causas. Por esta razón, el juez deberá tener presente que, si la medida solicitada junto a la demanda de homologación se refiere a la guarda y custodia del menor o a la obligación de alimentos respecto de los hijos, no será posible un nuevo pronunciamiento sobre dichas medidas si éstas han sido previamente adoptadas por la sentencia de divorcio o separación anterior, incluso en un proceso independiente. Ello, sin embargo, no significa que por la propia naturaleza de estos pronunciamientos, las partes puedan instar junto a la demanda de homologación la modificación de las medidas previamente adoptadas en el divorcio o la separación anterior, siempre que haya tenido lugar un cambio sustancial en las circunstancias apreciadas al tiempo de su otorgamiento (arts. 91, 93 y 100 C.c.), tal y como lo autoriza el procedimiento previsto en el art. 778.2 LEC. En cualquier caso, no hay que olvidar que los pronunciamientos autónomos de la causa matrimonial resuelta en el foro -dentro o fuera de la causa matrimonial y cualquiera que ésta sea-, desplegarán el efecto de cosa juzgada o prejudicial, y, por consiguiente, el rechazo de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación, siempre que afecten al mismo objeto y no se haya producido un cambio en las circunstancias.

La resolución de esta problemática pasa por comprender que la pensión compensatoria adoptada en la previa decisión española de divorcio o separación no genera ninguna incompatibilidad ni con el pronunciamiento principal de la decisión canónica ni con la atribución del derecho a la indemnización a favor del cónyuge de buena fe. Tan solo se suscita la cuestión de fijar sus efectos en el tiempo, esto es, el momento a partir de cual deben considerarse desactivados aquellos pronunciamientos, una vez reconocida la

figura que anula desde y para siempre el matrimonio, teniendo en cuenta que al tiempo de solicitar la homologación de la nulidad ya existía en España una decisión de separación o de divorcio produciendo sus típicos efectos.

Sin embargo, debemos reconocer que el art. 101 C.c.e. no ofrece una solución terminante sobre el cese de los efectos de las pensiones alimenticias o compensatorias adoptadas previamente en el foro, sobrevinida la nulidad matrimonial. De ahí que sería deseable de *lege ferenda* considerar la nulidad matrimonial sobrevinida como causa de cese automático de la pensión alimenticia o compensatoria adoptada en proceso anterior, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento judicial a instancia de parte. Tal circunstancia no significa, sin embargo, que con los recursos presentes podamos proporcionar una solución coherente a estos supuestos. En nuestra opinión, bajo el estatus actual, si con la demanda de homologación se solicitaran medidas, el juez queda obligado a pronunciarse sobre dichos extremos, debiendo ordenar, en consecuencia, la cancelación de la pensión alimenticia o compensatoria adoptada previamente en el foro. Asimismo, de cumplirse los requisitos exigidos en el art. 98 C.c. (la buena fe y la convivencia conyugal), deberá indicar en su fallo que la indemnización a favor del cónyuge de buena fe se haga efectiva a partir de la fecha de la sentencia homologada. Mayor duda puede plantear aquel supuesto donde las partes interesen únicamente la homologación de la decisión, o, en su caso, habiéndolo interesado y siendo reconocida la decisión canónica, el juez, por cualquier motivo, no reconozca el derecho a ser indemnizado a uno de los cónyuges. En este caso, nada debería impedir que el juez alerte a las partes sobre la posibilidad interesar en proceso posterior el cese de

la pensión alimenticia o compensatoria fundado en la decisión homologada. Téngase en cuenta que, tras producirse la homologación de la decisión canónica, el deudor siempre tendrá oportunidad de reclamar al acreedor la restitución de las cantidades abonadas indebidamente en concepto de pensión alimenticia o compensatoria. Al ser una consecuencia del matrimonio putativo, el acreedor de alimentos no estará obligado a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión alimenticia o compensatoria a causa de la separación o del divorcio anterior, toda vez que en el momento de adoptarse aquella decisión el matrimonio gozaba de aparente validez. En cambio, sí estará obligado a devolver las cantidades indebidamente devengadas por este concepto tras la declaración de eficacia civil de la decisión canónica. Por este mismo motivo, el deudor tampoco quedará obligado a satisfacer una obligación que no está reñida con el nuevo estatus resultante de la nulidad, pero sí que lo está para indemnizar a su ex cónyuge de haber obrado de mala fe si existió convivencia conyugal.

En otro orden, se ha advertido en la jurisprudencia del TC que si bien ha valorado correctamente que no se puede dar efectividad a una sentencia de divorcio si previamente se ha decretado la nulidad del matrimonio, yerra cuando ordena la anulación parcial de la sentencia de divorcio anulado por su propio mandato, conservando la pensión compensatoria que dicha decisión contenía. En este sentido, debe tenerse presente que no se pueden mantener los efectos colaterales típicos del divorcio (pensión compensatoria), si el principal ha sido invalidado, debido a que este concreto efecto guarda una relación de dependencia con la causa matrimonial, por lo que su reconocimiento solo resulta factible si

también se ha reconocido el pronunciamiento principal (principio de no separabilidad). Perpetuar los efectos indisociables al divorcio anulado, tras haber reconocido la inconciliabilidad del divorcio dictado con posterioridad a la nulidad matrimonial, no solo es ilegítimo sino que con ello está impidiendo que los efectos atribuidos *ex lege* a las nulidades matrimoniales no sean reconocidos. En todo caso, visto que el divorcio anulado resultaba incompatible con la nulidad decretada anteriormente, la solución correcta habría sido amparar la eficacia civil de la resolución de nulidad matrimonial canónica y sus consecuencias jurídicas, ordenando la anulación total - y no parcial- de las decisiones de divorcio dictadas con posterioridad. Distinto es que el pronunciamiento colateral resuelto por la decisión de divorcio o de separación dictada con posterioridad a la nulidad afectara al régimen de custodia y visita o a los alimentos de los hijos si éstos no fueron resueltos en la previa decisión de nulidad. En tal caso, al tratarse de pronunciamientos regidos por el principio de separabilidad, no habría ningún problema en predicar su mantenimiento pese a la anulación del pronunciamiento principal, ya que su autonomía les permite perpetuarse, incluso, al margen de que exista el matrimonio.

Las soluciones ofrecidas por el TC y del TS español han impedido extraer de ellas unos estándares que puedan servir de base a nuestra jurisprudencia para futuras soluciones en asuntos similares. En la actualidad una parte considerable de los jueces ordinarios reproducen de manera mecánica estas erróneas fundamentaciones, incluso tras haberse operado importantes cambios en el procedimiento de eficacia de las decisiones canónicas (art. 778.1 y 2 LEC).

CONCLUSIONES

A lo largo de nuestra investigación se han evidenciado el desigual tratamiento que las decisiones sobre crisis matrimoniales han sufrido por parte de las autoridades de uno y otro país. De un lado, nos encontramos con que los jueces españoles a la hora de reconocer decisiones extranjeras sobre crisis matrimoniales dictadas por autoridades colombianas se ciñen a controlar las condiciones establecidas en el CHC, respetando en todos los supuestos su prevalencia frente al régimen autónomo, mientras, por otro lado, las autoridades colombianas tras reconocer la existencia del Convenio y su carácter prevalente sobre el régimen autónomo, terminan estableciendo sobre las decisiones españolas un control del conjunto de condiciones establecidas en su normativa autónoma de reconocimiento, incluso de aquellas previstas en el CHC. Tal comportamiento resulta a todas luces criticable, pues constituye, además de la desactivación del régimen prevalente impuesto por el CHC, una vulneración de los arts. 693 CPCC y del 63 CPC.

Es cierto que el CHC muestra un total desapego a las necesidades actuales del tráfico externo, y aunque creemos firmemente que el CHC nunca cubrió las expectativas más básicas planteadas en este sector de problemas, si para ello tomamos como referente algunos convenios coetáneos donde ya se establecían condiciones de

reconocimiento que distan de la exigua instrumentación del CHC⁷³⁶, también lo es que estas carencias no justifican el flagrante incumplimiento por parte de las autoridades colombianas de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado al que representan, aplicando desmedidamente su normativa interna de reconocimiento. Prueba de que las cosas se pueden hacer bien en la encontramos en nuestra jurisprudencia quien, pese a las evidentes debilidades del CHC ha sabido optimizar su aplicación sin tener que acudir a su normativa de autónoma de reconocimiento.

Tras el comportamiento de la jurisprudencia colombiana se esconden otros motivos, entre ellos, el de proteger normas divorcistas desfasadas e imbuidas de excesivo territorialismo que no conectan en muchas de sus regulaciones con ordenamientos de nuestro entorno, pero, también se aprecia en sus valoraciones un enorme desconocimiento de la disciplina del DIPr.

Para paliar estos comportamientos es necesario elaborar normas que no den margen a comportamientos de esta naturaleza. Naturalmente una fuerte dosis de estos problemas se resuelven con la redacción de un instrumento en términos que

⁷³⁶ REMIRO BOTRONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 117, al referirse al CHC vertía comentarios poco halagüeños que aún conservan actualidad, cuando reiteraba que: “En el tratado exclusivamente debe buscar el juzgador las circunstancias, los requisitos y las condiciones que deberá cumplir la sentencia para ser exequaturada. Ahora bien, puede ocurrir (...) que la intención de las partes al concluir el tratado sea únicamente la de evitar el funcionamiento negativo del principio de reciprocidad, confiando el reconocimiento y ejecución de las sentencias a la verificación de las circunstancias de fondo y forma previstas por el Derecho interno de los respectivos Estados contratantes - en nuestro caso, a las del art. 954 de la LEC”.

reduzcan a la mínima expresión tales usos, pero ésta es solo una arista del problema; la otra dependerá de la postura que adopte la jurisprudencia colombiana frente al reconocimiento de estas decisiones, superadas las carencias del CHC.

En lo que al CHC concierne, los primeros síntomas de debilidad se localizan en la exigencia de solo dos condiciones para el reconocimiento de sentencias: 1) que las sentencias sean definitivas y estén ejecutoriadas conforme a la ley del Estado donde fueron dictadas; y 2) que no se opongan a las leyes vigentes en el Estado requerido, exigencias que están lejos de satisfacer los objetivos primordiales de justicia no solo desde el punto de vista formal sino también de fondo. El CHC omite un grupo de requerimientos que históricamente han tenido presencia en las normas convencionales de reconocimiento y ejecución de decisiones en cuestiones tan esenciales en este sector como son, el control de la competencia judicial internacional, las garantías del debido proceso, los supuestos de inconciliabilidad, tal y como ha quedado evidenciado en el estudio comparado desarrollado en el Capítulo I. Estas carencias se observan asimismo en la deficiente articulación de sus cláusulas y el uso de una terminología desfasada y caduca. Parece claro que tal situación deber ser revisada por resultar a todas luces inoperante, lo que implica su adaptación a la evolución experimentada por una sólida doctrina y los textos internacionales de más modernos.

En primer lugar, tratándose de un convenio genérico que afecta al reconocimiento de decisiones civiles, sería conveniente sustituir el término de sentencia por el de resolución, que es un

término más amplio que abarca otras categorías, tales como las resoluciones derivadas de la jurisdicción voluntaria, medidas provisionales, actos públicos..., a fin de eliminar cualquier vacilación acerca de la eficacia extraterritorial de este tipo de decisiones, lo que ha sido una práctica de nuestra jurisprudencia al rechazar medidas provisionales sobre custodia o alimentos, incluso en aquellos supuestos donde el régimen convencional así lo estipula, reclamo éste que además resulta acorde con la tendencia convencional dominante⁷³⁷.

El término “resolución” deberá comprender toda decisión judicial que resuelva de manera definitiva sobre el interés pretendido por las partes. En el ámbito de las crisis tal consideración permitiría ampliar el reconocimiento de aquellas medidas provisionales o cautelares resueltas por el tribunal en el marco de un proceso de divorcio, separación o nulidad matrimonial. El término amplio de resolución resultaría además consecuente con la exigencia prevista en el CHC de que estas resoluciones sean “definitivas”, ya que evitaría las dudas que ha planteado a la jurisprudencia española el reconocimiento de decisiones derivadas de la jurisdicción voluntaria con eficacia constitutiva⁷³⁸.

En lo relativo a la cláusula de orden público, debemos señalar en primer lugar que la fórmula abierta utilizada por el art. 1.2 CHC

⁷³⁷ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, págs. 337-366.

⁷³⁸ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P. M., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, *op. cit.*, pp. 249-271.

para preservar las situaciones de orden público sustantivas y procesales (“no oposición a las leyes vigentes en el Estado en que se solicite su ejecución”) resulta hoy una fórmula estéril y en desuso que desestimula el principio de máxima eficacia y favorece que cualquier oposición a las normas internas del país requerido puedan erigirse en motivo de denegación del reconocimiento. De ahí que sea necesario reemplazar dicha cláusula por la expresión “manifiestamente incompatible con el orden público del foro”, reduciendo a la mínima expresión el impacto negativo del orden público en este ámbito material y en este sector del DIPr.

Asimismo deberán disfrutar de total autonomía de cláusula general de orden público, el control de la notificación del demandado haciendo especial referencia a la notificación en tiempo y forma de la demanda, de forma tal que queden plenamente garantizados sus derechos de defensa y la tutela judicial efectiva.

Para garantizar la coherencia con el sistema del Estado requerido, la revisión del CHC también deberá incluir el control de la no contradicción. Dentro del régimen convencional español este control ha sido tratado de forma muy dispar, sin bien la mayor parte de los convenios sujetan esta abstención no solo a que la previa existencia de una decisión en el foro que contradiga la decisión extranjera, sino también cuando lo que exista en el Estado requerido sea un proceso abierto con identidad de objeto, sujeto y causa. En tal sentido consideramos oportuno que las situaciones de inconciliabilidad sean reducidas a aquellos supuestos en los que en el foro ya exista una decisión con identidad de objeto, sujeto y causa (prioridad del foro), o cuando tal inconciliabilidad se produzca entre decisiones adoptadas por terceros Estados susceptibles de ser

reconocidas en el foro, prevaleciendo en este caso la decisión dictada en primer lugar. Pero no se deberá estipular como condición de reconocimiento la existencia en el foro de un proceso abierto que pueda dar lugar a una decisión contradictoria. En tal sentido debe considerarse la inserción de reglas de litispendencia internacional que garanticen una tutela judicial uniforme, impidiendo a las partes desplegar estrategias procesales con la finalidad de impedir el reconocimiento de tales decisiones en el ámbito del CHC, lo que, además, ha sido un reclamo de nuestra jurisprudencia dentro del régimen autónomo de validez.

A la hora de realizar el control de inconciliabilidad, deben distinguirse las situaciones de inconciliabilidad del pronunciamiento principal de las situaciones de inconciliabilidad respecto de los accesorios de los accesorios, siendo determinante a estos efectos no solo su configuración sino básicamente su fundamento. En el ámbito de los alimentos entre cónyuges es donde este control adquiere su mayor repercusión debido a que en España los cónyuges pueden beneficiarse a la vez de las pensiones alimenticias y compensatorias y los ex cónyuges solo serían beneficiarios de ésta última. Mientras en el ordenamiento Colombia esta obligación es única y tiene un contenido esencialmente resarcitorio. Ante la duda que ello pueda suscitar al operador jurídico sería recomendable que la identidad en el objeto se entienda configurada tanto si lo que existe en España es una decisión sobre pensión compensatoria, como si lo que existe es una pensión alimenticia, lo que sería de aplicación *mutatis mutandis* a las situaciones de inconciliabilidad colombianas.

Es igualmente conveniente que el control de la competencia judicial internacional sea exigido como condición autónoma. Sin embargo, del mismo modo que es incontestable que el control de la competencia judicial internacional deba estar recogido como condición independiente, también lo es que sea precisado el alcance de dicho control, extremo que, como es sabido, se ha manifestado de forma desigual en los distintos textos internacionales. Entre los modelos seguidos por el Derecho comparado nos hemos decantado por el modelo de lista positiva a fin de evitar interpretaciones que puedan alejarse del sentido y alcance de esta exigencia y teniendo en cuenta que el ordenamiento colombiano no dispone de normas de competencia judicial internacional. Además, este modelo es el que mayoritariamente han seguido los distintos textos internacionales en los que participa España y Colombia. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la técnica de bilateralización plantea como principal inconveniente que en la medida en que los foros de competencia del país de origen no coincidan con las del Estado receptor, ello podría motivar el rechazo de la decisión extranjera, incluso si los foros de competencia del tribunal de origen de la decisión plantean vínculos razonables con la concreta situación que se litiga, ya que es posible que el tribunal extranjero funde su competencia en un foro no previsto en el Estado requerido y que se trate de un foro razonable. La regulación que resulte de la revisión de esta exigencia deberá proteger en todo caso las competencias exclusivas del Estado requerido y la sumisión de las partes a estos tribunales, garantizando que exista proximidad razonable entre el asunto que se litiga y el tribunal que ha resuelto sobre el fondo.

Para finalizar con las propuestas relativas al control de condiciones, resulta imprescindible que se excluya expresamente el

control de la ley aplicada al ser éste el punto más álgido en el tratamiento de las decisiones españolas en Colombia. La importancia de tal exclusión es vital dentro del régimen del CHC, pues, como ya viera, en base a este control se ha motivado no solo el rechazo de decisiones de divorcio procedentes de nuestra jurisdicción, sino el de todas aquellas decisiones extranjeras que no se funden en el mutuo acuerdo o en alguna de las causales contempladas en el art. 154 C.c.c. Esta recomendación debe venir acompañada de otra por la que impida el control del fondo de la decisión.

Tal y como ha quedado ampliamente explicitado en el desarrollo del Capítulo II de esta investigación el juez colombiano interesado en buscar una identidad entre las causales de divorcio españolas y las previstas en su normativa interna, establece un recio control de la ley aplicada por el juez español, y si esta identidad no se produce, el motivo que invocan para rechazar de la decisión extranjera de divorcio es el orden público, y ello sin justificar adecuadamente su conexión con principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano. Este control, previsto únicamente para el divorcio de matrimonio civil celebrado en Colombia, es practicado asimismo tanto para el divorcio de matrimonio civil o religioso celebrado en Colombia como para el divorcio de matrimonio civil o religioso celebrado el extranjero. Semejante comportamiento propicia el rechazo de decisiones españolas (o extranjeras) siempre que la identidad causal no se produzca. Lógicamente, la alta probabilidad de que el juez español, en base a la normativa conflictual española, termine aplicando su legislación interna, esto es, el divorcio objetivo, cabe concluir que esta identidad solo se va a producir si el divorcio español se ha

producido por mutuo acuerdo, el resto decisiones claudicarán ante las exigencias impuesta por la jurisprudencia colombiana no contempladas en el CHC.

Sobre estos extremos cabe objetar que, no parece coherente que la ausencia de identidad causal sea interpretada por aquella jurisdicción como un ataque al orden público del foro, por cuanto ello supone identificar el orden público con las normas imperativas, lo que resulta a todas luces erróneo. Tampoco el CHC contempla dentro de sus condiciones el control indirecto de la ley aplicada, control este, justificado únicamente si la normativa convencional así lo contemplara. Menos justificado parece aún la práctica de este control si la normativa interna solo lo reclama si el divorcio extranjero disuelve un matrimonio civil celebrado en Colombia. En cualquier caso, tal aceptación, implicaría dotar a esta norma de un valor universal del que carece, desactivando el carácter prevalente del CHC. De ahí que insistamos en que, además de acotar en términos cerrados la cláusula general de orden público como antes se ha expuesto, sería igualmente necesario complementarlo con la exclusión expresa de este control en el CHC⁷³⁹.

No obstante, al margen de las modificaciones que la cláusula de orden público pueda sufrir en su redacción final, debida a la incidencia que su apreciación pueda tener desde la perspectiva del juez requerido, creemos firmemente que, aunque este cambio se llegara a producir, no serviría de mucho si el intérprete colombiano no abandona su cerrada noción del orden público, permeada de

⁷³⁹ *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento de decisiones en materia de divorcio”, *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1984, pp.508-511; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Divorcio”, *REDI*, vol. XXXVI, núm. 2, 1984, pp. 654 y 655.

añejas concepciones morales sobre la conservación del matrimonio y su papel en la familia moderna y el excesivo territorialismo de sus normas. Hasta tanto ese cambio se produzca, si el intérprete local no acepta con mayor flexibilidad formulaciones distintas a las propugnadas por el sistema jurídico que representa (conflicto de civilizaciones)⁷⁴⁰, tendremos que soportar la pesada carga que comporta la convivencia con sistemas matrimoniales procedentes de Estados con niveles de desarrollo alejados de los nuestros⁷⁴¹.

En el ámbito intraeuropeo las situaciones de orden público se limita a evidentes motivos de desigualdad entre los cónyuges por razón de sexo, religión, raza o que impidan el libre desarrollo de la personalidad⁷⁴², conviviendo sistemas divorcistas subjetivos y objetivos sin que las diferencias entre ellos hayan supuesto un obstáculo al reconocimiento y ejecución de decisiones. De ahí que para el Estado español sea inadmisibles fundar en el orden público la denegación del reconocimiento si el divorcio extranjero es causal y no objetivo.

⁷⁴⁰ *Vid.* ARENAS GARCÍA, R “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2006*, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2007, pp. 19-94; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional privado de la familia”, *AHLADIPr*, 2005, núm. 17, pp. 87-130.

⁷⁴¹ El proceso de armonización del DIPr. en el ámbito familiar comunitario se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, de ahí que sea incompatible que situaciones jurídicas válidamente constituidas en los distintos Estados miembros de la Unión europea no produzcan los mismo efectos en otro Estado miembro. *Vid.* GONZÁLEZ BEIFUSS C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común”. *AEDIPr*, t. IV, 2004, 117-168, especialmente, pp. 164 y 169.

⁷⁴² *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 7-9.

Debe quedar claro que el control de orden público no implica la conformidad con las concepciones jurídicas del foro, sino el peligro pueden suponer para el orden social, económico, cultural o político del foro de las consecuencias jurídicas derivadas del reconocimiento de la sentencia extranjera, y la decisión española fundada en un sistema objetivo no contraviene el orden público colombiano.

Retomando los problemas de la ley aplicable al divorcio y a la separación y el papel preponderante que la aplicación de la ley española en materia de crisis matrimoniales ha tenido en el reconocimiento de decisiones de divorcio en Colombia, derivado del control de la identidad causal, pensamos, inmediatamente, en la manera de paliar los efectos nocivos que la aplicación de un sistema divorcista como español planteaba al reconocimiento de las sentencias españolas de divorcio o de separación en Colombia. Sabiendo que, tanto en casos de elección de ley como en defecto de ella, el punto de conexión por excelencia contemplado en el Reglamento “Roma III” es el de la residencia habitual de los cónyuges⁷⁴³. Y teniendo, además, la importancia que este criterio despliega en la determinación de la competencia internacional de los jueces españoles para conocer demandas de divorcio y separación previstos en el art. 3 del Reglamento de “Bruselas II *bis*”,

⁷⁴³ Según lo establecido en el artículo 5 del Reglamento la ley aplicable al divorcio o a la separación a falta de elección por las partes será aquella: a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

no fue difícil concluir la frecuencia con la que nuestros jueces terminarían aplicando la ley española para descubrir las nefastas consecuencias para el reconocimiento de estas decisiones tal elección tendría en sede colombiana.

Sostenemos que, para reducir los efectos nocivos del punto de conexión de la ley de la residencia habitual, los cónyuges si pretenden si pretendieran retornar a Colombiano lo más recomendable sería que hicieran uso de la autonomía conflictual y optar por la ley colombiana, en caso de no encausar el divorcio de mutuo acuerdo. El papel del juez en el proceso de elección de los cónyuges será capital, ya que tal elección está regida por el principio de información. Los cónyuges, en todo caso, deberán conocer con exactitud las consecuencias jurídicas y sociales de su elección. Sin embargo, somos conscientes de que tales consecuencias pueden resultar en ocasiones una meta de difícil alcance si el juez, por ejemplo, desconoce el Derecho extranjera o la repercusión que tal elección pueda tener fuera de su ámbito de operatividad, lo que puede ser muy frecuente dadas las múltiples diferencias entre los sistemas divorcista en el Derecho comparado y la diversidad de obstáculos en el proceso de integración de estas decisiones a las distintas soberanías. Más problemático puede resultar, sin embargo, aquellos supuestos en los que no se produce la elección de la ley aplicable al divorcio por parte de los cónyuges. La redacción ofrecida por la norma contemplada en el Reglamento “Roma III” impide que las conexiones que en la misma se recogen puedan ser utilizadas discrecionalmente por el operador jurídico, al tratarse de conexiones subsidiarias que sólo podrán recibir aplicación en defecto de sus predecesoras. La escalera conflictual del art. 8 del Reglamento llevará con frecuencia a la aplicación de la ley del foro,

con la consiguiente exclusión del Derecho colombiano. Por tanto, la posibilidad de aplicar al divorcio o a la separación en la que participe un nacional colombiano la ley correspondiente a su nacionalidad se producirá únicamente si no recibieran aplicación las leyes designadas por las letras a) y b) del art. 8 y si ambos cónyuges ostentaran la nacionalidad colombiana al momento de la interposición de la demanda. Ello evidencia el total desapego del Reglamento por la conexión “nacionalidad”. La aplicación de la ley española provocará que, en la gran mayoría de las ocasiones las decisiones españolas de divorcio o de separación claudiquen frente a las exigencias colombianas, salvo que el divorcio se haya producido por mutuo acuerdo.

La crisis económica mundial ha supuesto un giro en la situación migratoria española elevando considerablemente la cifra de inmigrantes que ante la precariedad laboral y la situación de exclusión social no han tenido más remedio que retornar a sus países de origen. La alta tasa de inmigrantes que anualmente retornan a sus países de origen es un dato más que razonable que debería estimular al legislador comunitario a rescatar ese valor perdido por el punto de conexión “nacionalidad”. Ello permitiría no solo el respeto a la identidad cultural, sino que evitaría que las decisiones españolas de divorcio o de separación claudiquen en un número considerable de Estados no comunitarios. De ahí que nuestra propuesta vaya encaminada a considerar la posibilidad de introducir en el régimen actualmente previsto en el Reglamento “Roma III”, la exclusión por parte del juez de las dos conexiones precedentes a la ley nacional común de los cónyuges, en aquellos casos en los que, a la vista de las circunstancias, estimara más

eficiente la aplicación de la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, en lugar de la ley de la residencia habitual.

En lo relativo a las vías de atribución de efectos, el CHC debe contemplar, además del *execuátur*, el reconocimiento automático e incidental, teniendo en cuenta que las partes no siempre pretenden el efecto vinculante de la decisión ante cualquier autoridad, abriendo así la posibilidad de invocar incidentalmente una decisión ante la autoridad extranjera que conoce de un determinado proceso, o, en su caso, ante el Encargo del Registro civil correspondiente, efectos estos para los que el trámite de *execuátur* puede resultar demasiado excesivo.

Al margen de esta propuesta y ante la necesidad que justifica en el ámbito del reconocimiento acceder a vías menos gravosas, en atención al efecto pretendido por las partes con la decisión de divorcio, separación y nulidad matrimonial, hemos estudiado en el Capítulo Tercero de esta contribución la posibilidad de que las decisiones colombianas en esta materia puedan ser reconocidas en España sin necesidad de recurrir al procedimiento de *execuátur*. Tal propuesta se sustenta en el principio del *favor recognitionis*, teniendo en cuenta la naturaleza y función que están llamadas a cumplir las normas de reconocimiento. No cabe duda que resulta excesivo exigir a una resolución colombiana el *execuátur* para acceder al Registro Civil español, por el simple hecho de que un convenio añejo y desfasado que nos vincula como Colombia así lo establezca, si los legítimos intereses de las partes podrían verse satisfechos de manera menos gravosa dando aplicación a la normativa autónoma registral tras la próxima entrada en vigor de la LRC 2011 (15 de julio de 2015). En la práctica dicho reconocimiento implica que estas decisiones sean sometidas al control unas condiciones previstas en art. 96.2.2º LRC

2011 que no difieren en lo esencial de aquellos condicionamientos a los que son sometidas las decisiones en el marco del CHC, si bien esta posibilidad se encuentra limitada a aquellas decisiones colombianas sobre de crisis matrimoniales que afecte a españoles, a hechos o actos referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español o, cuando sea exigida su inscripción por el Derecho español, aunque afecte a extranjeros (art. 9 LRC 2011). La nueva norma, sin embargo, parece afectar únicamente la inscripción de decisiones extranjeras de divorcio, separación y nulidad matrimonial en el Registro Civil español, situación que hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Registral queda cubierta por el art. 83 RRC, previa superación del *execuátur*, pero no hace alusión al supuesto del art. 84 RRC, esto es, siempre que con la decisión extranjera se pretenda determinar o completar la capacidad para el acto inscribible, efecto para el que esta disposición exime de la tramitación del *execuátur*, supeditándolo únicamente al control de orden público. Nos encontramos, por tanto, ante una problemática que posiblemente será resuelta en el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley, ya que la coexistencia de ambas normas nos puede seguir deparando un tratamiento desigual del efecto constitutivo de este tipo de decisiones, exigiendo el *execuátur* únicamente a decisiones afecten a un español o que contradigan alguna inscripción practicada en el Registro Civil, aunque afecten a extranjeros, lo que perpetuaría, además de la desigualdad de trato, la lamentable confusión entre el efecto constitutivo y el probatorio que del art. 84 RRC llevara a cabo la DGRN y la jurisprudencia, criticada ampliamente por la más sólida doctrina *insprivatista* local.

En el desarrollo del Capítulo Primero también quedaron evidenciadas las diferencias procedimentales en uno y otro ordenamiento. Para zanjar tales diferencias, sería conveniente que el

CHC descentralizara la competencia, designando a los Jueces de Primera Instancia del Estado requerido como la autoridad competente para el conocimiento de estos procesos. Asimismo en lo relativo a los recursos debe excluirse la limitación impuesta por el art. 3 CHC, abriendo la posibilidad de que las partes puedan recurrir el Auto confirmatorio o denegatorio del reconocimiento de la decisión extranjera. La adopción de tales modificaciones ofrecería un tratamiento igualitario y no discriminatorio, al tiempo que garantizaría la contradicción y una tutela judicial efectiva a las partes, que es precisamente lo que actualmente impide procedimiento de *execuátur* colombiano, al ser la CSJC la autoridad competente para la tramitación de dicho procedimiento.

Por otro lado, la importancia del reconocimiento parcial en el ámbito de las crisis plantea un elevado interés, ya que permite salvar aquellos pronunciamientos contenidos en la decisión de divorcio, separación o nulidad matrimonial siempre que cumplan las condiciones de reconocimiento. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que en el ámbito de las crisis matrimoniales no todos los pronunciamientos accesorios contenidos en la decisión extranjera podrán beneficiarse del reconocimiento parcial, sino únicamente aquellos que gozan de total autonomía respecto del principal. De ahí la importancia de saber el grado de conexión interna entre estos pronunciamientos y la causa matrimonial y entre los pronunciamientos colaterales entre sí. Esta puntualización deriva de la sostenida postura seguida por los jueces colombianos quienes tras rechazar el reconocimiento de la decisión de divorcio no dan efectividad a los pronunciamientos relativos al régimen de guarda, visitas y obligaciones alimenticias de los hijos en los que el reconocimiento de la eventual causa no interviene, obligando de esta forma a las partes a iniciar un

nuevo procedimiento en el foro. No ocurre lo mismo con aquellos pronunciamientos dependientes de la causa matrimonial. Obviamente, al fracasar el reconocimiento del pronunciamiento principal, tampoco podrían verse reconocidos los pronunciamientos accesorios dependientes de aquel, como es el caso de los alimentos entre cónyuges o ex cónyuges (pensión alimenticia o compensatoria e la indemnización a favor del cónyuge de buena fe), si el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial no han superado el *execuátur*.

A la vista de estos antecedentes y a fin de garantizar los problemas actuales del tráfico internacional entre ambos Estados, existen sobradas razones para la revisión global de un Convenio añoso, marcado por un evidente envejecimiento en sus formulaciones y reemplazarlo por un sistema armonioso que garantice en todas sus partes mayor efectividad al tráfico internacional de soluciones en el ámbito hispano colombiano. Sólo a través de soluciones consensuadas y armónicamente integradas basadas en el respeto por las normas materiales sustantivas y de derecho internacional privado de los distintos ordenamientos, podríamos garantizar un efectivo ejercicio de los derechos privados de las partes en el ámbito de las crisis matrimoniales. Pero ésta es solo una solución parcial del problema.

No hay que olvidar que en Colombia, como en la mayoría de los países latinoamericanos, existe un profundo desconocimiento de la disciplina del DIPr., visible tanto en la doctrina como en la jurisprudencia consultada. El DIPr. ni siquiera es una materia contemplada en los planes de estudio de la carrera de Derecho. Lamentablemente, el caso colombiano es solo uno más de los tantos ejemplos en el ámbito latinoamericano en los que se plantea esta situación, y lo que sin duda repercute en la solución de las situaciones

privadas internacionales. Seguramente, ni los operadores jurídicos presentes ni futuros ni siquiera el legislador latinoamericano poseerá las herramientas necesarias para afrontar dignamente la diversidad situaciones internacionales a las que se podría enfrentar.

Esta observación no es casual, estamos centrados básicamente en los problemas que el DIPr. plantea en el ámbito intraeuropeo, que, sabemos, no son pocos, pero es hora de echar una mirada más allá de nuestras fronteras y procurar, además de soluciones normativas, soluciones formativas. De poco servirá redactar una norma en sus justos y exactos términos para no ser cabalmente aplicada en la mayoría de las ocasiones por desconocimiento del juzgador. Este fenómeno no nos debe ni nos puede resultar indiferente.

Desde la perspectiva del Derecho internacional público, los tratados podrán ser modificados por varias razones: cuando existe un cambio de circunstancias –políticas, económicas y sociales– que lo originaron, o cuando no dispone de la fuerza que en el pasado garantizó su cumplimiento, o incluso cuando persigue aumentar la eficacia de unos pactos atendiendo a la experiencia de su aplicación. Normalmente cuando esto ocurre se habla de la revisión de los tratados⁷⁴⁴. El CHC, como se acaba de evidenciar, conecta claramente con estos supuestos⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴En términos exactos cuando se habla de *revisión* engloba en sí mismo un conjunto de locuciones que abarca tanto la enmienda, como la sucesión o la modificación del convenio. La Convención de Viena de 1969 de 23 de mayo, incurre en esta omisión, incluyendo dentro de su término revisión cualquier otra categoría (enmienda, la modificación y sucesión del convenio arts. 39 y 40). *Vid.* BOTRONS REMIRO, A., *Derecho Internacional Público II*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 404 a 409.

⁷⁴⁵ Ejemplo de ello fue el Convenio con Cerdeña de 1851 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, el que quedó desplazado por el firmado en 1973. *Vid.*

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que para la realización de este cometido, España, como Estado miembro de la UE, no se encuentra legitimado para emprender la negociación del CHC, ya que la modificación del CHC se encuentra limitada por el Dictamen 1/03 del TJCE de 7 de febrero de 2006⁷⁴⁶, por el que se establece la competencia exclusiva de la Unión para celebrar Convenios internacionales con terceros países en aquéllos ámbitos que puedan afectar normas contenidas en los Reglamentos europeos sobre determinadas materias⁷⁴⁷, entre las que sin duda se enmarca el CHC,

⁷⁴⁶ Vid. BORRAS RODRIGUEZ, A., “Comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero”, *RJC*, 2006, núm. 3, pp. 879-889; *id.*, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Comentario al Dictamen c-1/03, de 7 de febrero de 2006”, *RGDE*, 2006, núm. 10, en <http://www.iustel.com/revistas/>; GUZMÁN ZAPATER, M., “Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado (A propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 14, en <http://www.reei.org/>; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano”, *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 493-518; *id.*: “La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países”, *Diario La Ley*, núm. 7252, 2009, p. 6; ARENAS GARCÍA, R., “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización...”, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

⁷⁴⁷ La lógica que se viene decantando es clara; se trata de integrar en un espacio unificado a todas las jurisdicciones de los Estados miembros, organizándolas en torno a un eje central de carácter casi federativo. Interesa básicamente culminar esa integración *ad intra*; respetando la cooperación judicial que cada Estado miembro pueda mantener con los terceros países. Ahora bien, alcanzado el punto en el que esa integración se consolida, el legislador europeo quiere seguir potenciando la dinámica de unión y comienza a establecer las bases para el trazado de una coordinación jurisdiccional de cara al exterior. Se trata de potenciar una dimensión *ad extra* o auténticamente internacional del sistema comunitario, cuyo proceso ha comenzado ya. La meta es conseguir un sistema unificado para la recepción de las sentencias de terceros países en el espacio europeo y unos mecanismos de cooperación jurídica internacional en materia civil, que resulten comunes para todos los Estados miembros en sus relaciones con los demás. De ahí que a través de diversos instrumentos se recorte cada vez más, con base en la lealtad comunitaria, la capacidad de cada unidad integrante para organizar su sistema de cooperación con los Estados no miembros. *Vid.* ESPINAR VICENTE,

al afectar el reconocimiento de decisiones en materia civil. El procedimiento a seguir a tales efectos será de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 664/2009 del Consejo de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países⁷⁴⁸⁷⁴⁹.

Una de las mayores dudas que se nos ha planteado el desarrollo de esta investigación gira en torno al reconocimiento en Colombia de la decisión de divorcio, separación o de la nulidad adoptada por autoridades españolas entre personas con identidad sexo, y ello por cuanto el ordenamiento colombiano no admite el

M., *Tratado de Derecho Intenacional...*, *op. cit.*, pp. 234 y 235; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 2002.

⁷⁴⁸ DO L 200, de 31 de julio de 2009.

⁷⁴⁹ El art. 4 del Reglamento 664/200 establece tres condiciones: a) que muestre su interés particular en celebrar el acuerdo debido a vínculos económicos, geográficos, culturales, históricos, sociales o políticos que le unen al tercer país de que se trate; b) que el acuerdo previsto no privará de eficacia al Derecho comunitario ni socavarán el buen funcionamiento del sistema por él establecido, y c) que el acuerdo previsto no atente contra el objeto y la finalidad de la política de relaciones exteriores de la Comunidad que esta haya decidido. “Debe evaluarse si existe un interés suficiente para la Comunidad en celebrar un acuerdo bilateral entre esta y el tercer país de que se trate o, cuando proceda, en sustituir un acuerdo bilateral existente entre un Estado miembro y un tercer país por un acuerdo de la Comunidad. Para ello, todos los Estados miembros debe ser informados de cualquier notificación recibida por la Comisión relativa a un acuerdo que un Estado miembro tenga intención de celebrar, con el fin de permitirles manifestar su interés asociándose a la iniciativa del Estado miembro que realice la notificación. Si de dicho intercambio de información resultase un interés suficiente para la Comunidad, la Comisión debe considerar la posibilidad de proponer un mandato de negociación con vistas a la celebración de un acuerdo entre la Comunidad y el tercer país de que se trate”. *Vid.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La competencia comunitaria para celebrar el nuevo...”, *op. cit.*, pp. 503-528.

matrimonio homosexual, entendiendo la identidad sexual como un claro supuesto de inexistencia del matrimonio. El asunto no se ha visto reflejado en la práctica, pero no cabe duda de que el operador jurídico colombiano, tarde o temprano, entrará en contacto con él, mas no sabemos -aunque sí podemos intuirlo-, cómo podría reaccionar el juez colombiano frente al reconocimiento de una decisión española que resuelva la eventual crisis de un matrimonio con identidad de sexo: si lo hará valorando el orden público atenuado y reconociendo los pronunciamientos colaterales que la decisión española sobre crisis matrimonial pueda contener, si procederá a atribuir los derechos que en el orden interno se reconoce a los relaciones maritales de hecho entre personas del mismo sexo, o si sencillamente negará cualquier derecho a los cónyuges o ex cónyuges del mismo sexo. Dada la segunda posibilidad, cabe recordar que, los derechos de las uniones maritales de hecho entre personas del mismo sexo en la norma colombiana quedan reducidos a la liquidación de la sociedad patrimonial, razón ésta por la que sería factible articular una norma que abordara esta problemática. Somos conscientes de la dificultad que ello podría plantear a los negociadores del Convenio, no solo por la trayectoria descrita por la doctrina y la jurisprudencia local durante años en torno al matrimonio homosexual, sino también por la integración de una solución sobre este extremo dentro de un convenio que no afecta únicamente el ámbito material de las crisis y que tantos problemas ha suscitado en el Derecho comparado *intra* y *extra* europeo.

En relación con la eficacia de decisiones canónicas debe tenerse en cuenta que los mecanismos de integración a una determinada soberanía de las decisiones canónicas no tiene porqué

ser siempre el mismo, pues ello dependerá en gran medida de la postura que cada Estado adopte frente al fenómeno religioso. Esta particularidad explica porqué los distintos Acuerdos Concordatarios adoptados por la Santa Sede y las distintas soberanías difieren de un Estado a otro no solo en la forma en que las decisiones canónicas han de incorporarse al Derecho estatal, sino en el alcance que dicho reconocimiento tiene en el orden civil.

El sistema concordatario español y colombiano es un claro ejemplo de este tratamiento, según ha quedado expuesto en el desarrollo de esta investigación, hecho que repercute a la hora de dar eficacia a las decisiones adoptadas por las autoridades canónicas, y lo que tendrá una clara consecuencia en el reconocimiento de estas decisiones en uno y otro país.

El relación con el régimen de reconocimiento que rige la eficacia de las decisiones canónicas en el Derecho español plantea asimismo importantes diferencias respecto al Derecho colombiano, hecho que se manifiesta no solo en las competencias que sobre las distintas causas matrimoniales disfrutan una u otra autoridad y el alcance de la eficacia, sino también en cuanto a las exigencias a que son sometidas estas decisiones, los procedimientos a seguir y el desigual reparto de las competencias en las distintas causas matrimoniales alcanzado entre la Iglesia y los Estados implicados en este estudio.

El Acuerdo concordatario colombiano, a diferencia del Acuerdo concordatario español, reconoce competencias exclusivas a los jueces canónicos en causas de nulidad matrimonio. Por tanto, la primera consecuencia será que, las decisiones de nulidad civil de matrimonio canónico adoptadas por jueces españoles no se verán

reconocidas en el ordenamiento colombiano. Asimismo el art. 147 C.c.c. no reconoce eficacia a las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado, tal reconocimiento impedirá el si la causa de disolución del matrimonio por inconsumación se ha iniciado ante los jueces canónicos radicados en Colombia dicha decisión no podrá declararse eficaz en España, y ello porque la declaración de eficacia civil está condicionada a que las decisiones canónicas cumplan el requisito previo de validez en el Estado donde se han originado, esto es, que haya sido previamente homologada ante la autoridad civil colombiana, hecho que no será posible ya que el Derecho colombiano no reconoce eficacia a las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado, sino únicamente a las decisiones canónicas de nulidad matrimonial.

Por otro lado, mientras la decisión canónica es sometida en España a los mismos controles que las decisiones extranjeras, en aplicación del régimen autónomo de reconocimiento y para el que se sigue el procedimiento previsto en el art. 778. 1 y 2 LEC, en el ordenamiento colombiano este reconocimiento de manera directa y sin condicionamiento alguno.

En relación con los controles a los que son sometidas las decisiones canónicas en España, solo dos de ellos destacan por su inadecuado tratamiento. El primero, es el previsto en el art. 954.2 LEC “rebeldía del demandado” y el segundo es el control no de no contradicción.

En el primer caso, en el ámbito de la eficacia de decisiones canónicas suele utilizarse comúnmente el término “rebeldía por convicción”, término por el que suele definirse la postura del demandado que debidamente citado y emplazado en el proceso

canónico, se niega a comparecer ante aquella jurisdicción por motivos de conciencia. El concepto es por definición infeliz y nace de las interpretaciones que de la oposición del demandado al proceso de homologación de la decisión canónica hiciera la doctrina y la jurisprudencia española en la derogada disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, utilizado también por la doctrina vinculante del TC, y ello con el propósito de evitar que cualquier oposición se convirtiera en circunstancia obstativa del reconocimiento de estas decisiones. Sin embargo, pese a que esta doctrina fue corregida por el TC en posteriores sentencias y de la disposición adicional segunda de la Ley 30/80 fue derogada por el art. 778. 1 y 2 LEC, todavía hoy se advierten signos del inadecuado tratamiento a este control en nuestra jurisprudencia.

Debe quedar claro que “rebeldía por convicción” (motivos de conciencia) no encajan en la rebeldía procesal ni constituye una causa de denegación del reconocimiento en los términos del art. 954.2. LEC 1881, ni bajo la derogada disposición adicional ni con la vigente norma. No se puede liberar al demandado del cumplimiento de las exigencias procesales si ha sido llamado al proceso y no comparece voluntariamente. Es procesalmente injustificado avalar ante la jurisdicción civil un supuesto claro de rebeldía voluntaria con la finalidad de justificar la inactividad procesal del demandado ante otra jurisdicción, pues de esta forma se estaría conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que inició y culminó el proceso en sede canónica seguido de todas las garantías.

La segundo control de interés y que más dificultades ha planteado a la jurisprudencia española es el control de no contradicción. La dificultad se plantea en torno al reconocimiento

del derecho a ser indemnizado a favor del cónyuge de buena fe, si en el foro ya existe una decisión de divorcio o de separación por la que se ha reconocido una pensión de alimentos o una pensión compensatoria a uno de los cónyuges separados o divorciados.

Nuestra jurisprudencia, en relación a esta problemática ha respondido de dos maneras distintas. Un sector de la jurisprudencia defiende el mantenimiento de la pensión compensatoria reconocida en el divorcio o la separación declarados con anterioridad, por estimar que la indemnización resulta contradictoria con la pensión previamente reconocida, mientras otra parte de la jurisprudencia propugna la derogación de la pensión compensatoria adoptada en el previo divorcio o separación, reconociendo el derecho de indemnización al cónyuge de buena fe. En el primer caso los argumentos de la jurisprudencia son tan diversos como sorprendentes y ninguno de ellos logra identificar de esencia de esta problemática, lo que resulta desde luego criticable. En tal sentido es necesario indicar que la indemnización como efecto de la nulidad matrimonial no se califica como obligación alimenticia. Por tanto, no habiendo identidad entre el objeto (*petitum y causa petendi*), de la pensión alimenticia o compensatoria previamente resuelta en el foro y el derecho a ser indemnizado a favor del cónyuge de buena fe, la inconciliabilidad no se configura. La conclusión que cabe extraer es concluyente: ninguno de los fundamentos esgrimidos por nuestra jurisprudencia (arts. 73 y 101 C.c.e. y art. 117.3 CE) constituyen un motivo válido para no atribuir el derecho a la indemnización al cónyuge de buena fe como efecto típico de la nulidad si se cumplen las condiciones del art. 98 C.c., esto es, la existencia de mala fe de alguno de los cónyuges y la convivencia conyugal. En todo caso, el juez, para evitar posibles antinomias,

tendrá que asegurarse de que las medidas solicitadas por las partes junto con la demanda de homologación no hayan sido previamente resueltas por la decisión de divorcio o de separación del foro, ya que en el sistema español es perfectamente posible el reconocimiento de una nulidad canónica si en el foro ya existe una decisión de divorcio o de separación desplegando sus efectos, algunos de los cuales serán comunes a cualquier causa matrimonial y otros indisociables a la concreta causa matrimonial resuelta en el foro. De ahí que en lo que al control de inconciliabilidad compete respecto a los efectos colaterales, sea preciso que el juez, a la hora de decidir sobre alguna de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación de la decisión canónica, delimite con carácter previo cuáles de dichas medidas son comunes a las distintas situaciones de crisis matrimoniales (pronunciamientos separables de la causa matrimonial) y cuáles son efectos típicos e indisociables de cada una de ellas (pronunciamientos inseparables). La importancia de esta distinción radica en que, tras no identificarse ninguna inconciliabilidad entre la causa matrimonial resuelta en el foro y la causa derivada de la decisión canónica, el control de inconciliabilidad se reducirá a aquellos efectos colaterales comunes a cualquier causa matrimonial, no afectando en ningún caso a los efectos típicos de estas causas. Por esta razón, el juez deberá tener presente que, si la medida solicitada junto a la demanda de homologación se refiere a la guarda y custodia del menor o a la obligación de alimentos respecto de los hijos, no será posible un nuevo pronunciamiento sobre dichas medidas si éstas han sido previamente adoptadas por la sentencia de divorcio o separación anterior, incluso en un proceso independiente. Ello, sin embargo, no significa que por la propia naturaleza de estos pronunciamientos,

las partes puedan instar junto a la demanda de homologación la modificación de las medidas previamente adoptadas en el divorcio o la separación anterior, siempre que haya tenido lugar un cambio sustancial en las circunstancias apreciadas al tiempo de su otorgamiento (arts. 91, 93 y 100 C.c.e.), tal y como lo autoriza el procedimiento previsto en el art. 778.2 LEC. En cualquier caso, no hay que olvidar que los pronunciamientos autónomos de la causa matrimonial resuelta en el foro -dentro o fuera de la causa matrimonial y cualquiera que ésta sea-, desplegarán el efecto de cosa juzgada o prejudicial, y, por consiguiente, el rechazo de las medidas solicitadas junto a la demanda de homologación, siempre que afecten al mismo objeto y no se haya producido un cambio en las circunstancias.

La resolución de esta problemática pasa por comprender que la pensión compensatoria adoptada en la previa decisión española de divorcio o separación no genera ninguna incompatibilidad ni con el pronunciamiento principal de la decisión canónica ni con la atribución del derecho a la indemnización a favor del cónyuge de buena fe. Tan solo se suscita la cuestión de fijar sus efectos en el tiempo, esto es, el momento a partir de cual deben considerarse desactivados aquellos pronunciamientos, una vez reconocida la figura que anula desde y para siempre el matrimonio, teniendo en cuenta que al tiempo de solicitar la homologación de la nulidad ya existía en España una decisión de separación o de divorcio produciendo sus típicos efectos.

Sin embargo, debemos reconocer que el art. 101 C.c.e. no ofrece una solución terminante sobre el cese de los efectos de las pensiones alimenticias o compensatorias adoptadas previamente en

el foro, sobrevenida la nulidad matrimonial. De ahí que sería deseable de *lege ferenda* considerar la nulidad matrimonial sobrevenida como causa de cese automático de la pensión alimenticia o compensatoria adoptada en proceso anterior, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento judicial a instancia de parte. Tal circunstancia no significa, sin embargo, que con los recursos presentes podamos proporcionar una solución coherente a estos supuestos. En nuestra opinión, bajo el estatus actual, si con la demanda de homologación se solicitaran medidas, el juez queda obligado a pronunciarse sobre dichos extremos, debiendo ordenar, en consecuencia, la cancelación de la pensión alimenticia o compensatoria adoptada previamente en el foro. Asimismo, de cumplirse los requisitos exigidos en el art. 98 C.c. (la buena fe y la convivencia conyugal), deberá indicar en su fallo que la indemnización a favor del cónyuge de buena fe se haga efectiva a partir de la fecha de la sentencia homologada. Mayor duda puede plantear aquel supuesto donde las partes interesen únicamente la homologación de la decisión, o, en su caso, habiéndolo interesado y siendo reconocida la decisión canónica, el juez, por cualquier motivo, no reconozca el derecho a ser indemnizado a uno de los cónyuges. En este caso, nada debería impedir que el juez alerte a las partes sobre la posibilidad interesar en proceso posterior el cese de la pensión alimenticia o compensatoria fundado en la decisión homologada. Téngase en cuenta que, tras producirse la homologación de la decisión canónica, el deudor siempre tendrá oportunidad de reclamar al acreedor la restitución de las cantidades abonadas indebidamente en concepto de pensión alimenticia o compensatoria. Al ser una consecuencia del matrimonio putativo, el acreedor de alimentos no estará obligado a la devolución de las

cantidades abonadas en concepto de pensión alimenticia o compensatoria a causa de la separación o del divorcio anterior, toda vez que en el momento de adoptarse aquella decisión el matrimonio gozaba de aparente validez. En cambio, sí estará obligado a devolver las cantidades indebidamente devengadas por este concepto tras la declaración de eficacia civil de la decisión canónica. Por este mismo motivo, el deudor tampoco quedará obligado a satisfacer una obligación que no está reñida con el nuevo estatus resultante de la nulidad, pero sí que lo está para indemnizar a su ex cónyuge de haber obrado de mala fe si existió convivencia conyugal.

En otro orden, se ha advertido en la jurisprudencia del TC que si bien ha valorado correctamente que no se puede dar efectividad a una sentencia de divorcio si previamente se ha decretado la nulidad del matrimonio, yerra cuando ordena la anulación parcial de la sentencia de divorcio anulado por su propio mandato, conservando la pensión compensatoria que dicha decisión contenía. En este sentido, debe tenerse presente que no se pueden mantener los efectos colaterales típicos del divorcio (pensión compensatoria), si el principal ha sido invalidado, debido a que este concreto efecto guarda una relación de dependencia con la causa matrimonial, por lo que su reconocimiento solo resulta factible si también se ha reconocido el pronunciamiento principal (principio de no separabilidad). Perpetuar los efectos indisociables al divorcio anulado, tras haber reconocido la inconciliabilidad del divorcio dictado con posterioridad a la nulidad matrimonial, no solo es ilegítimo sino que con ello está impidiendo que los efectos atribuidos *ex lege* a las nulidades matrimoniales no sean reconocidos. En todo caso, visto que el divorcio anulado resultaba incompatible

con la nulidad decretada anteriormente, la solución correcta habría sido amparar la eficacia civil de la resolución de nulidad matrimonial canónica y sus consecuencias jurídicas, ordenando la anulación total - y no parcial- de las decisiones de divorcio dictadas con posterioridad.

Las soluciones ofrecidas sobre este control tanto por el TC como por TS español han impedido extraer de ellas unos estándares que puedan servir de base a nuestra jurisprudencia para futuras soluciones en asuntos similares. En la actualidad una parte considerable de los jueces ordinarios reproducen de manera mecánica estas erróneas fundamentaciones, incluso tras haberse operado importantes cambios en el procedimiento de eficacia de las decisiones canónicas (art. 778.1 y 2 LEC).

BIBLIOGRAFIA

ABARCA JUNCO, A. P., “Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española”, *ADC*, 1981, vol. XXXIV.

ABARCA JUNCO, A. P., “Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)”, en **ABARCA JUNCO, A. P.** (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 4ª edic., Madrid, 2003.

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil*, t. IV, Barcelona, 1982.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr.*, t. X, 2010.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional”, en **NAVAS NAVARRO, S.** (dir.), *Matrimonio homosexual y adopción: perspectiva nacional e internacional*, Reus, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “El matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: Una lectura más crítica”. *Diario La Ley*, núm. 6629, Sección Doctrina, 15 de enero de 2007.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Crisis Matrimoniales Internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1997.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Divorcio”, *REDI*, vol. XXXVI, núm. 2, 1984, pp. 654 y 655.

AMORES CORANDI, M. A., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, *REDI*, 1986, vol. XXVIII, núm. 1, pp. 234-258, pp. 255-256.

ARENA GARCÍA, R., “Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC 2000”, *AEDIPr*, 2001, pp. 155-199, pp.156-178; id: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 34-147.

ARENAS GARCÍA, R., “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, p. 58; id: “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en supuestos internacionales”, *AEDPr.*, 2005, vol. V, pp. 354-359.

ARENAS GARCÍA, R., “Nota a la Sent. de la AP de Oviedo de 17 de diciembre de 1991”, *REDI*, 1991, vol. XLIII, núm. 2, pp. 483-489.

ARENAS GARCÍA, R., “Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento”. *AEDIPr.*, 2000, pp. 246-258.

ARENAS GARCÍA, R., “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización...”, *op. cit.*, pp. 46 y 47

ARENAS GARCÍA, R. “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2006*, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2007, pp. 19-94;

ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, pp. 371-378/366-368/462-465

ARROBA CONDE, M. J., “La primera Instancia en la Instrucción Dignitas Connubii. Novedades, concreciones e innovaciones”, en *Los procesos de nulidad de matrimonio canónico hoy*.

ARROBA CONDE, M. J., *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones*, BENLLOCH POVEDA (dir.), 12 edic., Edicet, Valencia, 2006, pp. 622- 629.

BABER CÁRCAMO, R., “La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio”, en GONZÁLEZ PORRAS J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, vol. I, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 508-511.

BARBÉ, L., “La posición de la jurisdicción canónica matrimonial en el Derecho español”, *Revista Anales de Derecho*, núm. 10, Universidad de Murcia, 1987-1990, pp. 129 y 135.

BARBER CÁRCAMO, R., *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

BONET NAVARRO, A., “Comentario a la Disposición Adicional 2ª”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. (cood.), *Matrimonio y divorcio. Comentario al Título IV del Libro I del Código civil*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1994.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 13 de septiembre de 2002.

BORRAS RODRIGUEZ, A., “Comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero”, *RJC*, 2006, núm. 3, pp. 879-889;

BORRAS RODRIGUEZ, A., “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de

1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Comentario al Dictamen c-1/03, de 7 de febrero de 2006”, *RGDE*, 2006, núm. 10, en <http://www.iustel.com/revistas/>;

BOSSER GUSTAVO, A., *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires 1990, p. 147.

CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2011, pp. 247-256, pp. 254-256.

CALVO CARAVACA, A. L., “Competencia exclusiva, orden público y Constitución (consideraciones sobre la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca [Sala de lo Civil], de 9 de diciembre de 1985)”, *RGD*, núms. 515 y 516, 1987, pp. 4259-4268.

CALVO CARAVACA, A. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, V II, Comares, Granada, 2012..

CAMASARES ARRIBAS, S., *El matrimonio en la jurisprudencia civil*, Pamplona, 2003.

CANO BAZAGA, E., *La litispendencia comunitaria*, Madrid, Eurolex, 1997.

CAÑAMARES ARRIBAS, S., “La rebeldía en el proceso canónico y su proyección sobre el reconocimiento de efectos civiles a las

sentencias eclesiásticas. Consideraciones acerca de la sentencia 644/2002, del Tribunal Supremo de 27 de junio”, *Aranzadi Civil*, núm. 16, 2002.

CARBALLO PIÑEIRO, L., “Competencia Judicial Internacional y modificación de las prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000, *AEDIPR*, t. I, 2001, pp.463- 482, p.470. y 475.

CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1, pp. 62.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011.

CASANOVA y LA ROSA, O., “La modificación de los acuerdos internacionales por la práctica posterior”, *REDI*, 1968.

COCK ARANGO A., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 4ª edic., Prensas de la Universidad Nacional, Bogotá, 1952.

CUBILAS RECIO, L. M., “El ajuste al Derecho español de determinadas causas matrimoniales canónicas”, en DR. JOSÉ MARÍA DÍAZ MORENO, J.M Y CASTÁN VÁZQUEZ(coords), *C Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio en homenaje al profesor. Guzmán Pérez, T. M. Pérez-Agua López, J. M. Sánchez García*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.

DE LA OLIVA LOS SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1987.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS

TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “La expansión del reconocimiento automático y su impacto sobre la actividad registral”, *Derecho Registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor R. Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, págs. 337-366.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Eurolex, Madrid, 1997.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones”, *AEDIPr*, t. VI, 2006.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., “Comentario al art. 76 LRC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 119-124.

DOMÍNGUEZ LOZANO P., “Las concepciones publicistas y privatista del Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1994, vol. XLVI núm. 1, p. 111.

EGUREN, J. A., S.J., *Derecho Concordatario*, Librería Stella, Bogotá, 1974, p. 116.

ESCRIBÁ IVARS, J., *El proceso contencioso declarativo de nulidad de matrimonio canónico*, EUNSA, Pamplona, 2009.

ESCUDERO ALZATE, M. E., *Procedimiento de Familia y del Menor*, 18ª edic., Leyer, Bogotá, 2011.

ESCUDERO ÁLZATE, M^a. C., *Procedimiento de familia y del menor*, 18ª edic., Leyer, Bogotá, 2011.

ESPINAR VICENTE, J. M., “El proyecto de reforma integral de los registros. Algunas consideraciones en torno al Registro Civil”, *AEDIPr.* T. XII, 2012, p. 380.

ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 247-249.

ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2008.

ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

ESPINAR VICENTE, J.M^a., “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 7771, 9 de enero de 2010.

ESPINAR VICENTE, J.M^a., “Inscripción de resoluciones judiciales extranjeras”, *AEDIPr.* t. XII, 2012, p. 413;

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La competencia comunitaria para celebrar el nuevo Convenio de Lugano”, *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 503 a 528.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre estados miembros y terceros países”. *Diario La Ley*, núm. 7252, Edit. La Ley, 30 septiembre, 2009, p. 5.

ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

FERNÁNDEZ FLORES, J.L., *El divorcio en el derecho internacional privado*, Depalma, Buenos Aires, 1967.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional Privado*, 7ª ed., Thomson Reutuers/Civitas, Pamplona, 2012

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras”, *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 498-503;

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 1996.

FERRER ORTÍZ, J., “El sistema matrimonial”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, EUNSA, Pamplona, 1994, p. 945.

FERRER ORTIZ, J., “La eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995”, *RDP*, 1996, pp. 480 y ss.

FERRER ORTIZ, R., “Comentarios al artículo 80”, en LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primer del Código civil* 2ª edic., Civitas, Madrid, 1994.

FORNÉS DE LA ROSA, J., “Comentario a los cánones 1441 al 1442 del Código de Derecho Canónico”.

GARAU SOBRINO F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARAU SOBRINO, F., “El reconocimiento en España de las resoluciones judiciales extranjeras en materia matrimonial”, *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 307.

GARCÍA FAÍLDE, J.J., “Reconocimiento en el orden civil de matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico y sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial”, *REDC*, 1982, pp. 223.

GARCÍA RUBIO, M. P., “El matrimonio entre personas del mismo sexo en España”, *El Derecho*, Madrid, 2006, pp. 71

GARCÍA RUBIO, M. P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA SAURA, P. J., “Recursos contra las decisiones adoptadas por los Encargados de las Oficinas del Registro Civil”, *op. cit.*, pp. 188-189.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. y HEREDIA CERVANTES, I., “Acceso a los registros españoles de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo”. *La Ley: Unión Europea*, núm. 6, julio 2013, p. 7 y nota núm. 58.

GARCIMARTÍN, M.C., “Problemas procesales del reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas”.

ADEE, núm. XIX, 2003, p. 261, y 342 y ss.

GARDEÑE SANTIAGO, M., “Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa”, en Escobar Hernández, C. (coord.), *La Unión Europea ante el Siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, p. 223 a 229.

GEIMER, R., *Internacionales ZivilprozeßBrecht*, 2ª edic., Colonia, 1993, núms. 3067 a 3069.

GOLDSCHMID W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2ª edic., t.III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2ª edic., t.1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

GÓMEZ COLOMER, J. L., “Comentario al art. 80 del Código civil y a la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, en *Los procesos matrimoniales* (coord. MONTERO AROCA), Valencia, 1997.

GONZÁLEZ ARANA, R., “La política exterior de Colombia a finales del siglo XX: primera aproximación”. *Investigación y desarrollo: Revista del Centro de Investigaciones en Desarrollo Humano*, vol. 12, núm. 2, 2004, pp. 258-285

GONZÁLEZ BEIFUSS C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común”. *AEDIPr*, t. IV, 2004, 117-168, especialmente, pp. 164 y 169.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Derecho de familia europeo y espacio

judicial común”, AEDIPr, t. IV, 2004. Pp- 117-186, esp., p. 175,

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Sustracción internacional del niño y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, en ADAM MUÑOZ, M. D Y GARCÍA CANO (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional.*, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ CAMPOS J. D., *Reconocimiento y ejecución*, Oviedo, 1984.

GONZÁLEZ CAMPOS J.D., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, en GONZÁLEZ CAMPOS J.D y REDONDO PURRUA, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Procesal civil internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1981.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Curso de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, p. 233.

GUZMÁN ZAPATER, M., “Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado (A propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 14, en <http://www.reei.org/>;

HEREDIA CERVANTES, I., “Competencia de los tribunales españoles para modificar decisiones extranjeras (comentario a la STC 61/2000, de 13 de marzo”, *Derecho privado y Constitución*, 2000, 185-205, pp. 204.

HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción de resoluciones judiciales extranjeras”, *AEDIPr.*, t. XII, 2012, p. 424.

HEREDIA CERVANTES, I., Informe del Consejo Fiscal del Anteproyecto de Ley, especialmente, p. 56 (nota 45).

ILLANES, A., “El divorcio: sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción”, en VIDAL, A. (coord.) *El nuevo derecho chileno del matrimonio Ley N° 19947 de 2004*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 164 y 165.

INFORME BORRÁS, RODRÍGUEZ, A., “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial”, *D.O.C.E.*, núm. C-221, de 16 e julio de 1998, p. 76.

J. A. LECIÑENA IBARRA, A., “Comentarios a la ley del Registro Civil”, Aranzadi, Thomson Reuters, 2012.

J. L. LACRUZ BERDEJO, “*Comentarios al art. 80*”, *Matrimonio y Divorcio. Comentario al Título IV del Libro Primero del Código civil*, Civitas, Madrid, 1982, p. 433.

JANER TORRENS, J. D., “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *RDCE*, 2003, pp. 305 a 320, p. 318 y 319.

JIMÉNEZ BLANCO, P., “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *AEDIPr.*, 2001, t. I, pp. 374-375.

LACRUZ BERDEJO, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 809-818.

LAFÓN PIANETTA, P., *Derecho de familia. Derecho de familia contemporáneo...*, *op. cit.*, p. 593.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *La reforma del sistema...*, *op. cit.*, p. 81.

LOMBARDÍA, P. Y FORNÉS, J., *Fuentes del derecho eclesiástico español*, en *Derecho eclesiástico del Estado Español*, 5ª edic., EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 68 y 69.

LÓPEZ ALARCÓN M. *El nuevo sistema matrimonial español*, Tecnos, Madrid, 1983.

LÓPEZ ALARCÓN M. y NAVARRO VALLS R., *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R., “Artículos 73 a 80”, en RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código civil*, tomo II, vol.2º, Bosch, Barcelona, 2000.

LÓPEZ ALARCÓN, M., “El ámbito de la jurisdicción eclesiástica en el ordenamiento español (anotaciones al art. 32. II de la Ley Orgánica del Estado)”, en el vol. *Escritos en homenaje del Profesor Prieto Castro*, Tomo II, 1979, p. 320.

LÓPEZ ALARCÓN, M., “El matrimonio canónica con efectos civiles en el Derecho español”, *ADEE*, 1986, p. 189.

LÓPEZ ALARCÓN, M., “El matrimonio canónico en el Derecho español”, *ADEE*, núm. 11, 1995.

LÓPEZ ARANDA, M., “Las resoluciones matrimoniales canónicas y su ajuste al Derecho del Estado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*”, núm. 10, 1986.

LÓPEZ- MUÑIZ GOÑI, M., *La ejecución de sentencias en materia matrimonial. Guía práctica y jurisprudencia*. 7ª edic, Colex, Madrid, 2008.

LÓPEZ ZARZUELO, F., *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado: Eficacia de la resoluciones pontificias: Doctrina, legislación Jurisprudencia y Formularios*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

LUCES GIL, F., *Derecho del Registro Civil*, edic. 5ª, Editorial Bosch, Barcelona, 2002.

LUCES, GIL, F., *Lecciones prácticas sobre el Registro civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1993.

MANTECON SANCHO, J. M., “Dos sentencias del tribunal constitucional sobre eficacia civil de resoluciones canónicas en materia matrimonial”, *IC*, vol. 30, núm. 60, 1990, p. 561-569.

MARCHAL ESCALONA, N., “Comentario al art. 96 LRC”, *op. cit.*, pp. 1318 y 1319.

MARCHAL ESCALONA, N., “El futuro régimen autónomo de reconocimiento...”, *loc. cit.*, .

MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comarex, 2001, pp. 359 y 360.

MARÍN FUENTES, J.L., “Comentarios sobre un posible error en la calificación de la categoría jurídica de divorcio de mutuo acuerdo”, *Revista de la ASADIP*, 2010.

MARÍN LÓPEZ, A., *Derecho internacional privado español*, Granada, 1992.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Art. 97 C.C.”, en R. BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2ª edic.,

Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 227- 229.

MARÍN LÓPEZ, M.J. “Art. 97 C.C.”, en R. BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2ª edic., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 227- 229.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “Art. 101 C.c.”, *op. cit.*, p. 231.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “Art. 98 C.C.”, *op. cit.*, pp. 229-230.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “Art. 98 C.C.”, *op. cit.*, pp. 229-230.

MARÍN MORATO M., “Artículo 40. Anotaciones registrales”, *op. cit.*, p. 632.

MARÍN MORATO, M., “Competencias generales del Registro Civil”, *op. cit.*, p. 235 y 236.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. *Derecho Internacional Público*, Trotta, 1995.

MARTÍN MATEO, R. y Díez SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson Aranzadi, Navarra, edic. 28ª, 2009.

MARTINELL, J. M., “Eficacia Civil de las resoluciones sobre nulidad o disolución del matrimonio en el ordenamiento español”, *ADEE*, 1985, pp. 266 y ss;

MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, M. L., *Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2002.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El orden público como límite al derecho de libertad religiosa”, en *El Desarrollo de la Constitución Española de 1978* (coord. M. RAMÍREZ JIMÉNEZ), Zaragoza, 1982.

MARZOA MIRAS, J, RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, vol. IV/2, EUNSA, Pamplona, 1996.

MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 1548.

MATEOS RODRÍGUEZ P., “Comentarios a la Sent. de la AP de Valencia (Sala de lo Civil), de 16 de mayo de 1989”, *REDI*, 1990, vol. XIII, núm. 1, pp. 234

MEDINA PABÓN, J. E., *Derecho Civil. Derecho de familia*, Universidad del Rosario, 3ª edic., Bogotá, 2011.

MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias”, *REDI*, vol. LIV, 2002, p. 655.

MIZRAHI MAURICIO, LUIS, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, 2ª edic., Astrea, Buenos Aires, 2006.

MONROE CABRA, M. G., *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*, 14ª edic, Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2012.

MONROY CABRA M. G., *Tratado de Derecho Internacional privado*, 6ª edic., Temis, Bogotá, 2011.

MONROY CABRA, M. . G., *Derecho de familia, infancia y adolescencia*,

14ª edic., Librería Ediciones El profesional LTDA, Bogotá, 2012.

MONTERO AROCA J., *Los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MONTERO AROCA, J., *Separación, divorcio y nulidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MONTILLA DE LA CALLE, A., “Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo”, en *Libertad y derecho fundamental* (coord. I. C. Iván), Edersa, Madrid, 1989.

MONTOYA MEDINA, L. E., *Derecho de Familia: El drama constitucional de los derechos*. Ediciones Jurídica Radar, Bogotá, 2009.

MOTILLA DE LA CALLE, A., “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 265/1988, de 22 de diciembre”, *Poder Judicial*, núm. 15, 1990.

NARANJO OCHO F., *Derecho Civil, personas y familia*, Edic. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín, 2006.

NAVARRO VALLS, R., “El matrimonio religioso”, en VV. AA., *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 2001.

NAVARRO VALLS, R., “Divorcio: orden público y matrimonio canónico”, Edit. Montecorvo, Madrid, 1972.

NAVARRO VALLS, R., “El matrimonio religioso ante el Derecho Español”, Madrid, 1984y, más recientemente,.

NAVARRO VALLS, R., “La oposición jurídica del matrimonio canónico en la ley de 7 de julio de 1981”, *RDP*, 1982, pp. 669 y ss.

NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso ante el Derecho Español*, Madrid, 1984, pp. 165-169;

NAVARRO VALLS, R., “El matrimonio religioso”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, (coord J. FERRER ORTIZ), 5ª edic., EUNSA, Pamplona, 2004, pp. 314 y 315

NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso ante el Derecho Español*, Madrid, 1984, p. 165-169, y más recientemente del mismo autor, “El matrimonio religioso”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*, (coord. J. FERRER ORTIZ), 5ª edic., EUNSA, Pamplona, 2004..

NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, p. 161 y id: “El Matrimonio Concordatario ante el Derecho español y el Derecho italiano: problemas comunes”, *ADEE*, Edit. Universidad Complutense de Madrid, vol. IV, 1988, p. 249 y 250.

NISIMBLAT, N., “La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del estoppel en el Derecho anglosajón”. *Revista Universitas*, núm. 118 enero-junio, Universidad Javeriana de Bogotá, 2009, 247-271, p. 256.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOSOS, P., “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución”, en (dir.), NAVAS NAVARRO S., *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 469-471.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZO, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 299 y 300.

OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Conferencias de Derecho Civil*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1952, p. 58.

PANIZO ORALLO, S., “La segunda instancia y los demás recursos o remedios procesales en la Instrucción “*Dignitas Connubis*”...”, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

PANIZO ROMO DE ARCE, A., “Reconocimiento civil de la resoluciones canónicas de nulidad y dispensa super rato en el nuevo sistema matrimonial español”, *RFDUC*, núm. 70, 1983, p. 134 y ss.

PARRA BENÍTEZ, J., *Derecho de Familia*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2008.

PARRA GARCÍA, J.L., “Artículo 40. Anotaciones registrales”, *op. cit.*, p. 424

PARRA GARCÍA, J.L., “Oficina Central del Registro Civil”, *op. cit.*, pp. 235 y 236; id: “Artículo 40. Anotaciones registrales”, *op. cit.*, p. 382.

PARRA QUIJANO, J., *Tratado de la prueba judicial*, t.II, 1ª edic., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984, p. 179.

PERÉ RALUY, J., *Derecho del Registro civil*, t. I, Aguilar, Madrid, 1962, pp. 302 y 303.

PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el Derecho español*, Valencia, 2006, pp. 107 y 128 y ss;

PÉREZ MONJE, M., “Comentario al art. 30”, en “*Comentarios a la*

ley del Registro Civil” (dirs. COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA), A., Aranzadi, Thomson Reuters, 2012, p. 523.

PÉREZ MONJE, M., “Comentario al art. 30”, *op. cit.*, p. 523.

PÉREZ VERA E., “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español”, en CALVO CARAVACA, A. L. y IRIARTE ANGEL, J. L (eds), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 131-138.

PÉREZ VIVES, A., *Teoría general de las obligaciones*, t. II, Bogotá, 1954, p. 83.

PIANIZO ROMO DE ARCE, A., “Reconocimiento Civil de la resoluciones canónicas de nulidad y dispensa super rato en el nuevo sistema matrimonial español”, *RFDUC*, núm. 70, 1973, p. 134 y ss.

POILLOT PERUZZETTO, S., “La incidencia de las modalidades del reconocimiento y ejecución de decisiones en el espacio judicial europeo”, *AEDIPr.*, t. IX, pp. 179-199, pp. 183 y 184.

PRIETO MARTÍNEZ, V., *El concordato en la jurisprudencia colombiana*, Tomo I, Ediciones Universidad de la Sabana, Bogotá, 1998, 26 y 27.

PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, vol. IV, Barcelona, 1991, p. 37; LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, p.113.

QUIROZ MONSALVO, A., *Manual civil de familia: Sociedad Conyugal y Patrimonial de Hecho*, t. VI., Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá, 2007, p. 168.

QUIÑONES ESCÁMEZ. A., *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, Atelier, 2006.

REMIRO BOTRONS, A., *Derecho Internacional Público II*, Tecnos, Madrid, 1987.

REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras*. Tecnos, Madrid, 1979.

ROBERTO SUÁREZ, F., *Derecho de Familia*, Tomo I, Bogotá, Edit. Temis, 1979, p. 81.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España, Constitución y Tribunal constitucional”, *RDP*, 1984, pp. 370-499.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “Reconocimiento de sentencias y resoluciones canónicas (una importante sentencia del Tribunal Constitucional)”, *ADEE*, V (1989), pp. 242-250.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, pp. 536 y ss.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., Sentencias matrimoniales canónicas y unión europea. Ponencia defendida en la Jornada académica organizada por el Departamento de Derecho eclesiástico de la UNED sobre *Derecho matrimonial. Cuestiones a debate*, de 15 de diciembre de 2004, pp. 1 y 2.

RODRÍGUEZ CHACÓN. R.y RUANO ESPINA. L. (coords.), *Los procesos de nulidad de matrimonio canónico hoy*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 105-107, DE DIEGO LORA, C., “Comentario al canon 1944”.

RODRÍGUEZ JOHN. Las relaciones bilaterales Colombia-España. Revista Economía y Desarrollo, vol. 5 núm. 1, marzo de 2006

RUEDA VALDIVIA, R., “Comentarios al art. 95”, en COBACHO GÓMEZ, J. A. y LECIÑENA IBARRA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2012.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional privado de la familia”, *AHLADIPr*, 2005, núm. 17, pp. 87-130

SANCHO REBULLIDA, F., “Comentario al artículo 80 del Código civil”, *op. cit.*, p. 503; SOUTO PAZ, J. A., *Derecho eclesiástico...*, *op. cit.*, p. 471.

SANCHO REBULLIDA, F., “Comentarios a los arts. 60 y 80 del Código Civil”.

SANCHO REBULLIDA, F.A., “Artículo 80”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil* (coord. J.L. LACRUZ), p. 496; LÓPEZ ALARCÓN, M., “La ejecución de sentencias en el Derecho Canónico y sus aspectos civiles”, *REDC*, 1970, pp. 425-476.

SANCIÑEDA ASURMENDI, C., *El reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 168.

SANTIAGO PIANIZO, O., “La segunda instancia y los demás recursos o remedios procesales en la Instrucción “*Dignitas Connubii*”: Novedades, correcciones e innovaciones”.

SCOGNAMIGLIO, R., *El daño moral*, Bogotá, 1962, p. 51.

SEIGÍAS QUINTANA, J. A., “Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes”, en Borrás Rodríguez, A. (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho judicial, vol. IV, 2001, pp. 103 y 104.

SERNA MEROÑO, E., “Comentario al art. 61”, *op. cit.*, pp. 903-905.

SUAREZ FRANCO, R., *Derecho de Familia: Régimen de las personas*. t.I., Temis S.A., Bogotá, 2006, p. 451 15.

TRINIDAD GARCÍA, M. L., “Función del orden público en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, *RDPPr.*, 1984, p. 906.

TRINIDAD GARCÍA, M. L., “Nota al Auto del TTS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1982”, *REDI*, 1983, vol. XXXV, núm. 2, pp. 11-113, p. 513.

URIBE BLANCO, M., Y LASTRA JIMÉNEZ, A., *Derecho eclesiástico del Estado Colombiano. Fundamentos*, Universidad de La Sabana, Facultad de Derecho, Colección Jurídica núm. 1, Edit. Guadalupe, Bogotá, 1990.

VALENCIA ZEA A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, 7ª edic., Temis, Bogotá, 1995, pp. 275 y 276.

VALLADAO HAROLDO, *Direito internacional privado*, 2ª ed.,

biblioteca Universitaria Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1970, p. 159;

VALLADAO, H., *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1970, p.193.

VIEIRA M., “Nuevas Tendencias codificadoras del derecho internacional privado, ponencia presentada al segundo seminario sobre la Enseñanza del Derecho Internacional”, Bogotá, (II-SIDE/Doc.24/79), pp. 19,

VIRGÓS SORIANO M, y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internaciona...*, *op. cit.*, pp. 659 y 660.

VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación Internacional*, 2ªed., Thomson/Civitas, Madrid, 2007, pp. 712-713.

VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de divorcio”, *REDI*, 1983, vol. XXXV, núm. 2, pp. 504-511, pp. 508-511.

VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras”, en (dir.) PÉREZ VERA. E., *Derecho Internacional privado*, Madrid, 1991, UNED, vol. I, 3ª edic., 328-329 y 396 y ss.

VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical”, en BORRÁS, A. (dir.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 77 y ss; id:

Derecho Procesal Civil Internacional..., *op. cit.*, p. 632.

ZABALO ESCUDERO, E., “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, *en Estatuto personal .., op. cit.*, pp. 13-18.