Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXIX (2006) 215-258 / ISSN: 1133-3677

Crisis matrimoniales y responsabilidad parental dentro y fuera de la Unión Europea: El Código de Familia Comunitario

Clara Isabel Cordero Álvarez
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Resumen: El matrimonio, como institución, es fuente de obligaciones tanto de carácter personal como patrimonial entre los cónyuges. No obstante, en el Derecho español actual, al igual que en muchos de los países de nuestro entorno, ha dejado de ser la base jurídica de la familia y un elemento determinante del régimen de la filiación, lo que ha supuesto un replanteamiento de la regulación de esta situación jurídica y las relaciones que de ella suelen devengarse, tanto a nivel interno como en el ámbito internacional.

Abstract: Marriage, as institution, is source of obligations as much of personal character as patrimonial between the spouses. However, in the present Spanish Right, like in many of the countries of our surroundings, it has stopped being the legal base of the family and a determining element of the regime of the connection, which has supposed a reframing of the regulation of this legal situation and the relations that of her usually yield, as much at internal level as in the international scope.

Palabras clave: Matrimonio, cónyuges, pareja de hecho, hijos, padres, responsabilidad parental, familia, obligaciones personales, reconocimiento, registro civil, competencia.

Keywords: Marriage, spouses, affective pair, children, parents, parental responsibility, family, personal obligations, recognition, civil registry, competition.

Sumario:

I. Régimen matrimonial en el derecho internacional privado.

1.1. *Introducción*.
1.2. *Celebración del Matrimonio*.
1.2.1. Consentimiento y capacidad: ley rectora.
1.2.2. Forma de celebración.
1.2.3. Reconocimiento de los matrimonio celebrados en el extranjero.

II. Crisis matrimoniales y responsabilidad parental.

2.1. *Competencia Judicial Internacional*.
2.1.1. Ámbito de Aplicación: situaciones privadas internacionales intracomunitarias.
2.1.2. Foros de Competencia.
2.1.3. Situaciones jurídico privadas internacionales extracomunitarias.

2.2. *Ley aplicable: derecho conflictual*.
2.2.1. A la Nulidad del Matrimonio.
2.2.2. A la Separación Judicial y al Divorcio.
2.2.3. A la disolución por muerte o Declaración del Fallecimiento.

2.3. *Reconocimiento de Resoluciones en la materia: Supuestos intra y extracomunitarios*.
2.4. *La Institución de la «Mediación Familiar Internacional»*.

I. Régimen matrimonial en el derecho internacional privado

1.1. *Introducción*

El matrimonio constituye un acto de estado civil, tal y como se desprende de la normativa estatal reguladora de la materia, a saber: Código Civil (Título IV: «Del Matrimonio») y sus normas modificadoras, las normas relativas a la figura del Registro Civil, Ley del registro Civil con su correspondiente Reglamento de desarrollo, principalmente. Esta institución es fuente de obligaciones tanto de carácter personal como patrimonial entre los cónyuges. No obstante, en el Derecho español actual, al igual que en muchos de los países de nuestro entorno, ha dejado de ser la base jurídica de la familia y un elemento determinante del régimen de la filiación, lo que ha supuesto necesariamente un replanteamiento de la regulación de esta situación jurídica y las relaciones que de ella suelen devengarse, tanto a nivel interno como en el ámbito internacional. De un lado, la reglamentación constitucional de la familia sobre la base del artículo 39.1.º garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, sin distinciones según su origen matrimonial o no, al tiempo que se garantiza la igualdad de los hijos ante la ley, independientemente del origen de la filiación, matrimonial, extramatrimonial, biológicos o adoptivos, por cuanto el matrimonio sólo incide de forma parcial en el régimen de prueba y determinación de la filiación. En este aspecto, por lo tanto, contamos con una Constitución moderna y preparada para afrontar los nuevos retos que en este campo la sociedad va planteando y que en un futuro pudieran presentarse.

Así mismo, el matrimonio constituye un derecho constitucional que exige la plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer (art. 32.1.º Constitución Española, art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), si bien con los nuevos cambios legislativos que permiten contraer matrimonio entre personas del mismo sexo

debemos interpretar estos preceptos de forma extensiva conforme con la coyuntura social que vivimos con la correspondiente adecuación del orden público español; así como ha ocurrido en otros países integrantes de nuestra misma «civilización», como es el caso del Reino Unido con su nueva figura de las *Uniones Civiles* y sus crisis denominadas *disoluciones*. Hablamos concretamente de la modificación de nuestro Código Civil, donde su artículo 44 preceptúa que: *«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»* [1].

Este precepto constitucional relativo a la igualdad entre los contrayentes o cónyuges se erige en un principio de nuestro orden público.

No plantea, por tanto, problemas de incompatibilidad con el orden público español los matrimonios homosexuales, ya sea entre nacionales, matrimonios mixtos entre nacional y extranjero o matrimonios entre extranjeros, celebrados en territorio nacional o fuera de nuestras fronteras pero que lleguen a conocimiento de nuestros tribunales por cualquier circunstancia. Mayores problemas plantea la validez en España de los matrimonios poligámicos o poliándricos dada su incompatibilidad con la que conocemos como civilización occidental, siguiendo la todavía vigente argumentación sobre conflicto de civilizaciones de Savigny refiriéndose a la civilización otomana, centrándose básicamente en lo que se refiere a la poligamia. Si la pluralidad del vínculo matrimonial es incompatible con nuestro orden público, tal y como ha señalado reiteradamente la Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante DGRN), a menudo es deseable un efecto atenuado de dicha reserva, que garantice una adecuada protección jurídica y económica de la familia, o mejor dicho de los intereses que esta institución representa y que han de protegerse y garantizarse, mediante el reconocimiento de alimentos, derechos sucesorios o, incluso, pensiones de viudedad a los sucesivos cónyuges [2]. Por otra parte, como ha manifestado el profesor A.

1. Párrafo 2.º del artículo 44 introducido por el apartado uno del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (*BOE*, 2 julio).

2. Véase al respecto Sentencia del Juzgado de lo Social de La Coruña de 13 de julio de 1998; Sent del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona núm. 591, de 10 de octubre de 2001.

Motilla de la Calle: «la consideración del matrimonio poligámico como nulo, en lugar de inexistente, ha permitido reconducir sus efectos hacia la figura del matrimonio putativo». Lo que se trata es de aplicar la doctrina del efecto atenuado del orden público, originaria del país galo, que impida que se llegue a una situación de indefensión de intereses superiores en aras de un excesivo proteccionismo de los valores y principios que en cada momento configuran el cambiante orden público estatal.

En este sentido, y a los efectos de la práctica nacional, nada impide admitir la validez de matrimonios potencialmente poligámicos, celebrados conforme a una ley que admita la poligamia, siempre y cuando se trate del primer vínculo conyugal de ambos contrayentes, por tanto, la excepción de orden público jugaría en el supuesto en que uno de los contrayentes estuviera ya casado. Este supuesto es el que justifica la denegación de la inscripción en España de un segundo y posteriores matrimonios celebrados válidamente conforme a la ley de origen, como es el caso de por ejemplo el Código de Familia marroquí [3].

1.2. *Celebración del Matrimonio*

1.2.1. Consentimiento y capacidad: ley rectora

Toda vez que la naturaleza jurídica del matrimonio la encontramos en los contratos, eso sí *sui generis*, el consentimiento matrimonial es la exigencia primordial de validez de este negocio jurídico, en tanto que se exige una declaración de voluntad real, incondicionada y no viciada, tal y como se recoge en la regulación internacional marco que configura normativa de mínimos para los estados contratantes en la materia (art. 1 de la Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1962 relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos). De tal forma que el matrimonio puede ser considerado nulo, o incluso inexistente, si no media dicho consentimiento o existiendo está afectado por error, dolo o intimidación.

3. Véase al respecto, Resoluciones de la DG.N de 10 de junio de 1998, de 27 de abril de 1999 y de 20 de marzo de 1999.

Debemos señalar que la legislación española no contiene ninguna norma de conflicto específica que nos indique la ley aplicable al consentimiento matrimonial, si bien se trata de un presupuesto del propio matrimonio como acto de estado civil, y como condición sustancial de validez del matrimonio deberá regirse por la ley nacional del contrayente en el momento de la celebración del matrimonio, en aplicación de la regla genérica contenida en el Código Civil en su artículo 9.1.º En la práctica, sin embargo, la cuestión es distinta, pues la apreciación de la validez del consentimiento resulta difícilmente separable de la ley aplicable a la forma en que se celebra, y aun es más fácil, y de hecho es lo que ocurre en la mayoría de las ocasiones, que la validez del consentimiento resulte apreciada según la *lex fori*.

Especial mención nos merecen los denominados matrimonios de conveniencia o simulados, lo que hace que el consentimiento matrimonial como condición de validez del matrimonio sea particularmente sensible en el ámbito del derecho internacional privado, por la frecuencia con que se producen estos matrimonios con el fin de evitar la aplicación de las normas de extranjería dada su severidad. Dicha práctica justifica que cada Estado adopte distintas medidas internas para evitar este tipo de engaños o fraudes en la aplicación del derecho material que resultaría de aplicación en defecto de simulación. Concretamente en caso de nuestro país destacamos la formulación de la *Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995*, cuya finalidad es acentuar las comprobaciones sobre la veracidad del consentimiento matrimonial en los expedientes previos a la celebración del matrimonio en España, cuando uno de los contrayentes se encuentra domiciliado en el extranjero.

Este control del matrimonio de conveniencia o simulado se extiende igualmente a la expedición de certificados de capacidad matrimonial al contrayente español que pretende contraer matrimonio con un extranjero en el extranjero y a la inscripción en España de matrimonios celebrados en el extranjero entre contrayente español y no nacional. Puesto que la complacencia de los contrayentes es subjetiva, la práctica registral se apoya en indicios puramente objetivos relativos a las relaciones entre ambos contrayentes, la contradicción de sus manifestaciones y otros indicios de distinta naturaleza que aporten información lo suficientemente clarificante.

Si bien el análisis de la doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia permite afirmar que se ha generado una auténtica discriminación entre los mismos españoles según la nacio-

nalidad de la persona con quien pretendan contraer matrimonio vulnerándose así un derecho tan fundamental de nuestro ordenamiento constitucional como el derecho al trato no discriminatorio consagrado en el artículo 14 CE. La práctica exige que al menos uno de los contrayentes sea español, toda vez que el control de la capacidad se realiza sobre la base de la aplicabilidad de la ley española, siguiendo lo establecido en la norma conflictual del artículo 9.1.º del CC, pues la capacidad, en nuestro caso nupcial, se rige por la ley nacional del sujeto en cuestión que va a contraer matrimonio.

En virtud de lo anterior podría presumirse la imposibilidad de juzgar una simulación en el consentimiento si ambos son extranjeros, aunque uno de ellos haya adquirido posteriormente la nacionalidad española. La misma incoherencia se manifiesta cuando se aplica la doctrina del Derecho español acerca del matrimonio simulado o fraudulento a un matrimonio donde uno de los contrayentes sea ciudadano comunitario y el otro extranjero no comunitario. Si bien cabría pensar que al tratarse de un ciudadano comunitario, no se pondrían en funcionamiento las cautelas del Derecho de extranjería, pero nada más lejos de la realidad, pues vuelven a emerger sin justificación legal alguna, dejando a la luz que la referencia a las normas del Derecho Internacional privado o a la normativa básica del Derecho Civil es una pobre excusa en el funcionamiento de la DGRN.

En esta misma línea, debemos aclarar que, si bien la ley personal del contrayente determina las condiciones relativas a la capacidad nupcial, conforme con la regla general sobre capacidad del articulo 9.1 del CC, esta regla en la práctica se ve mediatizada por cuestiones de distinta naturaleza que finalmente acaban inclinando la balanza a favor de la aplicación de la *lex fori*. Intentaremos de una forma breve abordar cada una de las cuestiones que van a moderar la aplicación de esta norma conflictual respecto de la capacidad determinando la aplicación de la *lex fori* en detrimento de la ley personal del contrayente.

En primer lugar debe ponderarse la aplicabilidad del correctivo de *orden público*. Son varios los supuestos en los que cabría la presencia de la excepción del orden público y por tanto, el desplazamiento de la ley personal del contrayente a favor de la *lex fori*. Es el caso de la concurrencia de cualquiera de los impedimentos de contraer matrimonio previstos en los artículos 46 y 47 de nuestro Código Civil, como es el caso el impedimento de ligamen previo pues se trata de un requisito de capacidad que pone en marcha el mecanismo

del orden publico, tanto si el matrimonio se celebra ante autoridad española, como si tiene lugar ante autoridad extranjera. Así mismo, el matrimonio poligámico es contrario al orden público español.

También puede, y suele, resultar contraria a orden público cualquier limitación a la capacidad que condicione el *ius nubendi* (derecho a contraer matrimonio) sobre presupuestos opuestos a los derechos fundamentales o las libertades básicas según nuestro sistema legal. Eso ocurre con frecuencia en sistemas de inspiración islámica respecto por ejemplo a la prohibición de contraer matrimonio por una mujer con un varón que no sea musulmán, este supuesto no será admisible en nuestro país por vulnerar dos principios, pilares básicos de nuestro ordenamiento jurídico, como son el principio de no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y el principio de libertad religiosa (art. 16 CE).

En segundo lugar, el carácter dispensable o dirimente de un impedimento de capacidad vendrá determinado por la ley personal de cada contrayente. En nuestro caso si se trata de un español resultarán dispensables los impedimentos a que hace referencia el artículo 48 del CC. La ley personal se extiende a la legislación y los efectos de la dispensa otorgada con posterioridad a la celebración del matrimonio.

Dentro de la capacidad, también se prevé en nuestra legislación otros supuestos de matrimonio con elemento extranjero que podemos encuadrar también dentro de las situaciones jurídico privadas internacionales que ponen en marcha los mecanismos del Derecho Privado Internacional, como es el caso de los matrimonios entre nacionales españoles celebrados en el extranjero. Concretamente el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC) contempla la posibilidad de expedición de un certificado de capacidad matrimonial si los contrayentes de nacionalidad española manifiestan su intención de contraer matrimonio en un país extranjero, cuya legislación exija la presentación de dicho certificado, si bien previamente habrá de incoarse expediente ante instructor competente que haya finalizado con auto firme favorable. La validez de este certificado queda limitada en el tiempo a seis meses desde su fecha. Esta disposición lo único que hace es recoger a nivel nacional la obligación suscrita por España en el convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980, en vigor en España desde 1988, y que nos

vincula con Alemania, Austria, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía[4].

1.2.2. Forma de celebración

En muchos ordenamientos, como ocurre en España, el matrimonio es un acto solemne que exige, como condición de validez, el cumplimiento de requisitos *ad solemnitatem,* que se concretan en una determinada forma en la manifestación del consentimiento: que debe prestarse ante una determinada autoridad y en presencia de testigos. Todo ello de plena conformidad con el Convenio de Nueva York de 10 de diciembre de 1962, suscrito por España en 1969, Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios [5].

A pesar de esto, tampoco parece que el artículo 1 del Convenio de Nueva York sea un obstáculo insalvable. Toda vez, que pueden ser considerados válidos en España matrimonios informales celebrados en un país cuya legislación nacional admita su validez, especialmente si los contrayentes tienen allí su residencia habitual (véase a respecto la resolución de la DGRN de 2 de enero de 1998).

El único problema que se plantea al respecto de estos matrimonios es de carácter íntegramente probatorio, puesto que dada la

---

4. Artículo 252 redactado por RD 1917/1986, 29 agosto (*BOE*, 19 septiembre), de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil. Véase Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), de 5 de septiembre de 1980, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich (*BOE*, 16 mayo 1988). Véase: Código Civil: artículos 49 y 50. Instrucción 10 febrero 1993 (*BOE,* 24 febrero), sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa. Ley Registro Civil: artículo 73. Véase Convenio núm. 7 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), de 10 de septiembre de 1964, tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París (*BOE*, 19 enero 1977).

5. Artículo 1 de la Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1962: «1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.»

ausencia de autoridad o testigos que certifiquen el intercambio de voluntades es imposible acreditar la emisión válida de dicho consentimiento. Sin embargo, y en aras de evitar un posible matrimonio no válido, nada impide que el intercambio de consentimientos se documente incluso en instrumento público, ya que en tal caso el notario o autoridad interviene como mero fedatario, continuando de tal forma el matrimonio con su condición de informal.

Para el estudio del régimen de la validez formal de un matrimonio con elemento extranjero que ponga en marcha los mecanismos del derecho internacional privado español, vamos a partir de cuatro supuestos distintos:

Primer supuesto

Un matrimonio celebrado en España y al menos uno de los contrayentes es español. Para resultar válido formalmente deberá celebrarse en la forma prevista por la ley española, como ley del lugar de celebración (art. 49 CC). Siguiendo nuestra legislación, dicha forma puede ser tanto la forma civil, como las religiosas legalmente previstas. La autoridad competente por su parte para celebrar matrimonio puede ser tanto el juez encargado del registro civil, como el alcalde del municipio donde se celebre o sus delegados (arts. 51.1 y 2 CC) [6]; y en los supuestos excepcionales del artículo 52, las autoridades citadas, aunque no residan los contrayentes en su demarcación: el oficial o jefe inmediato del militar en campaña, el comandante de la aeronave o el capitán del buque.

El matrimonio religioso incluye las formas previstas en los acuerdos entre el estado español y las confesiones religiosas inscritas en el Ministerio, por lo que en la práctica caben ritos tales como el canónico, el evangélico, el hebraico o islámico (respectivamente, acuerdo entre España y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de

6. Véase Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), de 5 de septiembre de 1980, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich (*BOE,* 16 mayo 1988).

Artículo 49 redactado por Ley 35/1994, 23 diciembre (*BOE*, 24 diciembre), de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes. Véanse: Artículos 11 y 51 a 60 de este Código. Artículo 32.1. CE. Instrucción 9 enero 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (*BOE,* 25 enero). Instrucción 26 enero 1995, sobre autorización del matrimonio civil por los Alcaldes (*BOE,* 10 febrero).

1979, y las leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban los acuerdos entre el Estado español con la federación de entidades religiosas evangélicas de España, con la federación de comunidades israelitas y con la comisión islámica de España).

El artículo 49 del Código Civil sólo admite la celebración en España con arreglo a la ley española, si al menos uno de los contrayentes es español, por lo que no cabe, consecuentemente optar por las formas previstas en la ley nacional del contrayente extranjero; asimismo queda excluido el matrimonio ante el cónsul de un estado extranjero acreditado en España, se corresponda o no con la nacionalidad del contrayente extranjero (DGRN de 21 de septiembre de 1998). La celebración del matrimonio en España viene condicionada por un presupuesto de competencia territorial, erigido en criterio de atribución de la competencia internacional de autoridades españolas: la necesidad de que conforme al artículo 57 del CC., al menos uno de los contrayentes deba tener su domicilio en España [7].

Tal límite, aunque el tenor literal del precepto viene referido únicamente a la forma civil del matrimonio, entendemos que debería extenderse también a la forma religiosa. Esta norma, al igual que opera el binomio *forum-ius*, va a determinar la imposibilidad de celebrar un matrimonio según la ley española fuera de nuestras fronteras salvo determinados supuestos. Si ambos cónyuges tienen su domicilio fuera de España, incluso si tienen la nacionalidad española, en *estricto sensu* de la norma parece que sólo podrán optar por la ley española, fuera de nuestro país, a través del matrimonio celebrado ante consulado español en el país extranjero de que se trate o, en su caso, en la forma religiosa admitida por la ley española. Cabe salvar dicha restricción, en ciertos casos, mediante la figura de la delegación; delegación que realice el cónsul en favor de una autoridad municipal española, incluso para el supuesto en el que la ley del estado receptor no reconozca la competencia del cónsul español para autorizar el matrimonio. En este último supuesto la justificación es razonable, pues la limitación derivada del artículo 57 resulta excesi-

7. Artículo 57 CC: «El matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad. La prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del instructor del expediente, bien a petición de los contrayentes o bien de oficio, ante Juez, Alcalde o funcionario de otra población distinta.»

va si el estado de domicilio de los contrayentes no admite el matrimonio consular, y dos españoles pueden verse imposibilitados para contraer matrimonio conforme a la ley española. Por esta razón, resulta más aconsejable una interpretación flexible del artículo 57, como mera norma de competencia territorial de autoridades, susceptible de inflexiones cuando al menos uno de los cónyuges es español, y permitiendo la celebración del matrimonio en España aunque ninguno de los contrayentes tenga domicilio en España, al menos en aquellos casos en que no sea posible otra fórmula de contraer matrimonio conforme a la ley española.

Segunda hipótesis

Hace referencia al matrimonio en España entre extranjeros. Para determinar la validez formal de dicho matrimonio, de conformidad con el artículo 50 CC, habrá que estar a lo establecido por la ley española por ser la ley del lugar de celebración, en las condiciones analizadas en el supuesto anterior, o bien con arreglo a la ley nacional de cualquiera de los contrayentes. En este caso, respecto de la competencia para celebrar dicho enlace, se admitirá el matrimonio ante el cónsul del estado acreditante extranjero de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges, si se trata de una forma prevista en dicha ley, incluso el matrimonio religioso admitido por la ley de cualquiera de los cónyuges, aún distinto de las formas religiosas admitidas en el derecho español. Curiosamente la norma es mucho más permisiva que la prevista en el artículo 49 para los españoles, que no pueden optar por las formas previstas en la ley del contrayente extranjero, ni tampoco por otros matrimonios religiosos diferentes de los previstos por la ley española.

Tercer supuesto

Hace referencia al matrimonio celebrado en países extranjeros cuando uno o ambos cónyuges ostentan la nacionalidad española. El artículo 49 establece que la celebración del matrimonio debe atenerse bien a la ley española, bien a la ley del lugar de celebración. Si sólo uno de los cónyuges es español, no cabe optar por las formas previstas por la ley nacional del otro cónyuge, al menos que coincida por la ley del lugar de celebración. Ya se trate de un solo contrayente español o ambos sean españoles, existen únicamente dos posibilidades:

1. Celebrar el matrimonio de conformidad con la forma prevista en las leyes del país de celebración, ya sea de una forma civil o religiosa.

2. Permite recurrir a las formas previstas en la ley española. Para este caso se permite el matrimonio en forma civil ante el funcionario diplomático o consular encargado del registro civil extranjero, e incluso ante las autoridades señaladas en el artículo 52 para el matrimonio que se halla en peligro de muerte[8].

En el caso del matrimonio consular, la competencia del cónsul y, en consecuencia la propia validez formal del matrimonio, está limitada por las normas de derecho internacional público (principalmente el Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, adoptado en el seno de las Naciones Unidas), de forma que es necesario que el estado receptor de la autoridad consular no prohíba el ejercicio de esta función consular en su territorio, o que aun admitiéndola, no la limite a aquellos casos en que ninguno de los contrayentes sea de nacionalidad del estado receptor, como hacen la mayoría de estados, incluida España.

Toda vez que la ley española habilita el matrimonio en las formas religiosas previstas en nuestro país (art. 49 CC), debemos entender que se encuentra este último supuesto incluso en el ámbito de aplicación de las leyes 24, 25 y 26/1992 (de la inscripción de los matrimonios) según los ritos evangélicos, hebraicos o islámicos celebrados fuera de España, pues en caso contrario se produciría una discriminación inaceptable por razón de la profesión religiosa, pues dicha limitación no afecta al matrimonio canónico. Así, la norma no puede impedir, sin perjuicio de los problemas de inscripción, el reconocimiento de la validez formal de dichos matrimonios.

Cuarta hipótesis

Finalmente, el derecho español no contiene regla alguna acerca de la validez formal de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero. Aunque estos matrimonios sólo acceden en supues-

8. Artículo 52 CC: «Podrá autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte: 1.º El Juez encargado del Registro Civil, el delegado o el Alcalde, aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva. 2.º En defecto del Juez, y respecto de los militares en campaña, el Oficial o Jefe superior inmediato. 3.º Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el Capitán o Comandante de la misma. Este matrimonio no requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada.»

tos excepcionales al Registro Civil español no justifica tal laguna, puesto que en la práctica es muy usual el enjuiciamiento de la validez de tales matrimonios ante los tribunales españoles, con ocasión de variadas acciones legales, por ejemplo de alimentos, sucesiones, divorcio, liquidación del régimen económico, etc. Para suplir dicha laguna habría que acudir a la bilateralización del supuesto previsto en el artículo 50 del CC, procediendo a considerar la validez formal del matrimonio si se atiene a las formas previstas en la ley del país de celebración o en la ley personal de cualquiera de los contrayentes.

Conviene señalar que los funcionarios diplomáticos y consulares españoles acreditados en el extranjero no están habilitados para celebrar matrimonios cuando ninguno de los contrayentes tenga la nacionalidad española.

1.2.3. Reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero

La validez extraterritorial del matrimonio celebrado en el extranjero depende del cumplimiento de una serie de condiciones que determinan su reconocimiento en el país requerido. Vamos a ir analizando cada una de las cuestiones que se suscitan al respecto. En lo que se refiere a la validez formal del mismo, supone en primer término la necesidad de probar que la celebración del matrimonio fue conforme a la forma prevista en la ley aplicable al mismo.

Dada la vinculación que existe entre la forma y la prueba del matrimonio hace que ambas cuestiones se determinen conforme a la misma ley, es decir, la ley aplicable al matrimonio (ley del lugar de celebración o ley personal de cualquiera de los contrayentes, artículos 49-50 CC). Tenemos por tanto, dos posibles leyes que rijan nuestro matrimonio celebrado fuera de las fronteras españolas, *lex fori* o *lex causae*.

Si el matrimonio se ha celebrado de acuerdo con la ley española *(lex fori),* se entenderá probada la celebración del matrimonio según lo previsto en la ley española, a partir de la certificación del matrimonio y de las actas del Registro Civil. Tales medios de prueba suponen, además, una presunción de validez del matrimonio, dado que la intervención de las autoridades competentes (siempre según la ley española), presume un control de las condiciones de capacidad de las partes y de su consentimiento. No obstante se trata de una pre-

sunción *iuris tantum,* por lo que cabe su impugnación vía judicial, es decir, prueba en contrario.

Si el matrimonio se ha celebrado conforme a una ley extranjera *(lex causae),* la prueba de la celebración del matrimonio se determina a través de los medios de prueba admitidos por dicha ley. Sin embargo, la aplicabilidad de esta ley en la determinación de las dos cuestiones de las que hablamos, forma (validez formal) y prueba (de la existencia de la celebración del matrimonio), es limitada. Puesto que la ley extranjera se circunscribe sólo a probar la existencia del acto y, respecto de la validez formal, todo lo más, servirá exclusivamente como presunción de dicha validez. Una presunción de validez no sustancial, en la medida en que tales medios no alcanzan a requisitos como la capacidad o consentimiento, ya que estos aspectos se deben juzgar a la luz de la ley personal (nacional) de cada contrayente, tal y como prescribe el artículo 9.1 de nuestro Código Civil.

Si el matrimonio ha sido celebrado ante autoridad española, ya sea en España o en el extranjero, y por tanto la ley rectora de este acto jurídico es nuestra *lex fori* española, su problemática no difiere a las que pudieran darse respecto de las situaciones internas, dado que su acceso al registro civil no plantea especialidades singulares respecto de aquellas. Para el caso de que el matrimonio se celebrase ante autoridad extranjera, sólo puede acceder al registro civil español si alguno de los contrayentes es español (ya se rija por la *lex fori* o por *lex causae)* o, no siéndolo ninguno, se ha celebrado en España, esta regla general cuenta con supuestos excepcionales derivados del artículo 15 en su párrafo segundo de la Ley del Registro Civil (en adelante LRC): se inscribirán en todo caso los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español (como son en los que deba inscribirse marginalmente una sentencia de divorcio española que afecta a un matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero) [9]. Por tanto, esta posibilidad se suscita especialmente en los supuestos en que se opta para regir el matrimonio por la ley *causae* del país extranjero de celebración (artículo 49 CC o bien en los supuestos en que se sigue la ley personal extranjera de cualquiera de los contrayentes –artículo 50 CC–.

9. Véase el artículo 23 de esta Ley; el artículo 9 del Código Civil; y artículos 66 y 68 del reglamento de desarrollo, RRC.

Para la inscripción en el Registro Civil español de estos matrimonios se requiere certificación expedida por la autoridad extranjera (art. 256.3.º y 4.º del RRC) [10]. Ahora bien, la calificación registral no se limita a la comprobación de los hechos referidos a la validez formal, sino también a cualquier otra circunstancia de validez objetiva. El juez encargado del registro civil debe comprobar que concurren las condiciones de capacidad nupcial en cada uno de los contrayentes conforme a su respectiva ley nacional (si ostentan la mayoría de edad, no incurran en alguna causa de incapacidad). No obstante, la calificación no puede extenderse a circunstancias no objetivas que afecten a su voluntad, como eventuales vicios de consentimiento (error, intimidación, dolo...), cuyo enjuiciamiento exclusivamente corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes que en cuyo caso aplicarán la ley nacional del contrayente. La inscripción registral producirá en España los efectos probatorios que le son consustanciales. Dichos efectos, eminentemente probatorios y de presunción de validez, no son constitutivos por lo que no impide la validez de matrimonio inscribible y no inscrito, aunque limite sus efectos.

En el ámbito de la Unión Europea destacamos la resolución del Consejo de fecha 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos. Esta resolución enumera una serie de presunciones para considerar fraudulento un matrimonio: no mantenimiento de la vida en común; ausencia de contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; el hecho de que se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el hecho de que medie un pago por contraer matrimonio o los antecedentes de alguno de los cónyuges en este tipo de conductas.

La detección de cualquiera de estos factores por parte de las autoridades de cualquiera de los Estados parte hace nacer la obligación de no expedir el permiso de residencia hasta que la autoridad compe-

10. Así mismo, el artículo 23 LRC: «Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.»

tente compruebe que no se trata, en efecto, de un matrimonio simulado. En caso contrario el permiso o autorización de residencia por matrimonio se revocará, se retirará o no se renovará. La disposición comunitaria no prevé ni puede prever, evidentemente, la nulidad del matrimonio, agotando su eficacia en el terreno del derecho de extranjería. De esto expresamente ya se ha encargado la DGRN evitando la contaminación del derecho civil por el derecho de extranjería.

La inscripción del matrimonio en el registro civil español, ya se haya celebrado conforme a la *lex fori* o conforme a la *lex causae*, implica una presunción *iuris tantum* de validez del matrimonio que puede ser impugnada en virtud de sentencia judicial. Si dicha resolución judicial se trata de una sentencia extranjera, para que pueda desplegar sus efectos en España, incluida su inscripción en el registro civil, es decir, para que sea homologada en nuestro país y tenga validez extraterritorial (más allá de la jurisdicción del tribunal estatal que dictó la resolución), como regla general requieren del denominado procedimiento del *Execuatur* (arts. 83 y 265 RRC), que en términos amplios conlleva un previo reconocimiento de la misma y si lleva aparejada ejecución, solicitud de declaración de ejecutoriedad. Si bien, como es el caso que nos ocupa, existen casos en los que no es necesario procedimiento de exequátur alguno, en virtud principalmente de la aplicación de instrumentos internacionales, ya sean bilaterales o multilaterales. En nuestro país, en este ámbito que nos ocupa, forman parte del ordenamiento jurídico español diversas normas internacionales aplicables, que determinan el reconocimiento automático de dichas resoluciones judiciales en la materia.

Destacamos en el ámbito comunitario el *Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, o la acción de distintos convenios internacionales, enunciamos a modo de ejemplo: convenios bilaterales de España con Alemania, Austria y Rusia; todos estos instrumentos tienen como rasgo común la posibilidad con carácter general de un reconocimiento automático, si bien circunscrito únicamente a sectores específicos de esta materia. La aplicabilidad de este reglamento comunitario será objeto de desarrollo pormenorizado en apartados posteriores.

Si el matrimonio celebrado en el extranjero no está inscrito o, simplemente, no es susceptible de inscripción, se presumirá válido si

se acredita mediante certificación del Registro Civil extranjero [11] u otro medio de prueba admitido por la ley que rige su forma (ley de fondo del matrimonio), con independencia de que su validez pueda ser impugnada judicialmente ante los tribunales españoles, en cuyo caso la sentencia del juez español deberá declarar su validez, ya sea como cuestión principal o incidentalmente, si cumple las condiciones de consentimiento, capacidad y forma exigidas por las leyes respectivamente aplicables.

II. Crisis matrimoniales

2.1. *Competencia judicial internacional*

La competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ha sido objeto de armonización en la UE, pues la comunidad ha reunido en un solo instrumento jurídico las disposiciones relativas a las crisis matrimoniales y a la responsabilidad parental con el fin de facilitar el trabajo de los jueces y expertos del derecho y regular el ejercicio de los derechos de visita transfronterizos.

Se trata del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, denominado Bruselas II bis, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (Bruselas II) [12].

Varias son las novedades que este instrumento presenta respecto de su predecesor, que resumimos en grandes rasgos. En el sector del reconocimiento, hablamos de un reconocimiento automático de las decisiones relativas al derecho de visita de los niños (art. 41 R. 2201/2003); se establece como regla básica el derecho del niño de ser oído sobre toda cuestión relativa a la responsabilidad parental

11. Ley del Registro Civil, o.c., art. 256.3.º y 4.º del RRC.

12. Reglamento que ha derogado y sustituido en aplicación al Reglamento 1347/2001, del Consejo de 29 de mayo de 2001, conocido en el ámbito comunitario como Bruselas II, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, superando las deficiencias y lagunas que este acto presentaba.

que le concierna, considerando al mismo tiempo su edad y madurez; por fin se da una definición propia de la que se entiende por responsabilidad parental (art. 2. 7 R. 2201/2003), omisión de la que adolecía el Reglamento al que sustituye. Así se entiende por responsabilidad parental el conjunto de derechos y obligaciones relativos a la persona o a los bienes de un niño (no obstante no son objeto de regulación todas estas relaciones sino únicamente las señaladas en el artículo 1.2, quedando las demás excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento); además garantiza la igualdad de todos los niños, concebidos dentro o fuera del matrimonio.

El Reglamento se aplica en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del niño, independientemente de cualquier vínculo con un procedimiento matrimonial, lo que le diferencia fundamentalmente con el R 1347/2000, que hacía depender la cuestión de responsabilidad parental al ejercicio de una acción civil sobre crisis matrimoniales.

2.1.1. Ámbito de aplicación: Situaciones privadas internacionales intracomunitarias

El Reglamento 2201/2003, del Consejo (Bruselas II bis), aunque entró en vigor el 1 de agosto de 2004, se aplica a partir del 1 de marzo de 2005, para todos los Estados parte de la UE menos Dinamarca. Por lo que desde el 1 de marzo de 2005 desplaza al Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000 (Bruselas II) y constituye el régimen preferente para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las causas matrimoniales de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio que se hayan iniciado tras esa fecha.

En materia de competencia judicial internacional, prevalece sobre cualquier convenio bilateral o multilateral entre los estados miembros de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca, estado respecto del cual no se aplica el reglamento, dado que desde el punto de vista de la eficacia espacial, rige para todo el territorio de los países de la Unión Europea salvo para el territorio de Dinamarca (en virtud del TCE).

Respecto de las materas incluidas dentro del Reglamento, es decir, el ámbito de aplicación material del R. 2201/2003**,** Bruselas II bis, se aplicará, según el artículo 1:

a) a los procedimientos civiles relativos al el divorcio, separación legal y nulidad de matrimonio de los cónyuges;
b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental .

La definición de responsabilidad parental, como ya dijimos, está contenida en el artículo 2 apartado 7.º del Reglamento, pero es el punto 2.º de este artículo 1 el que determina el contenido exacto de este concepto.

Se excluye del ámbito de aplicación los procedimientos civiles relativos a las obligaciones alimentarias que se corresponden con el ámbito de aplicación del R 44/2001[13]. Quedan asimismo excluidos del ámbito de aplicación de Reglamento 2201/2003:

– La determinación y la impugnación de la filiación; cuestión que también está excluida del ámbito material de aplicación del Reglamento 44/2001 (art. 1) por estar dentro de lo que se entiende por estado civil de las personas en los términos descritos en el artículo 1 de nuestra Ley del Registro Civil [14], por lo que para determinar la competencia internacional de nuestros tribunales para conocer habrá que acudir a nuestra norma de origen autónomo sobre competencia judicial internacional, la LOPJ, concretamente en su artículo 22.3 (foro especial por razón de la materia o foro de ataque).

– Las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, así como la anulación y revocación de la adopción; incluida también dentro del estado civil por lo que acudiremos con la misma argumentación a nuestra LOPJ.

---

13. Véase artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, instrumento comunitario que en el ámbito de la Unión venido a sustituir al Convenio de Bruselas de 1968, tanto desde una perspectiva material como espacial, con la sola excepción de Dinamarca para el que sigue vigente este Convenio.

14. Artículo 1 LRC: «En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley. Constituyen, por tanto, su objeto: 1.º El nacimiento. 2.º La filiación. 3.º El nombre y apellidos. 4.º La emancipación y habilitación de edad. 5.º Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos. 6.º Las declaraciones de ausencia o fallecimiento. 7.º La nacionalidad y vecindad. 8.º La patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley. 9.º El matrimonio. 10.º La defunción.

– El nombre y apellidos del menor; la misma argumentación nos remite a la LOPJ.
– La emancipación; aplicamos LOPJ.
– Las obligaciones de alimentos; en este caso sí estamos ante materia incluida en el Reglamento 44/2001.
– Los fideicomisos y las sucesiones; excluido del Reglamento 44/2001 por lo que se acude a LOPJ.
– Las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores. Cuestiones no de derecho privado sino público con su propia normativa estatal al respecto (LECrim.).

El Reglamento 2201/2003 equipara a los procedimientos judiciales los demás procedimientos que reconozcan oficialmente cualquiera de los Estados miembros. Y se consideran englobados dentro del término órgano jurisdiccional todas las autoridades competentes en la materia en los Estados miembros, (por tanto también los procedimientos administrativos cuando en el estado de origen sean estos órganos, los administrativos, los competentes para conocer de esta materia).

2.1.2. Foros de competencia

Para determinar la competencia judicial internacional por el Reglamento, el demandado debe tener su residencia, nacionalidad o domicilio en un Estado de la UE. Si no es así, el Reglamento no se aplicará (arts. 6 y 7), y habrá de buscarse por el tribunal del foro, bien otro instrumento internacional aplicable en que basar su competencia, ya sea bilateral o multilateral, o bien en defecto de lo anterior, acudir a la norma de origen autónomo que regule sus criterios de atribución de competencia judicial internacional (en nuestro caso la LOPJ).

En el estudio de los foros o criterios atributivos de competencia de este instrumento vamos a dividir el análisis en los dos sectores del Derecho de Familia en que se estructura esta norma comunitaria: matrimonio y responsabilidad parental.

En lo referente a la *Materia matrimonial*: Es necesario para que el juez español sea competente, que lo sea en función de los foros

arbitrados para conocer de la nulidad, separación o divorcio reglamentados en los artículos del 3 al 5. Al igual que en el R 1347/2000 se mantienen para la atribución de la competencia en función de la residencia de uno o de ambos cónyuges, o también en función de su nacionalidad.

Si dándose alguno de estos elementos, el juez español no fuese competente para conocer en materia matrimonial, por los foros establecidos en los artículos del 3 al 5, y lo fuera otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro de la UE al que le resulte de aplicación esta norma, se tiene que declarar de oficio incompetente en aplicación del artículo 6 que determina que hablamos de foros exclusivos; así el tribunal únicamente puede declararse competente sobre la base de dichos foros, sin que quepa, en ningún caso, el recurso alternativo a cualquier otro foro de competencia recogidos en textos convencionales o en los regímenes internos. En consecuencia, la exclusividad no hace referencia a la naturaleza de los foros, sino a su aplicación. Concretamente dicha exclusividad se produce siempre que la causa matrimonial no se deduzca conjuntamente (de mutuo acuerdo o por incoada por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro), es decir, solo en los supuestos de crisis matrimoniales contenciosas cuando uno de los cónyuges es requerido por el otro que presenta una demanda de nulidad, separación o divorcio. En tal caso, si el cónyuge requerido o demandado tiene su residencia habitual o la nacionalidad del estado miembro (sí es el caso del Reino Unido o Irlanda el concepto de nacionalidad debe reconducirse al domicilio), la competencia sólo puede fundarse en una de las reglas de competencia de los artículos 3 a 5 del Reglamento.

No obstante, y estableciéndose como una novedad importante que pretende evitar en la medida de lo posible supuestos de denegación de justicia, si del juego de este reglamento no resultase competente ningún Estado contratante, el tribunal del foro, el juez español, decidirá si es o no competente para conocer conforme a sus normas de Derecho Internacional Privado Autónomo sobre competencia judicial internacional según su artículo 7, por tanto, conforme a la LOPJ.

El reglamento contempla siete foros de competencia alternativos. La competencia puede recaer, en primer lugar, en los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual de los cónyuges. Si no existe residencia habitual común al tiempo de presentar la demanda, pueden conocer los órganos jurisdiccio-

nales correspondientes a la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía conserve dicha residencia. Otro foro de atribución de competencia en base a la residencia, pueden conocer los tribunales del estado miembro de la residencia habitual del demandado. Si se trata de una demanda conjunta, cabe atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. A fin de facilitar la presentación de la demanda al cónyuge que, tras la ruptura, regresa a su país, de origen o de su nacionalidad, limitando al mismo tiempo la introducción de un *forum actoris* desmesurado, el reglamento contempla igualmente la posibilidad de atribuir competencias a los órganos jurisdiccionales del estado miembro donde reside el demandante en dos casos: *a)* si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda sin más requisitos; o *b)* ha residido en ese país comunitario únicamente seis meses antes de la presentación de la demanda y además ostenta la nacionalidad de ese Estado, o sí se trata del Reino Unido o Irlanda tiene allí su domicilio.

Además de los seis foros señalados que juegan con el criterio de la residencia (en una interpretación flexible entendida como domicilio), el artículo 3.1*b)* del Reglamento contempla la concurrencia del foro de la nacionalidad común de ambos cónyuges.

Los artículos 4 y 5 de este reglamento 2201/2003, se ocupan de la competencia para los supuestos, respectivamente, de las demandas reconvencionales (correspondiendo la competencia al tribunal que conoció de la demanda originaria), y de los supuestos de conversión de las causas de separación judicial en divorcio (lógicamente conocerá el mismo tribunal que conoció de la separación).

En materia de *Responsabilidad parental*: Con carácter general se exige para poder conocer a través del Reglamento de las cuestiones que afectan a la responsabilidad parental, que los menores respecto de los que se prodiga dicha responsabilidad tenga su residencia en un Estado miembro (art. 8). Si bien, existen excepciones a esta norma general, que se materializan en dos preceptos del reglamento:

a) En caso de cambio de residencia legal (traslado) del menor, según el artículo 9 los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la antigua residencia habitual del menor que ya han dictado una resolución en materia de responsabilidad parental, en particular por lo que se refiere al derecho de visita, siguen siendo competentes con ciertos requisitos muy concretos: la *prorrogatio fori* sólo se extiende

durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, con el único objeto de modificar la resolución judicial sobre el derecho de visita y si el titular de ese derecho de visita de acuerdo con esa resolución sigue residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia. Esto no será aplicable si ha habido sumisión tácita por parte del titular del derecho de visita a favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante éstos sin impugnar su competencia, es decir al realizar cualquier acto procesal distinto de solicitar declinatoria

b) El artículo 12 prevé que la jurisdicción que conoce de la separación, divorcio o nulidad puede ser también competente para pronunciarse sobre las cuestiones de responsabilidad parental si: al menos uno de los cónyuges ejerce la responsabilidad parental sobre el menor; y la competencia de dichos órganos jurisdiccionales ha sido expresamente aceptada o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental a la hora de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional **y** responda al interés superior del menor.

c) Los padres pueden además pueden ponerse de acuerdo para acudir a los órganos jurisdiccionales de otro estado miembro con el cuál el menor tiene un estrecho vínculo debido, por ejemplo, a la nacionalidad del niño (art. 12.3); pero para ello deben darse una serie de condiciones: que la competencia haya sido expresamente o de cualquier otra forma inequívoca aceptada por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

Para el caso en que no fuese posible determinar la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia de un tribunal por el art. 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del estado miembro en el que esté presente el menor, también se aplicará a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionales por la situación de su país (art. 13).

Al igual que hacía para las causas judiciales en materia de crisis matrimonial, el Reglamento prevé novedosamente que cuando no sea posible determinar la competencia de un tribunal en aplicación de las disposiciones específicas establecidas en el Reglamento para conocer de la litis sobre responsabilidad parental, cada Estado miembro podrá

aplicar su legislación nacional, es decir sus normas de origen autónomo para atribuirse competencia para conocer (art. 14).

Así mismo, como otra novedad importante de este Reglamento, se permite en el artículo 15, que los órganos de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto remitan el asunto a una jurisdicción mejor situada para conocer del asunto en circunstancias excepcionales si ello redunda en el interés superior del niño, suspendiendo el conocimiento del asunto o de parte del mismo e invitar a las partes a presentar la demanda ante el tribunal de ese otro Estado parte. Esta remisión podrá solicitarse a instancia de parte, de oficio, o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial (art. 15.3 establece cuales son estos tribunales). Si bien si es de oficio o a petición de órgano jurisdiccional requiere el consentimiento de al menos una de las partes.

En cuanto a las normas de aplicación de este Reglamento, expresamente recoge en su texto que le corresponde a los propios tribunales parte en éste comprobar de oficio si son competentes en virtud del mismo (art. 17). Así, si no es competente según el Reglamento y resulte competente otro tribunal parte, se declarará de oficio incompetente (reiteramos el carácter exclusivo de los foros contenidos en esta norma, no en cuanto a su naturaleza sino en lo referente a su aplicabilidad).

De igual forma, este reglamento se preocupa por el cumplimiento de las garantías procesales en los procedimientos seguidos ante sus tribunales; contiene una cautela muy similar a la contenida en el Reglamento 44/2001 derivada del artículo 20 del Convenio de Bruselas, acerca de la admisibilidad y notificación regular y efectiva, en caso de incomparecencia del demandado con residencia habitual en un estado miembro, imponiendo la obligación de suspensión del procedimiento. Así, si se pretende iniciar un procedimiento contra un demandado que tenga su domicilio o residencia habitual en un estado parte, corresponde al Tribunal comprobar si el demandado recibió el escrito por el que se inicia el procedimiento a su debido tiempo para poder preparar su notificación. En caso de que dicho escrito hubiera tenido que ser enviado al extranjero, se aplicarán las reglas del Reglamento relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de los escritos civiles o mercantiles, Reglamento (CE) n.º 1348/2000, y si no es de aplicación dicho reglamento, se aplicará el artículo 15 del Convenio de la Haya, de 15 de noviembre de 1965,

relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil.

En este sentido debemos señalar que los órganos jurisdiccionales tienen la posibilidad de adoptar medidas provisionales o cautelares relativas a las personas y a los bienes en casos urgentes, garantizándose por este reglamento la competencia para adoptar estas medidas a los tribunales del territorio comunitario donde se encuentren dichos bienes o personas objeto de las mismas aunque la causa judicial principal esté siguiéndose en otro tribunal parte competente (art. 20).

En cuanto a los supuestos de litispendencia, tanto en materia matrimonial como de responsabilidad parental, el artículo 19 del reglamento establece, de similar forma que el R44/2001, que el segundo tribunal deberá suspender de oficio el procedimiento en tanto que el primer tribunal parte no establezca su competencia. Si se establece que el primer tribunal es competente, el segundo se inhibirá, también de oficio, a favor del primero. Esta regla se extiende asimismo a acciones dependientes (divorcio, separación o nulidad), aun cuando no exista identidad de causa ni objeto, y permite al demandante en el segundo proceso, reproducir su demanda ante el tribunal al que se hubiere acudido en primer lugar.

Respecto al posible problema de conexidad de causas litigiosas planteadas ante distintos estados miembros, no está expresamente especificado en el reglamento dicho supuesto ni por tanto la solución correspondiente. Si bien, de conformidad con lo manifestado en el párrafo anterior, ha de interpretarse la regla de la litispendencia incluso cuando no existan todas las identidades inherentes a la litispendencia (identidad de partes, objeto y causa *petendi*). Por lo que no cabría seguir como ejemplo otra norma comunitaria paradigmática en sector de la competencia judicial internacional en el ámbito del Derecho privado, como es el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, que en su artículo 28 recoge este caso; la regla preconizada se traduce en la práctica en la absoluta disponibilidad por parte del segundo tribunal que conoce de la segunda demanda (conexa a otra seguida ante otro tribunal parte «territorio 44») de decidir si continua conociendo de esta causa o decide inhibirse a favor del primer tribunal, si bien para ello fiscalizará una serie de cuestiones, tales como la competencia del primer tribunal, el tiempo que aquél podría tardar en dictar sentencia, validez extraterritorial o posibilidad de reconocimiento de la potencial resolución del primer tribunal

en el territorio, etc. Por ello, aun en ausencia de especificación normativa de la cuestión de la convexidad en el Reglamento 2201/2003, esto no supone en la praxis forense ninguna dificultad para el tribunal del foro, pues se extiende la regla de la litispendencia.

2.1.3. Situaciones jurídico privadas internacionales extracomunitarias: Supuestos en los que no se aplica el Reglamento

Partimos de la primacía que las normas internacionales respecto de las de origen de autónomo ostentan dentro del ordenamiento jurídico español, de conformidad con nuestra Carta Magna (art. 96 CE) y otras normas legales como el artículo 1.5 del Código Civil. De tal forma, y en los términos que nos interesan en el presente trabajo, las normas de competencia judicial internacional del derecho autónomo español recogidos en los artículos del 22 al 25 de la LOPJ, sólo resultan de aplicación, sin olvidar su aplicación transitoria, cuando no resulte aplicable el juego de los instrumentos internacionales, ya sean convenios, tratados o normativa comunitaria como los reglamentos. Es decir, en la práctica sólo cabrá la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de los asuntos litigiosos matrimoniales que se les plantee conforme a la LOPJ, en tanto en cuanto el cónyuge requerido (demandado) carezca de residencia habitual y nacionalidad de un estado miembro (dado el requisito personal de aplicación del Reglamento 2201/2003). En tales casos, si el demandante es de nacionalidad de un estado miembro y tiene su residencia habitual en otro estado miembro, puede invocar en este estado las reglas de la competencia judicial internacional del derecho autónomo en igualdad de condiciones que los propios nacionales (art. 7.2). Por lo demás, y siempre que el cónyuge demandado no sea nacional ni resida en un estado miembro, si la competencia no viene atribuida por los artículos 2 a 6 del Reglamento 2201/2003, el órgano jurisdiccional nacional puede recurrir para determinar su competencia a otros foros previstos en su sistema autónomo. Por ejemplo, en España, podría recurrirse al foro especial por razón de la materia o foro de ataque recogido en el artículo 22.3 LOPJ para los supuestos de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, separación, divorcio o nulidad matrimonial, utilizando el criterio atributivo de la nacionalidad y la residencia del demandante, así mismo, podría basar su competencia

en un foro de la autonomía de la voluntad como es el caso de la sumisión expresa o tácita (art. 22.2 LOPJ).

Frente a la complejidad que suscitan las cuestiones de derecho aplicable a las relaciones matrimoniales, tal y como se ha planteado en el sistema autónomo español (diferenciando el trato dependiendo de la crisis matrimonial de la que hablamos, por un lado los supuestos de nulidad y por otro la separación y el divorcio), el artículo 22.3.º de la LOPJ simplifica la cuestión conteniendo los mismos foros de competencia judicial internacional para todas las causas matrimoniales, ya se refieran a las relaciones personales o matrimoniales entre los cónyuges (incluyendo las relaciones patrimoniales entre los cónyuges), a la nulidad del matrimonio o a la separación y el divorcio. Cuando se trate de una acción relativa a la nulidad, separación o divorcio, los foros contenidos en la LOPJ, sólo podrán ser aplicados de forma residual dada la primacía del Reglamento 2201/2003 en la materia, sólo en defecto de éste. Por todo ello, en la praxis ante un supuesto de crisis matrimoniales únicamente el tribunal español podrás basar su competencia para conocer del asunto en el foro especial por razón de la materia del artículo 22.3.º de la LOPJ, sólo aquel que utiliza el criterio de atribución de competencia en la nacionalidad y residencia habitual del demandante en España y, en su caso, el foro general de la autonomía de la voluntad de la sumisión del artículo 22.2.º de la LOPJ; dado que los otros dos foros especiales contenidos en el artículo 22.3.º de la LOPJ (residencia habitual común en España al tiempo de la demanda o nacionalidad española de ambos cónyuges) ya se encuentran contemplados en el artículo 3 del Reglamento, por lo que el tribunal del foro basaría en cualquiera de estos dos últimos casos en el apartado correspondiente del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 nunca en la LOPJ.

Reproducimos y analizamos los foros especiales que reproducen nuestro sistema autónomo en materia matrimonial:

– El primero de los foros previstos en la LOPJ atribuye competencias a los tribunales españoles cuando ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España al tiempo de la demanda con independencia de su nacionalidad.
– El segundo foro, atribuye competencia a los tribunales españoles cuando el demandante es español y reside habitualmente en España. Aunque en un principio este foro constituye un privilegio para el demandante español, no obstante, no puede considerarse un foro exorbitante dado que la nacionalidad española del deman-

dante debe concurrir necesariamente con su residencia habitual en España, justificando una suficiente proximidad (principio de proximidad constitucionalmente proyectado).

– El tercer y último foro justifica la competencia de los tribunales españoles cuando ambos cónyuges tienen nacionalidad española, cualquiera que sea su residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.

La redacción de este último foro puede dar lugar a equívocos. Aunque la norma utilice la expresión «cualquiera que sea su residencia» debe entenderse que se refiere, realmente, a aquellos supuestos en que ambos cónyuges, de nacionalidad española, tienen su residencia fuera de España. Toda vez que si el demandante español tiene su residencia habitual en España, la competencia jurisdiccional internacional de los tribunales españoles se fundamentará en el foro descrito en el párrafo anterior, sin que sea preciso el mutuo consentimiento entre los cónyuges. Si es el demandado quien reside en España, dicha residencia en principio sería suficiente para actuar el foro general del domicilio del demandado en España, previsto en el artículo 22.2.º de la LOPJ, aunque no podemos olvidar que en este caso sólo se aplicaría, dando competencia residual, si no fuese competente el tribunal español conforme a alguno de los foros de los artículos 3 al 5 del Reglamento 2201/2003 (requisito de aplicación demandado domiciliado en estado parte del reglamento) por el juego del artículo 7 del mismo. Si buscamos la finalidad de la norma debemos interpretar el criterio de la nacionalidad común de los cónyuges como un foro apropiado que operará salvo que los cónyuges no residan en España y la elección de los tribunales españoles pueda conllevar una carga procesal irrazonable para el otro cónyuge, e incluso una intención fraudulenta por parte del demandante. La exigencia de mutuo acuerdo excluye semejante riesgo (dotándolo así de ese carácter apropiado).

Así mismo, la posibilidad de conocimiento de los tribunales españoles en función de una sumisión por las partes (art. 22.2.º de la LOPJ) sólo es operativo si ambos tienen nacionalidad española y no en otro supuesto. Si bien, en todo caso, en atención a la autonomía del acuerdo atributivo de jurisdicción (prorrogativo *fori* del tribunal por autonomía de la voluntad de las partes), no puede descartarse taxativamente la operatividad del foro general de la sumisión como ha reconocido la jurisprudencia española [15].

15. Véase al respecto Auto Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 1997.

No podemos olvidar que las acciones civiles en materia matrimonial no suelen en la práctica ejercitarse aisladamente, sino que por lo general los procedimientos de separación y divorcio plantean el problema del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia, más concretamente de la extensión de la competencia determinada por las normas de derecho internacional, por la accesoriedad de determinadas cuestiones habitualmente resueltas en dichos procedimientos, como son la guarda y custodia de los hijos, derechos de visita, pensión de alimentos, filiación, etc. Las reglas de competencia jurisdiccional internacional referidas supone la necesidad de que sean analizadas en cada uno de los sectores afectados.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que los tribunales españoles utilizarán sus reglas de competencia judicial internacional con normalidad para revisar las medidas adoptadas en un procedimiento de separación o divorcio sustanciado en el extranjero. En estos casos, la jurisprudencia se inclina por un reconocimiento «automático» o «probatorio» de la resolución extranjera dictada en un procedimiento matrimonial, sin requerir su exequátur como condición previa para determinar su competencia revisoria para determinar su reconocimiento o no en nuestro país [16].

No obstante, la cuestión propiamente dicha del reconocimiento se desarrollará debidamente en el apartado correspondiente. En algunos casos se ha utilizado la regla de competencia funcional que distribuye la competencia entre los distintos tribunales españoles (sistema de competencia interna), como base para atribuir la competencia para esa revisión al tribunal español, por parte del juez que las dictó para impedir la revisión de los tribunales españoles; esta práctica ha sido declarada inconstitucional, al considerar el Tribunal Constitucional, en su Sentencia, Sala 1.º, 61/2000 de 13 de marzo, textualmente: «*que de este modo al negarse a conocer de la demanda presentada por el padre de los menores, las resoluciones impugnadas negaron que ningún tribunal español tuviera competencia para conocer de sus pretensiones. Y al hacerlo fundándose en una regla de competencia funcional, que reparte las competencias de los distintos tribunales españoles, denegaron el acceso a la jurisdicción aplicando una norma ajena a la decisión adoptada, y que responde a principios y exigencias de orden muy diverso...*»

16. Véase al respecto Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.º, de fecha de 31 de marzo de 2003.

Por otra parte, no podemos obviar la incidencia en este tipo de procedimientos de medidas cautelares y provisionales para el aseguramiento de personas y/o bienes, lo que nos obliga a recordar la competencia que tienen los tribunales españoles para conocer de estas medidas de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Reglamento 2201/2003 y en el sistema autónomo el artículo 22.5.º de la LOPJ.

2.2. Ley aplicable: Derecho Conflictual

Siguiendo la estructura del sistema autónomo español conflictual para la determinación del Derecho Material aplicable a las causas matrimoniales, separaremos la cuestión según se trate de supuestos de nulidad matrimonial o de separación o divorcio.

2.2.1. A la nulidad del matrimonio

La nulidad del matrimonio entendida como la inexistencia de dicha relación *ab initio,* tradicionalmente en nuestro sistema autónomo de derecho internacional privado ha carecido de un régimen específico de localización del derecho aplicable. Por esta razón, en defecto de norma especial aplicable, los intérpretes y profesionales del Derecho a la hora de localizar la ley rectora de la nulidad del matrimonio tenían que acudir a la ley que rige la validez del matrimonio, a saber, la ley rectora de la forma de celebración (arts. 49 y 50 del CC), y del consentimiento o capacidad de cada contrayente (ley nacional de conformidad con el art. 9.1.º del CC). Serán dichas leyes las que determinen si existe o no incumplimiento de las condiciones de validez del matrimonio, cuáles son esas condiciones de validez, las consecuencias de su incumplimiento (anulabilidad, nulidad, inexistencia...), sus efectos jurídicos, incluidos los supuestos de convalidación, casos y requisitos.

Pero esta situación ha cambiado en los últimos años, con una reforma legal de gran importancia, operada mediante una Ley Orgánica de amplia extensión material, la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* (en adelante LO 11/2003). Esta ley orgánica ha modificado distintos cuerpos legales, si bien, en lo que nos interesa nos centraremos en la

reforma resultante que se produjo en nuestro Código Civil, concretamente en el artículo 107, piedra angular del derecho conflictual español en materia matrimonial. La reforma del artículo 107 del CC. en virtud de la LO 11/2003, viene a dar solución a la laguna que hasta ese momento existiera, al establecer en su actual apartado 1: «La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.»

Tal y como se ha regulado la cuestión, la determinación de las leyes aplicables a la nulidad no suscita mayores problemas, pero sí resulta más discutible la delimitación o su ámbito de aplicación. Lo que parece claro es que la ley rectora de la nulidad se extiende a ciertas cuestiones vinculadas al proceso, como la legitimación o la prescripción y caducidad de la acción, en tanto que la intervención del ministerio fiscal exigida por el derecho español resulta procedente en todos los casos, tanto por la consideración procesal de dicha intervención (*lex fori regit procesum*, art. 3 LEC 1/2000), como en especial por la consideración procesal de dicha intervención en todos los casos por la imperatividad de su finalidad dirigida a la protección de las partes (en un procedimiento caracterizado por el principio inquisitivo).

Dada la pluralidad de leyes que concurren en aplicación para la declaración de nulidad matrimonial hace muy difícil señalar un único régimen de efectos que sea fácilmente conocido por los terceros a los que esta relación afecte o pueda afectar (hijos -en su caso putativos, contrayentes de buena fe...) si es declarada nula. Es posible que la declaración de nulidad se haya fundado en diversas leyes: defecto de forma según la ley del lugar de celebración, falta de capacidad de un contrayente según la ley nacional, etc. En tal caso resulta muy difícil una consideración unitaria del matrimonio putativo (art. 79 del CC), si las leyes concurrentes determinan sus efectos de forma diferente. Esto ha dado lugar a un posicionamiento general en favor de la consideración plural del matrimonio putativo, que defiende la aplicación de la ley respectiva de cada efecto pretendido: así la ley sucesora regirá los efectos de la nulidad sobre los derechos sucesorios, la ley nacional del hijo los derechos adquiridos por éstos y la determinación de sus apellidos, la ley reguladora de las relaciones personales entre los cónyuges los aspectos relativos a sus relaciones patrimoniales, etc. Esta pluralidad de leyes que van a regir cada uno de los efectos de los que se trate, se fundamenta toda vez que el aplicar una ley distinta a la que les correspondería puede suponer alterar

el equilibrio de los llamados a la sucesión o de la igualdad de los hijos ante la ley.

En realidad, la validez o nulidad del matrimonio es una simple cuestión previa cuya ley reguladora, ya se refiera a la capacidad, el consentimiento o la forma, sólo debe afectar al vínculo matrimonial y no a sus efectos en otros órdenes distintos, pues cada uno de ellos se regirán conforme a la ley que les corresponda. La ley rectora de la nulidad matrimonial se limita, pues, a determinar si el matrimonio es o no válido, pero no se extiende a los efectos sobre la determinación de la filiación, por ejemplo, sea válido o nulo el matrimonio.

2.2.2. A la separación judicial y el divorcio

Son varias las posibilidades que se pueden dar. Así, la separación de hecho implica el cese de la convivencia conyugal por voluntad de los contrayentes, sin intervención de ninguna autoridad. Jurídicamente es importante pues aparece un nuevo régimen de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, así como respecto de los hijos, constituido generalmente a través de pactos o convenios entre las partes de plena conformidad con el derecho español (art. 1.323 CC). Dichos pactos, por tanto, se integran en el régimen de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, y se someterán a la ley reguladora (art. 9.2.º y 3.º CC), con las excepciones de aquellas cuestiones que se encuentran sujetas a otra ley (como es el caso de las cuestiones relacionadas con los hijos menores, art. 9.4.º del CC respecto de la determinación de la filiación, también destacar la aplicación del Convenio de la Haya de 1961 sobre protección de los menores).

La ley rectora de la separación judicial y el divorcio, resulta de la aplicación de una norma de conflicto específica (establecida por el legislador español mediante ley 30/1981, de 7 de julio); se trata del artículo 107 del CC, reformado por la ya referida LO11/2003. La regla prevé varias posibilidades:

– La aplicación de la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. La aplicación de la ley de la nacionalidad común es consecuente con el principio de nacionalidad que rige el estado civil y el derecho de familia en nuestro sistema conflictual (art. 9.1.º).

– En defecto de nacionalidad común, será de aplicación la ley de residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda. Resulta justificado el recurso a esta ley tanto como conexión subsidiaria genérica a la falta de nacionalidad común o nacionalidad indeterminada, como en sí misma, al designar el medio social de vida del matrimonio. Además, el precepto evita el problema del conflicto móvil, al precisar concretamente en el tiempo la conexión en el momento de presentación de la demanda de separación judicial y divorcio.

– Si fallan las conexiones anteriores, la tercera conexión opta por la última residencia habitual común de los cónyuges, porque fue su medio social de vida, si bien es necesario que aun guarde cierta proximidad, pues exige que, en el momento de la demanda, uno de los cónyuges aún resida habitualmente en dicho estado.

– Como conexión de cierre aparece la ley española *(lex fori),* bastando que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España (art. 107.2.*a* CC), circunstancia que razonablemente contempla cualquier hipótesis de conocimiento por los tribunales españoles.

El esquema de conexiones referido se somete, sin embargo, a dos excepciones que permiten el desplazamiento de la ley que resultaría de aplicación por la aplicación de la ley española cuando al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. La primera de ellas se refiere a las demandas de separación o divorcio presentadas ante el tribunal español por ambos cónyuges de mutuo acuerdo, o por uno con el consentimiento del otro (art 107.2.*b* CC). Esta excepción introduce la posibilidad en tal caso de la autonomía de la voluntad, cuando la demanda se plantea por los cónyuges sobre la base del derecho español. En efecto, si ambos cónyuges ostentan la misma nacionalidad extranjera y, residiendo en España, plantean su divorcio o separación de mutuo acuerdo, de conformidad con su derecho nacional (primera conexión del art. 107.2.º CC), la excepción carece de sentido pues en este supuesto la excepción parece ser utilizada en fraude de ley, es decir, con el fin de eludir una ley nacional común que restrinja o limite al derecho de separación o divorcio.

La segunda excepción exige igualmente que al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, si bien, tiene que ver con el supuesto de que la ley que resulta de aplicación

por el juego de las conexiones anteriores, bien no reconozcan las figuras de la separación o el divorcio, o bien, reconociéndolas, lo hagan de forma discriminatoria o contraria al orden público español (art. 107.2.º*c* CC). Este precepto está pensado expresamente para las restricciones impuestas por las legislaciones extranjeras, en especial a la mujer por algunos ordenamientos de cultura islámica. No obstante, debemos decir que este precepto no goza con todo el favor de la doctrina española, y varias son las voces que se han manifestado en contra [17]. Con todo, el precepto es discutible por otro motivo, por cuanto convierte la admisión genérica de la separación y el divorcio en una cuestión de orden público.

La ley aplicable a la separación y al divorcio determina varias cuestiones, como son: la propia posibilidad de acceder a dicha situación o estado civil, y, en el caso del divorcio, la disolubilidad del vínculo por este medio, determina asimismo si concurren las causas de separación o de divorcio. En este sentido, y siguiendo la crítica doctrinal al recurso del orden público español para la aplicación de la *lex fori*, no puede considerarse contraria a orden público constitucional una normativa extranjera que no admita el divorcio, en la medida en que nuestra constitución no reconoce un derecho al divorcio, sino que realiza una reserva de ley en la regulación de la disolución del matrimonio que, *per se*, no exige siquiera una legislación española que lo prevea (art. 32.2.º de la CE). Tampoco podría justificarse el recurso al orden público sobre la base de un derecho constitucional o humano a contraer matrimonio o a fundar una familia. Pues el derecho a contraer matrimonio no impide que el Estado límite su disolución o impida la posibilidad de la bigamia. Así mismo, el derecho a fundar una familia, por otra parte, no se ve impedido por la indisolubilidad del matrimonio, en la medida en que cabe una familia no matrimonial (parejas de hecho, asimilados) igualmente protegida en el artículo 39 de la CE. En la práctica, la justificación al recurso de la aplicación de la *lex fori* desplazando la *lex causae*, sólo se dará en

17. A. Quiñónez Escames: «Aunque su intención sea saludable, lo cierto es que esta regla provoca de hecho que, al ser aplicada la ley española, el divorcio o la separación sean decisiones claudicantes, a menudo inefectivas en el país de origen de los inmigrantes. Tal circunstancia acaso hiciera preferible un sistema que partiera de una aplicación de principio de la ley extranjera, corregida o modulada con criterios materiales como el orden público o el análisis en dos escalones o en todo caso, a partir de una asistencia jurídica que permitiera a los cónyuges adoptara la mejor estrategia sobre el derecho aplicable.»

casos tales como el reenvío o la falta de prueba del derecho extranjero aplicable por las partes (recordemos que el derecho extranjero debe ser alegado y probado por las partes, en caso contrario el juez aplicará su ley del foro) facilitaría la elusión de una ley extranjera que no contemple la posibilidad del divorcio a favor del derecho español. Sin embargo, obviando las posiciones en contra y argumentos esgrimidos, el artículo 107.2 del CC tras su nueva redacción (LO 11/2003), prescinde de la ley extranjera si no reconoce la separación o el divorcio, cuando al menos uno de los contrayentes sea español o resida habitualmente en España. Con ello viene a proclamar la disolubilidad del vínculo o la separación como una cuestión de orden público.

La ley rectora de la separación y el divorcio se extiende a determinados efectos jurídicos de la declaración judicial, en particular a los que se refieren a las relaciones entre los cónyuges, la procedencia y cuantía de las prestaciones económicas compensatorias y, por extensión, el régimen de alimentos, en este caso, según la regla de accesoriedad prevista en el artículo 8 del *Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a la deuda alimentaría,* (convenio aplicable prioritariamente por los tribunales españoles por el carácter erga omnes del mismo para España que impide el juego de la norma de conflicto autónoma, art. 9.6 CC). También sobre ciertas modificaciones en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (atribución del uso de la vivienda), e incluso cabe defender su aplicación extensiva a la disolución del régimen económico matrimonial, aunque no a su determinación legal o mediante pactos (capitulaciones), ni a su liquidación (art. 9.2.º y 9.3.º CC).

Más difícil resulta defender la extensión de esta ley rectora al régimen de relaciones parentofiliales, en particular a la atribución de la guarda o custodia de los hijos. La aplicación de una ley única a la crisis matrimonial y a la modificación de las relaciones sobre los hijos, por el principio favor *filii*, no puede realizarse a partir de una ley que está diseñada para el interés de los cónyuges (ley nacional o de la residencia habitual de ellos), y no en interés de los hijos menores. Así resulta en la práctica, pues de la aplicación las conexiones del artículo 9.4º CC., la determinación de la filiación será conforme a ley de nacionalidad del menor y en defecto de ésta (por no ser posible su determinación) la ley de su residencia habitual, el mismo punto de conexión, la ley de la residencia habitual del hijo, sustenta el Convenio de la Haya de 1961 sobre protección de menores y que

encuentra un ámbito de aplicación natural en los supuestos de crisis matrimoniales. Aún más, a menudo el juez español no tiene competencia para decidir sobre tal cuestión si el menor no reside habitualmente en España. Pero aun resultando competente, en especial por aplicación del reglamento 2201/2003, debe tener en cuenta la ley aplicable a las modificaciones de la patria potestad y a la atribución de la custodia, a saber, la ley nacional o de la residencia habitual del hijo o menor.

El derecho español, como *lex fori*, regirá los aspectos procedimentales (art. 3 LEC), en particular, la adopción de medidas cautelares y el pronunciamiento de la sentencia, su comunicación y trascripción a los registros españoles.

2.3. *Ley aplicable a la disolución por muerte o declaración de fallecimiento*

Otra causa de extinción del matrimonio, además del divorcio, es la muerte, de hecho es la causa más habitual. Nuestro ordenamiento contempla la disolución del matrimonio por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 85 del CC). La extinción de la personalidad por la muerte física es una cuestión que se rige por la ley personal del sujeto (art. 9.1 CC en relación con el artículo 1 de la LRC), esta ley será la que determine el momento en que ha de entenderse producido el óbito. La declaración de fallecimiento implica la incoación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, siendo competentes los tribunales españoles si la última residencia habitual del sujeto fue dentro del territorio español (art. 22.3 LOPJ), esta declaración que afecta a la personalidad del sujeto y en consecuencia su tramitará conforme a su ley personal (art. 9.1.º del CC).

Los efectos que producen tanto la muerte como la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio son aspectos diferenciados. En algunos sistemas nacionales, la muerte implica la disolución del matrimonio, pero no habilita al cónyuge viudo a contraer nuevo matrimonio, o se establece un plazo para recuperar la capacidad nupcial. En el caso de la declaración de fallecimiento, es posible que ni siquiera se prevea la disolución del matrimonio, ni mucho menos la recuperación de dicha capacidad nupcial, o que ésta se someta asimismo a determinados plazos. Se trata de efectos asociados a dicha circunstancia pero que afectan a ambos cónyuges y en especial,

sobre todo en el caso de la muerte, al cónyuge supérstite. Ahora bien, no parece conveniente una única ley que rija la disolución del matrimonio y la recuperación de la capacidad nupcial, aunque la doctrina española mayoritaria opta por esta solución de una única ley, sobre la base de una ley neutral: la que rige las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges (art. 9.2.º y 3.º del CC), aunque esto no sea lo correcto según la dicción literal de nuestras normas.

La recuperación de la capacidad nupcial en los supuestos de muerte o declaración de fallecimiento trae causa en la disolución del matrimonio pero no impide ciertas limitaciones. En primer lugar, es preciso determinar qué ley debe decidir acerca de la disolución del vínculo. Dicha ley puede ser, en aplicación analógica de la norma, la misma que regula la tercera causa de disolución matrimonial, es decir, la ley rectora del divorcio según el artículo 107 del CC. Una vez admitida la disolución del vínculo se plantea otra cuestión diferenciada, consistente en determinar si el cónyuge supérstite, recupera su capacidad nupcial. Esta es una cuestión que debe regularse por la ley nacional de cada uno de los cónyuges (art. 9.1. CC) que será la encargada de determinar si se recupera dicha capacidad o existen limitaciones temporales. El hecho de que la respuesta pueda ser distinta para cada cónyuge no es contrario al principio de igualdad en mayor medida que pueda serlo la aplicación de una ley distinta a la capacidad para contraer matrimonio de dos contrayentes de distinta nacionalidad, tal y como puede suceder en nuestro sistema.

2.4. *Reconocimiento de resoluciones en la materia: supuestos intra y extracomunitarios*

Para poder homologar en nuestro territorio resoluciones judiciales dictadas en procedimientos matrimoniales sustanciados en el extranjero, y, por lo tanto, hablar de validez extraterritorial de dichas resoluciones, es necesario lo que se denomina el reconocimiento. El reconocimiento de las decisiones dictadas en los supuestos de crisis matrimoniales se somete al régimen genérico de reconocimiento y ejecución *(execuatur)* de decisiones judiciales extranjeras, procedimiento regulado tanto en instrumentos internacionales, integrantes de nuestro ordenamiento jurídico, como en el régimen autónomo. Sin embargo, hay algunas especialidades previas respecto del exequátur autónomo:

En primer lugar, señalar que el procedimiento de exequátur autónomo es aplicable para reconocer en España, si se ajusta al Derecho español, las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio en forma canónica o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (arts. 80 del CC y 778 de la LEC en relación con el art. VI del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, y el art. 63 del Reglamento 2201/03).

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español los instrumentos internacionales son de aplicación prioritaria a las normas autónomas, así Reglamento 2201/03 constituye el régimen de aplicación prioritaria para el reconocimiento de las decisiones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos con la fuerza ejecutiva en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial, y sobre responsabilidad parental, dictadas o formalizados con posterioridad al 1 de marzo de 2005, siempre que el tribunal de origen sea uno de los Estados parte (todos los miembros de la Unión Europea, salvo Dinamarca).

Las normas sobre reconocimiento y ejecución recogen las normas del Reglamento 1347/2000 sobre el tema. Las resoluciones dictadas en materia matrimonial o de responsabilidad parental en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno (reconocimiento incidental sin oposición o reconocimiento registral); tampoco se requerirá ningún procedimiento para la modificación de los datos del Registro civil. No obstante, una decisión en materia matrimonial o de responsabilidad parental puede no ser reconocida por determinadas razones pero no puede, en ningún caso, ser revisada en cuanto al fondo. Sin embargo, es posible que una de las partes tenga interés en un reconocimiento definitivo, con efectos de cosa juzgada, para lo cual podrá utilizar el procedimiento de ejecución contemplado en los artículos 28 y siguientes del Reglamento, propiamente para las decisiones sobre responsabilidad parental.

Las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un hijo común podrán ser declaradas ejecutivas en otro Estado miembro a instancia de cualquier parte interesada (y, en las diferentes regiones del Reino Unido tras haberlas registrado con vistas a su ejecución). La decisión sobre la solicitud de ejecución podrá ser recurrida.

En cuanto al reconocimiento, el reglamento garantiza el reconocimiento automático de toda resolución judicial sin necesidad de procedimiento y limitando los motivos de denegación para las resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental (art. 22, materia matrimonial, art. 23 responsabilidad parental). Una resolución sobre el ejercicio de la responsabilidad parental puede declararse ejecutiva en otro Estado miembro previa solicitud de la parte interesada (y, en el caso de las distintas regiones del Reino Unido, después de haberse registrado con vistas a su ejecución) conforme al artículo 28. Sobre las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cualquier parte interesada podrá solicitar a la jurisdicción competente la expedición de un certificado cuyo modelo de formulario se adjunta al reglamento en los Anexos I y II.

El artículo 29 trata la cuestión de la Jurisdicción competente para conocer de esta validación o reconocimiento. Así, la competencia funcional corresponderá a la que se indique por cada Estado miembro (en España: Juzgados 1.ª instancia de familia), la competencia territorial viene determinada por la residencia habitual del ejecutado, o del menor/es, en defecto de residencia en el estado requerido, será el lugar de ejecución.

Como importante novedad a destacar de este reglamento el reconocimiento y ejecución automático de específicas resoluciones, plasmado en los artículos 41 y 42. Se reconocerá automáticamente y se ejecutará toda resolución relativa al derecho de visita y a al restitución del niño dictada de acuerdo con las disposiciones del reglamento en todos los estados miembros sin que sea necesario recurrir a un procedimiento de ningún tipo (supresión del *execuatur*) siempre que la resolución vaya acompañada de un certificado (Anexos III y IV). Los certificados expedidos para facilitar la ejecución de la resolución no son susceptibles de recurso alguno. Pero es posible emprender acción de rectificación cuando el certificado no refleje correctamente el contenido de la resolución (art. 43).

El procedimiento de ejecución se regula por el Derecho nacional del Estado miembro de ejecución (art. 30). Es necesario distinguir la resolución por la que se reconoce el derecho de visita de las modalidades prácticas del ejercicio. Así, el juez del Estado miembro requerido puede determinar las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de visita si no se previeron las disposiciones necesarias en la resolución del estado miembro de origen. Al determinar las modali-

dades prácticas, el juez deberá respetar no obstante los elementos fundamentales de la resolución.

En caso de no encontrarnos dentro de los ámbitos de aplicación del Reglamento 2201/2003, o de cualquier otro instrumento, convenio o tratado internacional, multilateral o bilateral en que España fuera parte, entrará en juego el exequátur previsto en nuestro régimen autónomo (arts. 951 a 958 de la LEC de 1881).

En definitiva, todo lo indicado sólo es de aplicación en referencia a las resoluciones judiciales, es decir, dictadas en procedimientos seguidos ante autoridad pública competente en país extranjero, nunca respecto de divorcios no judiciales *o inter privatos*, que se admiten, singularmente, en el caso de Rusia, por excluirse del régimen convencional (Res. DGRN (5.ª) de 14 de mayo de 2001). Las decisiones judiciales, en cambio, pueden ser reconocidas directamente por el Juez Encargado del Registro Civil, si se pretende una inscripción registral; también si se trata de determinar la inexistencia de vínculos anteriores en el expediente previo para contraer nuevo matrimonio; o por una autoridad judicial que deba decidir incidentalmente en juicio en cualquier materia (sucesoria, alimentos, filiación…) acerca del estado civil de un determinado individuo. Dicho reconocimiento registral o incidental no produce efectos de cosa juzgada, de forma que no condiciona el reconocimiento ante otras autoridades, para lograr, por tanto, un reconocimiento con efectos de cosa juzgada sólo podrá obtenerse a través del procedimiento de exequátur.

Por lo demás, y siguiendo la doctrina señalada por la Resolución de la DGRN de 29 de octubre de 1994, si se contrae segundo matrimonio en España, para su inscripción registral siempre será necesaria la inscripción del primer enlace, y la anotación marginal del divorcio en virtud de la sentencia extranjera, con lo que será preciso el reconocimiento o exequátur para sus plenos efectos civiles. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia (*ad ex*. Ress DGRN de 4 de diciembre de 1991, 27 de noviembre de 1996, 10 de junio de 1999, 9 de febrero de 2000, y Auto TS de 22 de enero de 1992) han abogado siempre por exigir el exequátur sólo si la sentencia de separación o divorcio afectaba a la capacidad nupcial de un español o contradecía una inscripción efectuada en un registro español.

El dilema que se plantea sería considerar la posibilidad de restringir el reconocimiento automático en materia de separación y divorcio, pues su provisionalidad y falta de efecto de cosa juzgada no es adecuada con la necesaria estabilidad y seguridad del estado civil, por tanto, resulta más aconsejable un sistema de exequátur definitivo.

Existe una importante línea judicial de nuestro más alto tribunal, iniciada en los Autos del Tribunal Supremo de 1 de octubre y 19 de noviembre de 1996, por la se que admite el reconocimiento de divorcios de mutuo acuerdo ante autoridades no judiciales, cuando se trata de una forma eficaz y definitiva de disolución de matrimonio en un Estado extranjero. No obstante, para que se produzca estos efectos se exige que la intervención de esa autoridad no judicial no se haya limitado a una actuación como mero fedatario público, sino que tenga atribuidos por la ley del Estado de origen ciertas competencias sobre las condiciones de ruptura del vínculo, las consecuencias de dicha disolución respecto de los hijos menores comunes, etc. Así mismo, debe acreditarse que estos divorcios suponen definitivamente una disolución del vínculo matrimonial según la ley de origen. Por analogía, el reconocimiento de tales divorcios seguirá el procedimiento de reconocimiento de las decisiones judiciales, particularmente el exequátur.

Pero tenemos que señalar que, en defecto de convenio internacional que así lo prevea, no cabe reconocimiento de medidas provisionales o cautelares, por vulnerar, por su propia naturaleza, una de las condiciones mínimas básicas de nuestro régimen autónomo de *execuatur*, como es el respeto a las garantías procesales (recordemos que este tipo de medidas se caracteriza por adoptarse *in auditia* de la parte demandada), aunque el juez español puede reproducirlas o aceptarlas como contenido básico de un convenio regulador. Por lo demás, el reconocimiento de decisiones extranjeras dictadas en causas matrimoniales deberá cumplir las condiciones generales del reconocimiento y ejecución, ya sean las determinadas por el instrumento internacional aplicable, o en su defecto, los establecidos en el régimen autónomo español en el artículo 954 LEC (régimen independiente de condiciones de control interno o de cierre, requisitos que actúan siempre como régimen de mínimos).

Una de las causas de denegación del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, la denegación del reconocimiento por inconciliabilidad con una decisión dictada o con un proceso pendien-

te en España, debe ser objeto de precisión. Así, una sentencia de separación extranjera es incompatible con una sentencia española de nulidad o divorcio. Una sentencia de divorcio extranjera es inconciliable con una sentencia española de nulidad o divorcio. Una sentencia de divorcio extranjera es inconciliable con una sentencia extranjera de nulidad, pero no con una decisión o procedimiento pendiente de separación, produciendo, en el último caso, la terminación del procedimiento. Finalmente, una sentencia de nulidad matrimonial no es incompatible con una sentencia española de separación o divorcio, y debe producir la terminación del procedimiento en ambos casos.

Es preciso tener en cuenta, además, algunas especialidades acerca de los efectos de la concesión del exequátur, debidas a la diversidad de formas de celebración. Por un lado, es posible que el reconocimiento de una sentencia de nulidad del matrimonio en forma civil no afecte a la existencia del matrimonio, por haberse celebrado éste asimismo en forma religiosa. Un ejemplo de esta situación se encuentra en el Auto TS de 7 de febrero de 2000. Es frecuente que los contrayentes reproduzcan su enlace conyugal en forma canónica en otro Estado o lo hagan valer en esta forma ante el Cónsul de uno de los contrayentes. En esos supuestos, la sentencia de nulidad del matrimonio civil puede desplegar sus efectos sólo respecto al matrimonio civil. Sin embargo, una eventual sentencia de divorcio, provocará la disolución del matrimonio, afectando por igual a la forma civil y canónica.

De cualquier forma, debemos destacar que los efectos del reconocimiento de las sentencias de separación y divorcio se producen *ex tunc,* es decir, se retrotraen los efectos, exportados al foro, de la sentencia objeto de reconocimiento a la fecha de dicha resolución. Así, una vez que se obtiene el exequátur, sus efectos no se producen desde que se dicta el reconocimiento, sino que se retrotraen a la fecha de la sentencia reconocida.

2.5. *Mediación familiar internacional*

La solución judicial de las crisis matrimoniales no es el único medio para dirimir estas cuestiones que los sistemas nacionales vienen admitiendo, sino que existe otra alternativa que ha experimentado un gran desarrollo en los últimos tiempos, como es la denomina-

da Mediación Familiar, que puede darse tanto a nivel interno como en el ámbito internacional. Institucionalmente también ha tenido gran repercusión y esto se ha visto en la práctica en distintas manifestaciones institucionales a favor de esta figura, incluso el Consejo Europeo mediante una *Recomendación* sobre Mediación Familiar apunta claramente a un marco común en este ámbito, cuya armonización en el ámbito de la Unión Europea resulta previsible en un futuro no muy lejano.

La mediación familiar resulta particularmente recomendable en los supuestos transfronterizos, por su naturaleza y rasgos distintivos respecto de la figura jurisdiccional. Dadas las lagunas operantes en nuestro sistema legal, con lo que adolecemos de un régimen jurídico de la mediación familiar consolidado en España, singularmente a nivel estatal, y especialmente faltando una normativa expresa en el sistema de Derecho internacional privado, su funcionamiento en supuestos transfronterizos parte de la autonomía de la voluntad de las partes. Si bien, es necesario hacer unas distinciones básicas, tal y como ha señalado G. Paolo Moreno: *«… parte del juego de la autonomía de la voluntad, distinguiéndose entre el régimen del contrato de mediación familiar internacional y el acuerdo de mediación familiar internacional…»*. A través del primero se vinculan las partes y el mediador y se regula el funcionamiento de la mediación. Se plantea así, cuál será la ley rectora de ese contrato de mediación familiar internacional. No podemos olvidar que a pesar de su especial naturaleza y objeto, nos encontramos ante un contrato y como tal está comprendido dentro del ámbito de las obligaciones contractuales, pudiendo justificarse la aplicación del régimen general del Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales vigente para España desde el año 1993. Mientras que «el acuerdo de mediación familiar internacional» recogería los pactos entre las partes sobre las distintas cuestiones relacionadas con la disolución de la relación matrimonial, obtenidos tras la mediación. Como negocio jurídico de Derecho de familia quedaría excluido de las normas del Convenio de Roma (art.1.2.*b*), pudiendo defenderse tanto la aplicación del artículo 9.2.º (por analogía con el régimen de pactos de la separación de hecho y su adscripción al régimen de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges), como del artículo 107 del CC., buscando una identidad con las soluciones judiciales de las crisis matrimoniales.