

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE GRADUADOS

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
INTERNACIONAL ECONÓMICO**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER

**CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL:**

Un estudio desde el divorcio internacional

TESISTA : Carmen Julia Cabello Matamala

ASESORA: Mag. Elvira Mendez Chang

**MIEMBROS DEL JURADO: Dr. César Delgado Barreto
Mag. Elvira Méndez Chang
Mag. María del Carmen Tovar Gil**

Lima - Abril 2010

A Carmen Lucía y Gustavo Adrián

Nuestra dicha,

Con amor, Gracias



CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: Un estudio desde el divorcio internacional

INDICE	Pág.
Introducción	8
1.- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	
1.1. Consideraciones fundamentales del Derecho Procesal Civil Internacional	16
1.1.1. Caracteres de la disciplina	
1.1.2. Fines y principios	
1.1.3. Alcances de las normas de DPCI	
1.2 Definición y efectos de la competencia judicial internacional	25
1.3 Modelos para la regulación de la competencia judicial internacional	
1.3.1. El de soberanía	27
1.3.2. El de justicia privada	
1.4 Tipos de competencia judicial internacional: Competencia internacional directa e indirecta	29
1.5. Criterios atributivos de competencia judicial internacional: Los Foros	31
1.6. Foros atributivos de competencia: generales y especiales	33
1.6.1. El foro general del domicilio del demandado	
1.6.2. Foros especiales en el ámbito del Derecho de Familia	
1.6.2.1. Criterios de proximidad razonable	
1.6.2.2. Se admiten además en acciones sobre estado de las personas un foro especial en atención al Derecho aplicable	
1.7. Autonomía de la voluntad a través de la prórroga de jurisdicción o sumisión voluntaria	41
1.8. Foros concurrentes o facultativos y foros exclusivos	43

2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DIRECTA EN MATERIA DE DIVORCIO INTERNACIONAL EN EL RÉGIMEN LEGAL Y JURISPRUDENCIA PERUANA

2.1. Antecedentes	47
2.1.1. Con relación a extranjeros	
2.1.2 .Con relación a nacionales	
2.2. Régimen actual	64
2.2.1. Foro general de competencia por razón de territorio	
2.2.2. Foro especial de competencia en razón a la materia	
2.2.2.1. Competencia en atención al Derecho aplicable	
2.2.2.2. El domicilio conyugal como factor de conexión para la determinación de la ley aplicable y en consecuencia para la atribución de competencia judicial internacional	
2.2.3 Foro en razón a la Autonomía de la voluntad	
2.2.4. Competencia negativa en caso de relaciones familiares donde la causa no tiene vinculación efectiva con el territorio de la República	
2.2.5. Criterios Atributivos de Competencia dispuestos por Los Tratados Vinculantes al Perú aplicables al Divorcio internacional	
2.2.5.1 El tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889	
2.2.5.2 El Código de Bustamante de 1928	
2.2.5.3 Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) sobre Domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado 1979	
2.2.6. Criterios Atributivos de Competencia dispuestos por Otros Tratados en el ámbito de la CIDIP	

3. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DIRECTA RESPECTO AL DIVORCIO EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO EUROPEO: REGLAMENTO 2201/2003 O BRUSELAS II BIS

3.1. Relevancia del Régimen	98
3.2. Antecedentes	101
3.3. Ámbito de aplicación	102
3.4 Competencia judicial internacional en materia de Divorcio	106
3.4.1 Criterios de atribución de competencia	
3.4.2 Carácter alternativo de los criterios de competencia	
3.4.3 Litis pendencia	
3.4.4 Prórroga de la competencia	
3.4.5 Carácter exclusivo de las competencias	
3.4.6 Competencia residual: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea	
3.5 Observaciones al Reglamento Bruselas II bis y propuestas para su reforma	135
3.5.1. Limitaciones observadas en la aplicación del Reglamento	
3.5.2 Libro Verde sobre la legislación aplicable y competencia en asuntos de divorcio (COM (2005) 82, marzo de 2005)	
3.5.3 Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n^o 2201/2003 referido a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial o Propuesta de “Reglamento Roma III”	
3.5.4 Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia matrimonial con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo (COM (2006) 400, julio de 2006)	

4. SELECCIÓN COMPARADA DE SENTENCIAS SOBRE DETERMINACIÓN DE CJI DIRECTA A PROPÓSITO DEL DIVORCIO INTERNACIONAL

4.1 Aspectos metodológicos del estudio de casos. 153

4.1.1. Criterios para la selección de las sentencias y ordenamientos extranjeros examinados

4.1.2. Características de la muestra

4.1.3. Características del análisis

4.2 Alemania 154

4.2.1 Régimen jurídico sobre CJI

4.2.2 Selección de sentencias alemanas relativas a CJI

4.2.3 Marco normativo de Derecho Internacional Privado, Procesal Civil y Derecho Civil invocado en las resoluciones examinadas

4.2.4 Estudio de sentencias alemanas y su referencia a casos nacionales sobre CJI

4.2.4.1 Estructura de las sentencias, incidencia, periodo de las resoluciones

4.2.4.2 Determinación de la CJI antes y después de la Reglamentación comunitaria

4.2.4.3 Distinción entre competencia judicial internacional y competencia interna

4.2.4.4 Supuestos de CJI comparación con casos Nacionales

4.2.4.4 Aplicación de la ley competente

4.2.4.5 Resoluciones alemanas que no analizan la CJI, y se avocan como si se tratara de una causa sin elementos internacionales.

4.3. España	186
4.3.1 Régimen Jurídico sobre CJI	
4.3.2 Selección de sentencias españolas relativas a CJI	
4.3.3 Marco normativo de Derecho Internacional Privado, Procesal Civil y Derecho Civil invocado en las resoluciones examinadas	
4.3.4 Estudio de sentencias españolas y su referencia a casos nacionales sobre CJI	
4.3.4.1 Identificación y tratamiento de DIP a la relación jurídica con elemento extranjero	
4.3.4.2 Atribución de CJI a través del Reglamento Comunitario	
4.3.4.3 Dimensiones de la CJI y la ley aplicable	
4.3.4.4 Criterios de atribución de CJI comparación con casos nacionales	
Conclusiones	227
Bibliografía	231

INTRODUCCIÓN

Permítannos compartir con ustedes algunas inquietudes que motivaron el desarrollo de esta investigación, formulándonos en principio la siguiente interrogante, ¿Por qué resulta relevante el tratamiento de la competencia judicial internacional, y particularmente si la vinculamos a temas de familia?

Al respecto, pueden invocarse argumentos como los siguientes:

1.- La diversidad de tratamiento legislativo: Existen dificultades y severas discrepancias en las legislaciones mundiales en cuanto a la regulación de la familia matrimonial y no matrimonial, encontrándose divergencias en varios de sus institutos y particularmente en el divorcio, apreciándose que los ordenamientos se desplazan entre los regímenes restrictivos de carácter sancionador, los mixtos que contemplan causales específicas inculpatorias, admitiendo la convención de los cónyuges para relajar o liquidar el vínculo matrimonial, los que suscribiéndose a modalidades remedio, establecen causales objetivas de resquebrajamiento de la unión matrimonial, incorporando los más atrevidos la denominada causal de divorcio quiebre o de matrimonios desquiciados que de modo genérico pueden consentir cualquier supuesto como amparable para declarar la disolución del vínculo matrimonial, así como incluso el divorcio unilateral.

Ello más allá de la iniciativas que admiten divorcios privados, acordados por autoridades públicas no judiciales “ Se trata de divorcios acordados por notarios (Cuba, Marruecos, Egipto y recientemente el Perú por Ley 29227 del 15 de mayo de 2008), alcaldes (Japón, Perú Ley 29227), gobernadores civiles (Noruega), autoridades administrativas (Dinamarca), Ministerio de Justicia y Asuntos Eclesiásticos (Islandia), autoridades registrales (Méjico)”¹

Esta diversidad también se refleja en las normas conflictuales de Derecho Internacional Privado estatales cuya opción por los factores de conexión es

¹ CALVO CARAVACA Alfonso-Luis, Derecho Internacional Privado, Granada, Editorial Comares, 2005, 6ta ed. p.111.

distinta, así como ante la insuficiencia de normas supranacionales de Derecho Procesal Civil Internacional que determinen criterios de competencia comunes, que posibiliten la internacionalidad de los derechos válidamente adquiridos, y que en el caso que estudiaremos conduzcan a la estabilidad del estado civil y familiar de las personas, y no permitan que hayan ciudadanos que desde el punto de vista de un Estado estén por ejemplo divorciados y desde otros ordenamientos jurídicos permanezcan casados, con todos los efectos negativos que importa para los demás miembros de la familia, así como para la seguridad de sus relaciones económicas y jurídicas.

“Con la tendencia a la legislación estatal de la competencia judicial internacional – cada una de las otras- puede ocurrir, sin embargo, que los ordenamientos estatales se erijan en compartimientos estancos que hagan difícil su funcionamiento armónico. Unas normas comunes de competencia que permitan alcanzar esa armonía son entonces necesarias”.²

2.- Impacto de la globalización en la vida de las familias: Como es evidente, ante el panorama legislativo descrito es comprensible la preocupación que genera para las legislaciones y las familias que por efecto de la intervención de un elemento internacional pueden verse sometidas a la regulación de ordenamientos legislativos distintos y por lo tanto requerir de un proceso de calificación que desborda la aplicación de una norma material y de un juez local determinado por las reglas generales de competencia. Por tanto, el conocimiento de los alcances y límites de las reglas de competencia internacional es un tema que adquiere cada vez mayor relevancia en los tribunales de justicia, máxime si el proceso de emigración y migración se agudiza en nuestros países movilizándolo a importantes sectores de la población.

Seguidamente presentamos algunas cifras reportadas por el MININTER :

ENTRADAS Y SALIDAS DE PERUANOS								
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
ENTRADA	619,395	733,984	709,864	812,346	908,155	995,708	1,223,232	1,365,047
SALIDA	740,516	958,689	942,390	1,113,754	1,333,347	1,410,397	1,618,008	1,752,851
SALDO	-121,121	-224,705	-232,526	-301,408	-425,192	-414,689	-394,776	-387,804

² FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana, en Hugo Mansilla Llanos, Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava, Librotecnia, Santiago de Chile, tomo II, 2008, p.151.

ENTRADAS Y SALIDAS DE EXTRANJEROS								
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
ENTRADA	824,927	933,627	975,938	1,324,252	1,192,602	1,290,822	1,558,041	1,875,128
SALIDA	796,330	900,707	936,274	1,250,139	1,146,797	1,221,484	1,524,528	1,814,441
SALDO	28,597	32,920	39,664	74,113	45,805	69,338	33,513	60,687

Los datos estadísticos nos permiten advertir el creciente porcentaje de nacionales que ha emigrado en los últimos 8 años, la diferencia entre el número de peruanos que han ingresado y salido del país ha llegado a superar los 400,000 compatriotas al año, circunstancia que ha favorecido en muchos casos que ellos y tal vez sus propias familias se trasladen al extranjero en búsqueda de mayores oportunidades laborales.

De otro lado, también cabe resaltar el porcentaje de extranjeros que permanece en el país, que aunque menor al número de peruanos que no retorna, también presenta cifras en crecimiento, el año 2008 superó los 60,000 extranjeros que no retornó a su lugar de origen, es fácil deducir que algún porcentaje de éstos generará vínculos afectivos e incluso familiares con nacionales en la República.

Se trata de familias que no sólo se vinculan afectivamente, sino que generan además, relaciones económicas, que en conjunto tienen un impacto significativo, incluso a nivel de la economía nacional, nos permitiremos citar al respecto algunas cifras, que hacen referencia por ejemplo al incremento que se reporta en esta década, respecto a las remesas de dinero que envían los peruanos desde el extranjero:

“En el año 2004, se registró una salida del país de 399 mil personas. Como consecuencia de este proceso migratorio, más del 10% de peruanos reside actualmente en el extranjero. En concordancia con este fenómeno, las estadísticas oficiales que existen en el país muestran que, entre 1995 y 2004, las remesas pasaron de US\$ 599 millones a US\$ 1.123 millones; incluso su importancia con relación al PBI ha crecido: pasó de representar el 1,15% a 1,61% en el mismo periodo”.³

Cuando los investigadores se preguntan quienes reciben remesas y cuanto?, nos brindan el importante dato de: “Cerca del 3% de familias en el Perú recibe remesas provenientes del exterior...El monto anual de las

³ Banco Central de Reserva del Perú –BCRP (2005). Memoria anual 2004, Lima:BCRP citado por James Loveday y Oswaldo Molina en Revista Economía y Sociedad 58, CIES, diciembre 2005. p.16

transferencias externas para una familia es de S/ 4,200; lo que equivale al 13,8% de su ingreso”⁴

Como puede advertirse, “..tanto migración y remesas parecerían formar parte de un mismo proceso económico, en el que es imposible separar la globalización del comercio y del capital (...) del movimiento global de personas”⁵

En el proceso de globalización en el que nos encontramos insertos, la presencia de familias nucleares o monoparentales de nacionales o mixtas que se instalan en el territorio o en el extranjero es creciente, provocando que los domicilios conyugales se fijen o trasladen al exterior, o que alguno de los cónyuges fije su domicilio individual fuera del país, generando que la vida familiar altere su dinámica y que en los hechos su establecimiento, desarrollo y eventuales crisis familiares deban ser resueltas ante nuestros tribunales o tribunales extranjeros, requiriéndose seguridad y previsibilidad para la resolución de las controversias familiares con elemento extranjero, particularmente las vinculadas con la disolución del vínculo matrimonial, dado el impacto e incidencia que tienen en el estatuto personal de dichos ciudadanos.

“La integración de los mercados y la internacionalización de la vida exigen respuestas adecuadas de los ordenamientos jurídicos. Entre ellas, el establecimiento de unos criterios básicos para la distribución de la competencia judicial, fundados en la razonabilidad, la concurrencia de foros y el respeto de los derechos fundamentales, deben concitar una atención privilegiada”.⁶

Como se aprecia, se trata de ciudadanos que requieren de tutela jurisdiccional, para la declaración o reconocimiento de sus derechos, los mismos que deben ser atendidos, más allá de la mera observancia “de potestades soberanas” y “cortesía internacional”. Lo que amerita como se señalara, comprender la experiencia globalizadora en todos sus niveles, como lo podremos advertir con algún detalle cuando presentemos la experiencia europea de reglamentación comunitaria, proveyendo desde lo jurídico normas o al menos criterios comunes de competencia judicial internacional y una visión de apertura por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, aspectos que serán precisamente objeto de análisis en el presente trabajo.

⁴ LOVEDAY James y MOLINA Oswaldo, ¿Cuál es el impacto de las remesas internacionales en el bienestar? en Revista Economía y Sociedad 58, CIES, diciembre 2005. p.18

⁵ LOVEDAY James y MOLINA Oswaldo, Ob. Cit., p.15

⁶ FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Ob. Cit., p.151.

En todo caso, la reflexión en esta materia se inicia cuando procedemos a identificar ya sea como abogados o jueces que nos encontramos frente a una relación jurídica internacional y le damos el tratamiento que corresponde, caso contrario la omisión u error en la calificación, nos conduce a abordarlas como relaciones jurídicas nacionales, cuando por su naturaleza no lo son, obviando la calificación de la competencia judicial y legislativa que le es inherente a partir de lo estipulado en las normas de Derecho Internacional Privado y que en muchos casos no asumirla de tal manera puede importar en los hechos una denegatoria de justicia.⁷

3.-¿Qué elementos determinan que una relación jurídica sea internacional?

Para determinar que una relación jurídica está sometida a las normas de Derecho Internacional Privado, es necesario identificar si tiene al menos un elemento relevante que la vincula a más de un ordenamiento extranjero, que como acota César Candela Sánchez no sólo se verifica entre particulares sino también con el Estado, cuando actúa despojado de su *ius imperii*:

“ Se trata entonces de aquella relación jurídica que se verifica entre particulares – no excluyendo al Estado cuando actúa despojado de su *ius imperii*, en una relación paritaria frente a un particular- donde se aprecian además elementos de intensificación que la vinculan con ordenamientos jurídicos extranjeros (por ejemplo en virtud al domicilio internacional, al lugar de ubicación de un bien, al lugar de ejecución de las obligaciones, al lugar de registro, al derecho elegido por las partes, etc. (Calvo Caravaca-Carrascosa Gonzáles; Delgado Barreto- Delgado Menéndez- Candela Sánchez)”⁸

4.-¿Cuándo un divorcio será internacional?

Como lo puntualiza José Luis Fernández Flores “la internacionalización del divorcio se produce cuando en una relación matrimonial, que intenta disolverse, aparece un elemento extranjero. Este elemento no es necesario que sea personal, pues puede tener otra naturaleza distinta como la territorial.”⁽⁹⁾

⁷ Al respecto, se han presentado ante el Poder Judicial algunas solicitudes de separación convencional y divorcio ulterior formuladas por apoderados de nacionales que han contraído matrimonio en el Perú y que domicilian en el Japón, las mismas que en Primera Instancia fueron rechazadas por falta de competencia, no obstante el sometimiento expreso de las partes a la jurisdicción nacional y la vinculación efectiva de la causa con nuestro territorio, (Art. 2062 del C.C.), casos que examinaremos en el tercer capítulo.

⁸CANDELA SÁNCHEZ César, Comentario al art. 2047 del C.C., en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 662,663.

⁹ FERNÁNDEZ FLORES, José Luis , Derecho Internacional Privado .Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1967. p. 18.

Añade Delia Revoredo que “ los divorcios internacionales son los que están vinculados a varios países y por ende a varios poderes judiciales y a varias legislaciones, surgiendo la necesidad de establecer la jurisdicción competente a cada divorcio y la ley del país con la que el juez competente debe resolverlo, por lo que en estos divorcios cabe la posibilidad de que se resuelvan con derechos extranjeros y ante autoridades extranjeras, según lo indique el derecho Internacional Privado del juez ante quien se presenta la demanda de divorcio. “⁽¹⁰⁾

Para efectos de calificar la relación jurídica de divorcio como internacional, resultan elementos relevantes; el lugar del domicilio conyugal, o el de los cónyuges de modo individual, o la nacionalidad de los cónyuges.

En el marco de la Reglamentación Comunitaria Europea se han considerado como elementos relevantes para la internacionalización de la relación matrimonial:

“La Propuesta se refiere a las disposiciones sobre competencia y ley aplicable que sólo tienen relevancia en situaciones internacionales, a saber, cuando los cónyuges residen en distintos Estados miembros o tienen diferente nacionalidad. Se cumple por lo tanto el requisito transfronterizo establecido en el artículo 65 ¹¹”.¹²

“Ante un supuesto con elementos extranjeros, la presencia de los mismos debe servirnos como presunción a favor de la calificación de la relación jurídica como asunto internacional, pero sin que aquellos nos lleven automáticamente a tal caracterización... Como lo acotan los autores: Por tal motivo en cada caso concreto, ante la presencia de un elemento extranjero, deberá verificarse el carácter esencial o accidental del mismo con respecto a la relación en cuestión, para poder así determinar su relevancia jurídica. Ahora bien; en caso de comprobarse efectivamente su vinculación esencial con la relación jurídica, esta podrá efectivamente ser considerada como una relación internacional regulada por el Derecho Internacional Privado; caso contrario, la relación jurídica será considerada como una de tráfico interno regulada por el Derecho nacional interno.... Todo esto nos lleva a concluir que estamos frente a una relación privada internacional regulada por el Derecho Internacional Privado, cuando el

¹⁰ REVOREDO Delia, El Divorcio Internacional en el Código Civil de 1984. En Libro Estudios Jurídico en Homenaje de los Profesores. Fernández Sessarego y Arias Shreiber Pezet, editorial Cuzco. Lima, 1988, p. 285.

¹¹ Tratado de Ámsterdam para la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil

¹² Bruselas, 17.7.2006, COM(2006) 399 final, 2006/0135 (CNS), Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, (presentada por la Comisión), {SEC(2006) 949}, {SEC(2006) 950}, p.7.

elemento extranjero presente en aquella sea relevante, esencial y no tan sólo un factor accidental “. (13)

Si el juez nacional identifica algún elemento de relevancia de la relación familiar como no nacional, y por tanto califica la relación jurídica como internacional, deberá aplicar lo dispuesto por el Libro X del Código Civil, para efectos de poder determinar en primer término si puede conocer la causa, esto es si como tribunal tiene competencia internacional para conocer del asunto, acotando luego el art. 2047 que el derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran conforme a las normas de derecho internacional privado de este libro , a efectos de identificar según sea el caso si el *Aquo* lo resuelve aplicando la ley material nacional o la extranjera.

En este aspecto resulta de interés preguntarnos, sobre los alcances del principio procesal denominado *iura novit curia*, esto es el juez debe aplicar el Derecho que corresponda, aunque haya sido invocado erróneamente o no haya sido invocado, al respecto cabe formularnos como inquietud, si este imperativo judicial comprende tanto el Derecho nacional como extranjero? , Mesinas Montero, afirma categóricamente que si, al sostener:

“La fuerza que se da al derecho foráneo es finalmente una decisión política del país del que se trate. Como elementos determinantes de tal opción se encuentran tanto el mayor o menor ánimo de apertura o vinculación con el extranjero, como la reciprocidad en el valor que se atribuye afuera al derecho nacional.

En nuestro caso, el derecho peruano ha optado por reconocerle valor y eficacia al derecho extranjero, viabilizando su aplicación en nuestro país en algunos casos concretos, sea en virtud de la aplicación de factores de conexión que nos lleven al derecho foráneo, como reconociendo y ejecutando fallos judiciales dictados fuera. Es una opción que puede desprenderse claramente, entre otros, del artículo 2949 del Código Civil, que fija como única limitación para la aplicación del derecho extranjero su incompatibilidad con el orden público internacional peruano o con las buenas costumbres.

Pero el Derecho peruano reconoce algo adicional: la aplicación de oficio del derecho extranjero cuando éste sea pertinente. Así, se lee claramente del artículo 2051 del Código Civil vigente. “El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio”. Esta regulación no tiene poco significado; por el contrario, en el fondo supone admitir que, nuestra legislación, el juez peruano conoce el derecho extranjero. Es decir, que el principio *iura novit curia* contenido en el artículo VII del Título preliminar de Código Civil (“Los jueces

¹³ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln, Introducción al Derecho internacional Privado., Fondo Editorial, Lima, 2004. Tomo I, p 34-35.

tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”) abarca no sólo a la normativa nacional, sino que se extiende al derecho extranjero, cuando sea el caso. Y es que si es obligación del juez aplicar el derecho extranjero de oficio, también lo es conocer dicho derecho sin que quepa excepción alguna”.¹⁴

Como vemos, las obligaciones del ente jurisdiccional nacional, se extienden del nivel de la mera cooperación internacional entre Estados, a la satisfacción de derechos de ciudadanos nacionales o extranjeros, cuya incidencia por el impacto de la movilidad social y económica internacional es creciente, lo que ubica a los operadores del Derecho en un lugar expectante, asignándoles un doble rol en cautela del sistema jurídico interno y a la vez garantizadores de derechos fundamentales de quienes en calidad de ciudadanos nacionales o extranjeros, domiciliados o no domiciliados acuden a éste sin distinción.

Por ello creemos, que no son sólo razones de carácter académico, que destacan *per se* en esta innovadora área del derecho procesal civil internacional, las que motivan su estudio, sino la responsabilidad que importa en la comunidad jurídica, esto es, tanto en el medio universitario, como forense y judicial la comprensión de sus alcances y funcionalidad en el orden de la convivencia internacional y sus proyecciones en el desarrollo e integración de las naciones.

Al respecto, la presente investigación pretende ser un pequeño aporte en la tarea, explorando la temática, identificando, sistematizando y comentando los criterios jurisprudenciales que históricamente han determinado los referentes para la determinación de la competencia judicial internacional en nuestro foro, a partir de las instituciones familiares y particularmente el divorcio, deteniéndose en la competencia por declaración, para luego mirar hacia una regulación innovadora y contemporánea como lo es el Régimen Comunitario Europeo de CJI sobre las causas matrimoniales, concluyendo con un estudio integrador de resoluciones judiciales nacionales, alemanas y españolas relativas al conocimiento de divorcios con elemento extranjero.

Desde un enfoque crítico reflexivo nos proponemos examinar cómo dichas experiencias vienen brindando tutela jurisdiccional a los ciudadanos tanto nacionales como extranjeros que la reclaman, la misma que se constituye en un derecho fundamental.

¹⁴ MESINAS MONTERO Federico G., De cómo el juez peruano conoce el Derecho... extranjero, en Cuadernos Jurisprudenciales, suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia, N°56, febrero 2006, año 5, p.3,4.

Capítulo I Competencia Judicial Internacional

1.1. Consideraciones fundamentales del Derecho Procesal Civil internacional.-

1.1.1. Caracteres de la disciplina

Miguel Virgos en su tratado sobre Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional agrupa en tres grandes temáticas su objeto de tratamiento: 1) Competencia judicial internacional, cuyo objeto es determinar cuándo van a ser competentes los tribunales de un determinado Estado para resolver un litigio internacional. 2) Desarrollo del proceso, donde se incluyen aquellas cuestiones específicamente procedimentales que plantean estos litigios (notificaciones en o desde el extranjero, obtención de pruebas en otro Estado, etc.) 3) Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, cuyo objeto es determinar qué efectos van a tener las decisiones de autoridades extranjeras y cómo puede procederse a una ejecución cuando el deudor o sus bienes se encuentran en otro Estado.¹⁵

El tema inicial que se plantea más que de contenido u objeto del área, lo constituye la naturaleza jurídica de su regulación. La discusión preliminar relativa a la ubicación de la normativa procesal internacional, diverge, desde la que defiende su pertenencia al Derecho Internacional Privado y la que se incorpora como rama del Derecho Procesal Civil, postulándose su autonomía como disciplina jurídica. Al respecto distinguiremos:

Primera posición:

Afirma la dinamización del Derecho Internacional Privado, a través del despliegue y desarrollo del ámbito procesal internacional que ha desplazado de alguna manera la discusión centrada en antaño en la norma de conflicto, trasladándola a la viabilidad y eficacia del procedimiento.

Fernández Arroyo, abona en tal sentido al sostener: “Al día de hoy resulta una verdad de Perogrullo que las cuestiones “procesales” y “cooperacionales” del DIPr han desplazado en su interés y desarrollo a las conciernen (sic) al derecho aplicable al fondo, las cuales tradicionalmente habían sido consideradas como el contenido esencial –y, en algunos casos, único- de la disciplina. Se trata de un cambio directamente

¹⁵ VIRGOS SORIANO, Miguel. Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional. Civitas, Madrid, segunda edición, 2007. p.35.

relacionado con el aumento exponencial de casos de DIPr, es decir, con el paso del DIPr real”.¹⁶

En el mismo sentido, Sara Feldstein argumenta que ayer y hoy los fines del Derecho Internacional Privado son similares, favorecer el proceso transfronterizo, por lo que la discusión resulta inútil, que en todo caso el acento conceptual se ha desplazado a favorecer el acceso a la justicia y la libre circulación de las decisiones.

“La pertenencia al Derecho Internacional Privado en razón de su objeto de las cuestiones vinculadas con el denominado derecho procesal internacional, como uno de sus capítulos o áreas temáticas, afortunadamente se ha convertido en la actualidad, en una polémica doctrinaria superada. Desde su génesis la disciplina se ha preocupado y ocupado de la regulación del proceso transfronterizo, proponiendo soluciones que después de setecientos años aún conservan vigencia. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, en un mundo caracterizado por la búsqueda de la superación del fenómeno de la frontera, sobre todo dentro de los espacios integrados, el objetivo central a conseguir consista en facilitar, simplificar, garantizar, el reconocimiento y establecimiento de aquellos procedimientos o mecanismos tendientes al logro de la libre circulación de decisiones judiciales entre los Estados Miembros; a punto tal de llegar a erigirse en la no menos célebre quinta libertad. Esta orientación se inclina por reconocer los pronunciamientos judiciales dictados en el extranjero con arreglo a las normas sobre jurisdicción internacional del tribunal sentenciante y a no entorpecer mediante la revisión de fondo tales resoluciones.”¹⁷

Segunda posición:

Miguel Virgos Soriano al definir el Derecho procesal civil Internacional (DPIC), como aquel sector del Derecho procesal civil cuyo objeto es resolver los problemas procesales asociados al fraccionamiento jurídico del mundo y a la división territorial de los servicios jurisdiccionales estatales.¹⁸, lo inserta en el ámbito procesal civil, aunque como sostiene lo distingue de aquél en los principios y fines que lo inspiran.

“El DPCI constituye un sector autónomo dentro del derecho procesal civil, no sólo en cuanto a su objeto, sino en cuanto a los principios estructurales

¹⁶FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana, en Hugo Mansilla Llanos, Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava, Librotecnia, Santiago de Chile, tomo II, 2008, p.117.

¹⁷FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara Lidia, Panorama del sistema de derecho internacional privado argentino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, en Revista Iberoamericana de Arbitraje y mediación, junio 2003, p.2.

¹⁸ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob. Cit. p35.

que lo informan y a las categorías dogmáticas que requiere; es decir, se trata de un sector con problemas, principios y categorías dogmáticas que justifican su tratamiento científico como sector autónomo. Ello es así, a pesar de que sus normas están repartidas por distintos textos legales, incluidos convenios internacionales”.¹⁹

Fernández Arroyo, aunque participa de la primera posición, destaca la necesidad de construir propuestas coordinadas en materia de competencia judicial internacional que atiendan al derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión privada internacional, como a continuación se señala :

“Evidenciado que el sector del derecho aplicable ya no ocupa el centro del DIPr (sobre todo si tal sector es pensado en una forma clásica, conflictual), queda claro que esa plaza la detenta ahora el sector de la competencia judicial internacional. La discusión esencial del DIPr contemporáneo pasa por establecer una forma justa de distribuir los casos privados internacionales entre las distintas jurisdicciones, en aplicación del derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión privada internacional. Si hay acuerdo sobre unas bases mínimas para realizar esa distribución y dicho acuerdo se complementa con una predisposición a la cooperación internacional en el campo del DIPr (cuya máxima expresión es la cooperación para hacer efectivas las decisiones adoptadas por autoridades extranjeras), los problemas plantados en torno a las relaciones privadas internacionales pueden solucionarse con relativa facilidad. Pero lo cierto es que, con excepción del ámbito integrado europeo, donde –a pesar de notorios defectos- se ha alcanzado un gran desarrollo de ambas premisas, las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional siguen provocando enormes dificultades, tanto prácticas como teóricas”.²⁰

En cuanto al tratamiento observado en el régimen legal nacional, como lo acotan María del Carmen y Javier Tovar Gil, “Debemos pues concluir que para nuestro orden legal vigente las reglas de competencia judicial internacional forman parte del Derecho Internacional Privado y que se ha optado por un concepto amplio de derecho Internacional incorporando los aspectos legislativos y jurisdiccionales”.²¹

Dado los argumentos expuestos, si bien nos acogemos a la doctrina mayoritaria,²² que sostiene que el Derecho Internacional Privado persigue la regulación de los presupuestos del tráfico externo, determinando tanto

¹⁹ VIRGOS SORIANO, Miguel., Ob. Cit., p37.

²⁰ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., Ob. Cit., p. 119.

²¹ TOVAR GIL, María del Carmen y Javier, Derecho Internacional Privado, Lima, Fundación Bustamante, 1987, p. 147.

²² IRINEU STRENGER, São Paulo, Extraterritorialidade do directo processual, en Max-Planck-Institute, Anances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Montevideo, 2002, p. 474.

los aspectos y consecuencias que configuran el régimen jurídico positivo de las relaciones y situaciones con elementos extranjeros, como las posibilidades de sanción judicial de esos aspectos y consecuencias; consideramos que el aporte en la discusión de ambas posiciones es que privilegian la relevancia creciente de la temática procesal civil internacional, que se ha convertido ya sea en el eje dinámico de la disciplina del Derecho Internacional Privado, o cuyo despliegue amerita su conceptualización diferenciada, coincidiéndose en que su eficacia está dada en la complementariedad de su tratamiento.

1.1.2 Fines y principios que orientan el Derecho Procesal Civil Internacional.-

Aspecto que deseamos destacar es el vinculado a su finalidad, por cuanto ésta constituye una de las premisas que sustentan el presente trabajo, para ello seguiremos en el razonamiento a Virgos Soriano²³ quien señala que el DPCI tiene como función proporcionar una tutela judicial internacional efectiva,asegurar *ex constitutione* una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Pues bien el cometido del DPCI sería asegurar esa tutela en un contexto internacional, esto es debe encargarse de garantizar una realización transfronteriza adecuada de los derechos subjetivos *Inter privatos* en un mundo caracterizado por el fraccionamiento jurisdiccional.

La tutela judicial internacional se presta de dos formas:

- 1) A través de un proceso de cognición en el foro, en el que se solicita del juez nacional una resolución mediante la que declare un derecho, modifique una relación o imponga una prestación, a la que denomina tutela por declaración; o
- 2) A través del reconocimiento en el foro de la autoridad de la resolución adoptada por un tribunal extranjero declarando ese derecho, modificando esa relación o imponiendo esa prestación, tutela por reconocimiento.

En consecuencia, para garantizar esa aspiración de tutela judicial internacional efectiva es necesario que la tutela por declaración, que corresponde al sistema de competencia judicial internacional y la de reconocimiento, que corresponde al sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, requieren de una regulación coordinada, a efectos de evitar riesgos de denegación de justicia .

²³ VIRGOS SORIANO, Miguel, Ob. Cit., p37 a 41.

Virgos lo explica del siguiente modo:” el elemento que armoniza ambos sectores del ordenamiento es su función: ambos son mecanismos diseñados para ofrecer una tutela judicial internacional efectiva. Y así: (a) cuando el sistema de CJI no considera competentes a los tribunales españoles para conocer de un determinado asunto, presupone implícitamente la existencia de un foro extranjero competente, pues sino habría un grave riesgo de denegación de justicia. Por eso el hecho de no declarar competentes a los tribunales españoles puede verse como una especie de “*remisión implícita*” de la resolución del litigio a un foro extranjero, para luego reconocer (y eventualmente ejecutar) esa decisión en nuestro país. (b) Cuando el ordenamiento español rechaza el reconocimiento de una decisión extranjera, ello puede implicar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales para resolver *ex novo* el litigio; esto ocurre cuando no abrir dicha competencia suponga un riesgo grave de denegación de justicia”

Sobre el tema de tutela judicial y denegación de la justicia, Carmen Otero desarrolla la idea de acceso a la justicia, y la trascendencia de la determinación de la competencia como supuesto previo del proceso, diferenciando el estado de indefensión del derecho de defensa.

“El acceso a la justicia, como “primer contenido” del derecho a la tutela judicial efectiva, “se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, ..., poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial”. Este contenido sustantivo primario que conforma el derecho constitucionalmente reconocido debe orientar el desarrollo legislativo de las normas. La indefensión prohibida por el art. 24.1 no debiera ser confundida con el “derecho de defensa” proclamado en el art. 24.2 Como el propio TC reconoce, la indefensión en este contexto, aunque íntimamente relacionada, es perfectamente diferenciable de las garantías procesales que, en calidad de derechos fundamentales, la Constitución concreta en los arts. 24.2 (defensa y asistencia letrada, ser informados, procedimiento público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, utilizar medios de prueba pertinentes, no declarar contra sí mismo, no confesarse culpables y presunción de inocencia). Estas garantías, junto con las reconocidas en otros preceptos, sólo pueden disfrutarse una vez que hay proceso, y éste sólo existe lícitamente si con carácter previo se afirma la competencia. El TC define la indefensión del artículo 24.1 como “ un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa”.²⁴

En ese entendido una exigencia fundamental para prestar tutela judicial efectiva en un mundo fraccionado jurídicamente es la de cooperar con los

²⁴OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, Carmen, Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el derecho español y comunitario: reflexiones en torno al *forum non conveniens*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, num. 94, pp.11-12, <http://www.ucm.es/eprints>

demás Estados. Por tanto aprecia la autora que este deber de cooperación tiene fundamento constitucional en el ordenamiento español, al garantizar el Estado español una tutela judicial efectiva tanto a los nacionales como a los extranjeros. Situación similar guarda la Constitución peruana que en artículo 139 inc. 3 consagra el derecho a la tutela jurisdiccional, lo que nos permite concluir en la necesidad de procurar las condiciones que favorezcan el acceso a la justicia, como primer elemento del derecho fundamental a la tutela judicial, posibilitándose que tenga lugar esta cooperación internacional por parte de nuestros órganos jurisdiccionales.

Coincidiendo con Osvaldo Alfredo Gozaíni, él sostiene una premisa conductora: “El acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aún para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de la confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea éste quien resuelva el derecho a estar en el proceso”.²⁵

Empero, es necesario considerar los límites que constitucionalmente regularían la competencia judicial internacional, el que se encontraría en el razonable equilibrio entre el derecho al acceso a la justicia del actor y la salvaguarda del derecho de defensa del emplazado, Pedro De Miguel hace referencia a un fallo del Tribunal Constitucional español que condiciona el alcance de la competencia judicial internacional en los siguientes términos:

STC 61/2000, de 13 de marzo de 2000

“Partiendo de que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial del artículo 24.1 Const. Consiste en el acceso a la jurisdicción, la jurisprudencia del TC considera, como es conocido, que todas las reglas de competencia judicial internacional responden “a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional”. Por una parte, el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados, pues a nadie puede exigírsele cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa. En segundo lugar, desde la perspectiva de la parte actora resulta necesario asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la justicia”.²⁶

²⁵ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, El Debido Proceso, Santa Fé, Rubinzal- Culzoni, 2004, p.90-91

²⁶ DE MIGUEL ASCENCIO Pedro, Pluralidad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia : una visión transatlántica, en Revista Española de derecho Internacional, Boletín Oficial del Estado, 2006 1, Vol. LVIII, p. 54.

El referido autor proyectando dichos fundamentos del alcance de la competencia judicial al ámbito de la Unión Europea, señala que ésta corresponde con el progresivo desarrollo de un núcleo de garantías procesales a escala europea, vinculadas al reconocimiento del derecho a un proceso justo como derecho fundamental, recogido en el artículo 6.1 CEDH. Además ese mismo derecho figura en el artículo 47 de la carta de los derechos fundamentales de la UE”.²⁷

Cierto es que como derecho fundamental es inherente a la persona humana, y no puede admitir distinciones en razón a la condición de nacional o extranjero que ostente, como bien se desprende de las referencias que examina el Dr. Delgado Barreto:

“ En los países americanos, ha sido un principio constitucional constante el que los extranjeros gocen de los mismos derechos civiles que los nacionales, el cual asimismo se plasmó en los artículos 1 y 2 del Tratado de la Habana de 1928 (Código Bustamante) ratificado por el Perú, y por quince países latinoamericanos. La única excepción general ha sido en materia de derechos políticos. En el reconocimiento de los derechos de los extranjeros han contribuido los principios cristianos, la filosofía humanista del siglo XVIII y la influencia de la Revolución Francesa.....

A partir de la vigencia de la Constitución de 1993, las únicas prohibiciones y limitaciones a los derechos civiles de los extranjeros están referidas al derecho de la propiedad y a ciertas restricciones en lo que respecta al derecho al trabajo”.²⁸

No obstante, en materia de competencia judicial internacional, la legislación nacional impartió un tratamiento diferenciado entre nacionales y extranjeros, que implicó en los hechos algunas limitaciones en el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

1.1.3 Alcances de las normas de Derecho Procesal Civil Internacional

Para establecer el carácter de la norma de Derecho Procesal Civil Internacional, resulta pertinente, en principio diferenciar la norma de conflicto de la norma material procesal.

Con César Candela distinguiremos, las diferentes modalidades de normas reguladas por el Derecho Internacional Privado:

“Las **normas conflictuales** de Derecho Internacional Privado se ensamblan con tres elementos activos: la categoría o tipo legal o supuesto de hecho, el factor o punto de conexión y la consecuencia jurídica.

²⁷ DE MIGUEL ASCENCIO Pedro, Ob. Cit., p. 54.

²⁸ DELGADO BARRETO César, Comentario al art. 2046 del C.C., Igualdad de Derechos Civiles, en Código Civil Comentado, Lima, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 657,658.

En ese sentido, estas normas cumplen una doble función de localización (del ordenamiento nacional o extranjero) y de decisión (identificando la norma material que resulta vinculada a la relación jurídica privada internacional), proporcionando, por lo tanto, una solución indirecta.

Pertencen al género de las normas conflictuales casi todas las reglas sobre determinación del derecho aplicable consignadas en el título III del Libro X.

Asimismo, se debe tener en cuenta que junto a las normas conflictuales del Derecho Internacional Privado existen las **normas materiales** que concretizan una consecuencia jurídica de manera directa, y que se clasifican en normas **etáticas** o de inspiración nacional; **interetáticas** o de inspiración internacional creadas por acuerdos entre Estados; y **extraetáticas** o transnacionales que nacen del comercio internacional por obra de los particulares.

Pertencen al género de las normas materiales de producción nacional, las relativas a disposiciones generales (desarrolladas en el Título I del Libro X), conflictos de jurisdicciones (consignadas en el título II del libro X) y las reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros (incluidas en el Título IV del Libro X).

Fuera del contexto del Libro X se pueden considerar como normas materiales que se vinculan con la relación jurídica privada internacional, a las relativas a la nacionalidad, a la condición jurídica de los extranjeros y a la contratación de trabajos extranjeros, entre otras”.²⁹

Como puede apreciarse, las normas procesales civiles internacionales son de carácter material, etáticas las que emergen del Código Civil, en la parte del Derecho Internacional Privado consignadas en el título II la competencia jurisdiccional y el IV de reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos extranjeros e interetáticas las que emergen de los tratados ratificados por el Perú; al respecto cabe indicar que dichos tratados no necesariamente están referidos específicamente a temas de Derecho Procesal Civil Internacional, sino que regulándose materias diversas, aluden a aspectos vinculados al proceso civil internacional, como se advertirá en el siguiente capítulo

En cuanto a las normas materiales procesales etáticas, resulta necesario insistir en acotar, el carácter nacional de dicha normativa, no obstante, regular el tratamiento procesal de relaciones jurídicas de naturaleza internacional, las mismas que son de imperativo cumplimiento como ocurre con la normas del Derecho de familia, reales, contratos, o de cualquiera de los otros libros del Código Civil, en el ámbito nacional, dentro del territorio y con sus autoridades, de lo que se colige que no es posible la exigencia de su cumplimiento por parte de autoridades de otros Estados.

“Hay que recordar que al igual que en la denominación Derecho Internacional Privado, en el Derecho Procesal Civil Internacional, el adjetivo internacional se presta a equívocos y malentendidos. Se trata en ambos casos, de una rama de derecho esencialmente nacional por su fuente. Pretende regular, no obstante, situaciones jurídicamente internacionalizadas, supuestos de hecho con elementos de extranjería relevantes. Para hacer

²⁹ CANDELA SÁNCHEZ César , Comentario al art. 2047 del C.C , en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 666.

frente a estos casos, el Derecho Internacional Privado en sentido estricto, por su parte, utiliza ordinariamente, normas de remisión a determinados ordenamientos jurídicos..., por el contrario, el Derecho Procesal Civil Internacional determina la aplicación del propio derecho nacional –*lex fori*–, es decir de reglas procesales nacionales reguladoras de procedimientos en los que están presentes elementos de extranjería relevantes. Se trata de derecho nacional que,..está dirigido exclusivamente a las autoridades públicas nacionales y a las partes en procesos pendientes ante dichas autoridades. De lo anterior se afirma la validez universal del principio de *forum regit processum*, Esta regla básica está recogida expresamente en el artículo 56 de la LDIP *: “La competencia y la forma del procedimiento se regulan por el derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve”. Consecuente con este planteamiento es el artículo 38 de la LDIP, al consagrar que la sustanciación procesal de las pruebas se debe ajustar al derecho del tribunal o funcionario ante el cual se efectúa, es decir, a la *lex fori* del tribunal extranjero”³⁰

Cuestión distinta se plantea con las normas procesales interetáticas, cuya exigibilidad se extiende a los fueros de los Tribunales de los Estados comprometidos convencionalmente, pero aún así, no dejan de ser Derecho nacional. Lo explicita así, reiterada doctrina internacional:

“Es obvio que esto no impide que los Estados se pongan de acuerdo, a través de convenios internacionales, para establecer ciertas reglas comunes en este ámbito. Pero esto no afecta al principio de base: el DPCI que aplican nuestras autoridades, aunque sea de origen convencional (y ello traiga consecuencias hermenéuticas especiales, es *Derecho español*”.³¹

“..algunos países las normas de competencia judicial internacional presentes en dimensión autónoma del sistema presenten una formulación multilateral, como las de las normas de conflicto. Dicha formulación no debe llevar a engaño; aunque en el sistema argentino de competencia judicial internacional se establezca, por ejemplo, que son competentes en materia de contratos los jueces del lugar del cumplimiento o los del lugar del domicilio del demandado a elección del actor, tal precepto sólo obliga a los jueces argentinos, y si en un caso concreto los lugares indicados se encuentran, por ejemplo en Venezuela, el juez venezolano será competente o no según lo que digan sus normas de competencia judicial internacional y no por mandato contenido en las normas argentinas .

Esto significa que por más que en algunos sistemas estatales las normas de competencia judicial internacional se redacten de forma multilateral, debemos tomarlas como reglas unilaterales, exclusivamente dirigidas a los jueces del

³⁰ HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, Algunas cuestiones de derecho Procesal Civil en la ley de derecho Internacional Privado, <http://www.zur2.com/fcjp/117/ehbl.htm>, p.1-2.

³¹ VIRGOS SORIANO, Miguel, Ob. Cit., p36.

* Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, vigente desde el 6 de febrero de 1999.

estado que las dicta. Esto es así porque siendo la jurisdicción una cuestión en la que está implicado el ejercicio de una de las funciones esenciales del estado, resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de competencia vigentes en otros Estados y no en el suyo. Cosa bien distinta es que dicho juez pueda tomar en consideración las normas de competencia extranjeras para modular su actividad en determinadas circunstancias, como pueden ser las que se dan cuando se presenta una demanda ante él en un supuesto en el cual un ordenamiento extranjero dispone la competencia exclusiva de sus jueces y tribunales”.³²

1.2 Definición y efectos de la competencia judicial internacional.-

Como se señalara en el subcapítulo precedente, el Derecho Procesal Civil Internacional, comprende 1) La competencia judicial internacional, 2) Desarrollo del proceso, y 3) Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

El presente trabajo desarrollará el primer tema, a partir del estudio de los casos de divorcio internacional. Procedamos entonces, a definir con Aguilar Benites la competencia judicial como “Las normas reguladoras que establecen en qué condiciones, bajo qué requisitos, pueden conocer los órganos jurisdiccionales de un Estado de los problemas que se suscitan en las relaciones que aparecen conectadas con más de un ordenamiento jurídico”.³³

Virgos distingue aún más la competencia judicial internacional como noción distinta de la noción de jurisdicción.

La jurisdicción es un poder o capacidad que tiene atribuido un determinado órgano estatal: el poder/capacidad de juzgar; como tal es un presupuesto necesario de la competencia judicial internacional. La competencia judicial internacional es la posibilidad de ejercer ese poder o capacidad en un supuesto concreto.

Calvo Caravaca precisa “que la potestad jurisdiccional opera en relación a todo tipo de litigio; está referida a relaciones jurídicas con o sin elementos extranjeros, de tráfico interno o externo”³⁴

Virgos acota que en el Derecho Procesal Civil Internacional es, además, necesario separar ambos términos, pues el concepto de jurisdicción que se utiliza es el del Derecho internacional público, mientras que el concepto de competencia judicial internacional es el del Derecho nacional. En sentido

³² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., Ob. Cit. p.139.

³³ AGUILAR ,BENITEZ DE LUGO Mariano, Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002, p. 19.

³⁴ CALVO CARAVACA Alfonso Luis, Práctica Procesal Civil Internacional, Comares, Granada, 2001, p. 3

internacional, la jurisdicción es un atributo de la soberanía estatal. Sin embargo, el contexto, la coexistencia de una pluralidad de Estados igualmente soberanos, impone límites al poder de cada Estado, que son fijados por el derecho internacional público. Sobrepasarlos implica una infracción internacional. De ahí que dogmáticamente la primera pregunta sea la jurisdicción y la competencia judicial internacional sólo la segunda.

Distinguiéndose, por tanto, que “**La competencia judicial internacional** es la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de los litigios derivados de situaciones privadas internacionales (STC 61/2000 13 de marzo del 2000).³⁵

La función básica de las normas de competencia judicial internacional (CJI) es determinar si los tribunales de un Estado son o no competentes para conocer de un asunto o litigio internacional; esto es, para conocer de un asunto o litigio que presenta vínculos con otros Estados. Desde la perspectiva de los operadores en el tráfico internacional, las normas de CJI señalan a los futuros litigantes ante qué tribunales estatales pueden reclamar la tutela de sus derechos subjetivos.

El principio regulativo del que parte el régimen de CJI es de unilateralidad: cada Estado decide libremente sobre su CJI y cada Estado tiene, por tanto, su propio sistema de CJI. Esto explica la formulación unilateral de las reglas de CJI y, también, la “incomunicación” de los sistemas nacionales. Si aplicando sus reglas de CJI, el juez español se considera competente, no puede reclamar la remisión de los autos a un juez extranjero que eventualmente estuviera conociendo el mismo asunto; no existe la posibilidad de inhibitoria internacional.³⁶

Como se indicara, y dada la importancia del tema reiteramos, el carácter de norma nacional de su regulación la hace imperativa en el Estado en el cual tiene vigencia, por lo que no resulta exigible sus requerimientos a las actuaciones desarrolladas por órganos estatales extranjeros, cuestión que recoge explícitamente nuestro ordenamiento al consignar como requisito para la homologación de sentencias extranjeras en el inc. 2 del art 2104 del C.C , que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado, y no de nuestras normas de DIP.

Finalmente, una tercera e importante distinción en esta materia corresponde en cuanto a la definición de **competencia interna** , “es la atribución del conocimiento de un asunto a un concreto órgano jurisdiccional, en virtud de los criterios de competencia material u objetiva, territorial y funcional previstos en la ley de un Estado para atribuir el conocimiento de los litigios a sus órganos jurisdiccionales”.³⁷

³⁵ CALVO CARAVACA Alfonso Luis, O. Cit., p. 3

³⁶VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. p.49 a 53.

1.3 Modelos para la regulación de la competencia judicial internacional

Se reconocen dos modelos de regulación: El de soberanía y el de justicia privada.

En el modelo de soberanía se fija en la jurisdicción “como poder” y ve la justicia como una expresión de poder soberano del Estado. Se caracteriza por tener como principio regulador la plenitud jurisdiccional de los tribunales del foro, quedando relegados o excluidos la autonomía de la voluntad, las normas de Competencia Judicial Internacional son indisponibles y se imponen a los particulares.

De otro lado, **el modelo de justicia privada** se fija en la jurisdicción como función y pone el acento en la tarea de suministrar una tutela judicial efectiva *interprivatos*, reconociendo la autonomía de la voluntad de los particulares y la configuración del principio regulador de la proximidad razonable del asunto con el foro. Test de proximidad que supone evaluar los vínculos entre las circunstancias del litigio y el órgano judicial (domicilio, residencia, nacionalidad), vínculos procesales tales como la conexidad procesal³⁸.

Concluye Aguilar Benites de Lugo: que la libertad que se reconoce a los Estados en la regulación de esta materia, no conlleva por lo general que éstos extiendan en demasía su potestad jurisdiccional. Nuestro sistema (hace alusión al español) se inspira en el principio de proximidad razonable, en la idea de que conozcan nuestros órganos jurisdiccionales sólo cuando el supuesto o litigio presente cierta vinculación con nuestro país... la distancia del supuesto litigioso respecto al sistema español podría generar cargas procesales poco razonables para las partes, provocar indefensión y dificultar la consecución de una adecuada tutela judicial efectiva.³⁹

Al respecto el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 61/2000, de 13 de marzo de 2000, ha insistido en esta última idea, en la vinculación que debe existir existe entre las normas de competencia judicial internacional y el Derecho a la tutela judicial efectiva, y en cómo deben configurarse dichas normas para respetar este derecho.

“En este sentido, cabe afirmar que las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional [...] responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte, a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De

³⁷ CALVO CARAVACA Alfonso Luis, O. Cit., p. 3

³⁸ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. p.54.

³⁹ AGUILAR BENÍTES DE LUGO, Mariano y otros. Ob. Cit., p.23.

otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la justicia⁴⁰.

Con similares argumentos Diego Fernández refiriéndose al orden latinoamericano sostiene:

“La competencia judicial internacional funciona sobre la base de tres principios: la concurrencia de foros como regla general (la exclusividad es una excepción), la exigencia de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez competente) y el respeto de los derechos fundamentales vinculados con la competencia (garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no discriminación de los litigantes)

Sin embargo, los argumentos que llevan a legisladores y jueces a fundar el ejercicio de la jurisdicción en los casos de DIPr van a menudo por otros derroteros. Así, es dable mencionar una serie de justificaciones que se corresponden (no estrictamente, más bien por aproximación) con determinadas categorías de intereses”.⁴¹

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha ido delimitando aquello que en su opinión podría considerarse como el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o judicial efectiva para diferenciarlo de debido proceso, delimitándolo a la idea de acceso a la justicia (judicatura ordinaria o constitucional), y además, a la necesidad de asegurar la efectividad de las distintas resoluciones judiciales. Fallos Tineo Cabrera (exp. 1230-2002-HC/TC) o el de Tineo Silva y otros(exp. 010-2002-AV/TC)⁴²

“Respecto al tema del acceso a la justicia, son múltiples las ocasiones donde los organismos de protección internacional de Derechos Humanos han invocado que toda persona, y sobre todo aquellos que alegan ser víctimas de violación de sus derechos, deben contar con posibilidades de acceder a un escenario judicial con ciertas garantías mínimas (En el Comentario General del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o en sentencias como el “Blake”, el “Villagrán Morales” o el “Durand y Ugarte”, podemos encontrar algunos importantes ejemplos al respecto).⁴³

Teniendo en cuenta lo expuesto por ambos modelos, consideramos que nuestra normativa se acoge al segundo de éstos, máxime si asumimos el importante desarrollo constitucional nacional, que ha venido imponiéndose a través de pronunciamientos como los acotados, cuyos referentes interpretativos corresponden extender a la comprensión de la competencia

⁴⁰ AGUILAR BENÍTES DE LUGO, Mariano y otros. Ob. Cit.p.23.

⁴¹ FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Ob. Cit., p.120.

⁴² ESPINOZA – SALDAÑA BARRERA Eloy. Derecho al Debido Proceso. Materiales Módulo de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, p.49.

⁴³ ESPINOZA – SALDAÑA BARRERA Eloy., Ob. Cit., p.28.

judicial internacional, que procura como se señalara precedentemente salvaguardar el derecho a la tutela jurisdiccional que es ante todo un derecho fundamental reconocido como tal explícitamente en nuestra Carta fundamental, antes que ser únicamente la mera expresión de un poder estatal, por lo que resulta fundamental insistir que en esta materia la racionalidad que debe imponerse es que “En el DPCI lo que está en juego no es la protección de intereses estatales, sino la protección de derechos subjetivos entre particulares (o, dicho de otro modo, pretensiones inter privados), y en concreto, la realización procesal de esos derechos en el tráfico internacional”.⁴⁴

Posición, que en todo caso ha de exteriorizarse a través de la interpretación que vengán conduciendo los miembros de la judicatura respecto de la normativa procesal internacional local, orientada bajo dichos principios rectores, ya que como lo expresa Virgos Soriano, los tribunales de cada Estado son, en principio, los únicos competentes para determinar su CJI⁴⁵.

“En consecuencia, la determinación de la competencia judicial demanda un cuidado muy especial a los legisladores y a los jueces a fin de que el goce efectivo de ese derecho no sea frustrado se debe entonces, de un lado, evitar la adopción de foros que lo limiten así como restringir el campo de aplicación o eliminar directamente aquellos que ya existen y, de otro lado, asegurar que las normas de competencia razonables no resulten inaccesibles a causa de interpretaciones injustificadas o arbitrarias. Pero la certeza y la seguridad jurídicas no tienen que ir necesariamente de la mano de la imperatividad de las normas de competencia. Ellas son “principios - medio” para conseguir el “principio – finalidad” de la justicia (o de la solución justa del litigio).⁴⁶

1.4. Tipos de competencia judicial internacional: Competencia internacional directa e indirecta.-

La distinción entre jurisdicción directa e indirecta procede de Bartin. La jurisdicción directa reparte las jurisdicciones equitativamente entre los diversos países, la indirecta protege en cambio, la propia jurisdicción contra invasiones procedentes de éstos. (⁴⁷)

Nosotros preferimos acoger los términos de competencia internacional, distinguiendo como Inés Weinberg lo señala “entre competencia internacional directa y competencia internacional indirecta, la primera referida a la facultad de un tribunal de un Estado de declararse competente y juzgar determinadas

⁴⁴ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp. 41.

⁴⁵ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp.82-83.

⁴⁶ FERNÁNDEZ ARROYO Diego P, Ob. Cit., p.126.

⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Novena edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 2002. 849. Pág. 459.

controversias con elementos extranjeros. Una vez resuelto el conflicto de competencias, el tribunal que va a entender debe resolver el conflicto de leyes, es decir, establecer si ha de aplicar derecho propio o extranjero. La competencia internacional indirecta va a ser tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

[...] En el orden interno la competencia se refiere al reparto de casos [...]

[...] En el orden internacional se refiere a la adjudicación de casos entre Estados, con prescindencia del tribunal que va a resolver en el orden interno” (48).

Se diferencia así lo que debía ser el ámbito de las normas nacionales de competencia judicial internacional de las que determinan la competencia interna, y que muchas legislaciones no distinguen, no obstante como se indicara responden a principios reguladores diferentes. Como ocurrió en nuestra legislación, en las que las reglas de competencia judicial internacional tenían un tratamiento asistemático, hasta las modificatorias introducidas por el vigente Código Civil, como podrá apreciarse en el siguiente capítulo.

“El que existan normas distintas para regular la competencia judicial internacional y la competencia judicial interna ha sido valorado positivamente por la doctrina, pues implica un reconocimiento de los distintos valores y principios que inspiran a unas y otras”⁴⁹.

Giancarlo Lozano Blas en su investigación sobre el Control indirecto de la competencia internacional de los tribunales extranjeros en el reconocimiento de sentencias extranjeras. Un análisis desde el punto de vista del derecho peruano en comparación con el Derecho alemán, sostiene la interesante tesis de la identidad entre la competencia judicial directa e indirecta, discrepando de los que afirman su tratamiento autónomo.

“En este tópico hay dos posturas en cuanto a la concepción de la competencia judicial indirecta, una es la tesis de la identidad entre la competencia judicial internacional directa e indirecta, como dos caras de la misma moneda, tesis con la que comulgamos y no creemos que Bartin vislumbrase en su estudio al descubrir este tema otra distinción, aunque nos pueda parecer conveniente que así fuese sido, dado que la ventaja de concebir, desde la segunda postura, que favorece más el reconocimiento, formulada por Goldschmidt de la “autonomía de la jurisdicción internacional indirecta”, como una institución de propia personalidad en comparación con la jurisdicción internacional directa. Ante esto no es lícito sustituir normas de competencia indirecta por las de competencia directa: “sino que hay que elaborar normas propias de jurisdicción internacional indirecta”, las cuales,

⁴⁸ WEINBERG; Inés Mónica. Derecho Internacional Privado. LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002. Pág. 35

⁴⁹ AGUILAR BENÍTES DE LUGO, Mariano y otros, Ob. Cit. p.20.

según el autor, deben partir de pautas razonables, incluso diciendo que aunque se haya ratificado la CIDIP III, sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, operaría como norma consuetudinaria. Esta postura, que consideramos loable, sin lugar a dudas se aleja de la letra de la ley. Que creemos pretende otra cosa y mal puede considerarse norma consuetudinaria una convención que al momento ha sido ratificada por un país, México”.⁵⁰

Al respecto, si bien nos orientamos hacia la tesis de Lozano Blas, descartando la autonomía de la jurisdicción internacional indirecta, nos aunamos al argumento expuesto por Virgos Soriano respecto a su estrecha vinculación “que el sistema de competencia judicial internacional (que se corresponde con la “tutela por declaración”) y el sistema de reconocimiento”) se hallan inextricablemente vinculados, funcionan como un sistema de “vasos comunicantes” y, por consiguiente precisan de una regulación coordinada. El elemento que armoniza ambos sectores del ordenamiento es su función: ambos son mecanismos diseñados para ofrecer una tutela judicial internacional efectiva”.⁵¹

Vinculación estrecha que no excluye su tratamiento diferenciado, como lo hace el Código Civil peruano en su Libro de Derecho Internacional Privado, al desarrollarlos en dos títulos distintos, pero que como se señalara en ambos casos su regulación está orientado bajos modelos y principios similares.

“Es evidente que - aunque el DIPr actual se basa mucho más en la cooperación que en la reciprocidad- si un Estado pretende acaparar todos los casos internacionales, desconociendo además los efectos de las decisiones extranjeras adoptadas sobre las bases legítimas y no contradictorias con sus propios valores esenciales, es muy probable que reciba – más temprano que tarde- un tratamiento similar de parte de otros Estados”.⁵²

1.5. Criterios atributivos de competencia judicial internacional: Los foros

Como se resaltara líneas atrás, son los Estados los que determinan los alcances de su competencia internacional, adoptando un modelo que estatalmente postulan, el mismo que responde a fines que especialmente pretende proteger o promover. Históricamente hemos podido advertir como en nuestra legislación, hemos evolucionado de una posición seudo proteccionista de los nacionales, relevando el criterio de atribución de

⁵⁰ LOZANO BLAS Giancarlo, El Control indirecto de la competencia internacional de los tribunales extranjeros en el reconocimiento de sentencias extranjeras. Un análisis desde el punto de vista del derecho peruano en comparación con el Derecho alemán, en Derecho Privado, Normas Legales, fascículo 6, p. 193.

⁵¹ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp.39.

⁵² FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Ob. Cit., p.121.

competencia nacionalidad, que incluso en lo relativo al estatuto personal era absoluto, al atribuirse competencia exclusiva en estas materias.

“Como consecuencia de esto, el Estado en el que se considere que el objetivo principal de sus tribunales es servir a sus nacionales, tendrá jurisdicción siempre que el demandante sea de la nacionalidad del Estado. Tal es el caso por ejemplo del Derecho Francés.

El Estado que sostenga que la tarea de sus tribunales es aplicar y desarrollar su propio Derecho, dispondrá que sus jueces son competentes solo si sus normas de conflicto señalan en el caso como ley aplicable la *lex fori*. Esta regla, si bien puede ser útil, no debe ser exagerada ni supone que lo idóneo sea establecer la identidad entre juez competente y norma aplicable en todos los casos”.⁵³

Es como puede advertirse una decisión de política legislativa, que el Estado determina y el poder judicial ejecuta.

“En general, los Estados suelen estar inclinados a conceder a sus tribunales una competencia territorial más amplia de la que están dispuestos a reconocer a los tribunales extranjeros. No hay regla de Derecho Internacional que impida tal discordia. Vemos pues, que la determinación de la competencia de los tribunales de cada Estado queda a criterio de cada legislador nacional, y es él quien resuelve de acuerdo con lo que su juicio resulte el punto de vista fundamental de su jurisdicción, los alcances de la misma”.⁵⁴

Esta decisión estatal es a través de la elección de los foros o criterios de atribución internacional judicial. En este aspecto, cabe definir con Beatriz Campuzano Díaz en la obra colectiva mencionada, que “Los foros son circunstancias de hecho o jurídicas presentes en las cuestiones o litigios derivados de las relaciones jurídico-privadas internacionales, que sirven al legislador para fundamentar la competencia judicial internacional de sus órganos jurisdiccionales.....

La elección de los foros no es algo irrelevante o intrascendente, ya que pueden traducir determinados objetivos de política legislativa. En ocasiones los foros se eligen con la idea de que los órganos jurisdiccionales de un país sólo conozcan de los supuestos o litigios que se hallen razonablemente vinculados con el mismo; en otros casos, pueden estar destinados a proteger a la considerada parte débil de la relación jurídica; es posible también, como sucede en algunos sistemas jurídicos de nuestro entorno, que se elijan pensando en beneficiar a los propios nacionales en detrimento de los extranjeros... En definitiva, éstos no son más que algunos ejemplos que demuestran la importancia de esta cuestión”⁵⁵

⁵³ TOVAR GIL María del Carmen, comentario al art. 2057 del C.C. , en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 708.

⁵⁴ TOVAR GIL María del Carmen, Ob. Cit., p. 708.

⁵⁵ AGUILAR BENÍTES DE LUGO, Mariano y otros. Ob. Cit., ps. 28 y 29.

En efecto la elección de los foros atributivos de competencia internacional van a ser determinantes para la apertura o restricciones del Estado respecto al conocimiento u homologación de causas de contenido internacional, afirmando posiciones territorialistas, sujetando indebidamente a sus nacionales, sustrayéndolos de la competencia de fueros extranjeros que le son próximos y legítimos, dicha experiencia como se acotara, la podremos O ...a.dvertir en el siguiente capítulo al comparar jurisprudencia proveniente del régimen legal precedente y el vigente.

1.6 Foros atributivos de competencia: generales y especiales.-

El foro general atribuye competencia con independencia de la naturaleza del litigio. María del Carmen Tovar Gil, nos describe cuales serían estos teniendo en cuenta los intereses del actor o del demandado, para luego proceder a examinar cuál ofrece mayores garantías, siendo el domicilio o residencia habitual del demandado el foro general que viene admitiéndose en el ordenamiento internacional.

“Casi todas las leyes modernas que regulan sobre jurisdicción toman en cuenta como criterio decisivo el de los intereses en conflicto entre las partes. De lo que se deriva que deberá hacerse una valoración de los intereses del demandante y el demandado en cada supuesto y establecerse un fórmula que permita la máxima protección de ambas partes. La valoración de intereses según la relación de que se trate nos permitirá determinar cuándo un caso está lo suficientemente vinculado a un orden jurídico como para que sus magistrados sean competentes.

En forma sucinta podemos señalar que para el demandante existirán dos puntos principales de interés. El primero consistirá en entablar la acción ante un tribunal en el que espera ejecutar la sentencia; esto es lo que se llama principio de efectividad. De poco servirá al accionante ganar un pleito ante los tribunales de su Estado nacional si a la hora de cobrar la suma adeudada no existen bienes en el territorio de la referida jurisdicción y todo esfuerzo será vano, si luego determina que de acuerdo con las reglas de competencia indirecta del Estado en el que puede cumplirse la orden judicial, la sentencia en cuestión no pueda ser ejecutada. Es necesario para el demandante encontrar un criterio que permita la efectividad de las sentencias que se dicten. Este interés de la parte demandante es también interés del legislador del Estado, pues no parece aceptable pretender que se invierta el esfuerzo de su maquinaria judicial y el tiempo de sus magistrados, en emitir resoluciones que no puedan ser ejecutadas por carecer de una vinculación efectiva suficiente con la relación en cuestión.

El segundo interés del demandante es que su acción sea estimada por un tribunal que le sea fácilmente accesible. Este segundo interés solo podrá ser protegido por el legislador cuando no colisione con el interés del demandado. Vale decir, la elección del tribunal por la parte demandante solo podrá ser aceptada cuando el tribunal elegido guarde una real y efectiva vinculación

con el demandado. De lo contrario se recortaría el derecho del mismo a comparecer y defenderse en juicio.

Los intereses del demandante relacionados al fácil acceso al tribunal solo podrán ser protegidos si el criterio que se utiliza no afecta este interés del demandado. No puede dejarse de lado en la evaluación lo que es el interés público, que puede estar interesado en el proceso, cuando se afecten categorías de derechos que interesan al Estado”.⁵⁶

Las legislaciones modernas en materia de Derecho Procesal Internacional, como la renovada legislación Venezolana de Derecho Internacional Privado, vigente desde febrero de 1999 y como ya lo recogiera el ordenamiento nacional en el Libro X del Código Civil, fijan criterios atributivos de carácter general y especial:

“Los foros generales se basan en un criterio o circunstancia que sirve para atribuir competencia judicial internacional con independencia del objeto del litigio. Los foros especiales, por el contrario, atribuyen competencia atendiendo a las circunstancias concretas de un supuesto o relación jurídica”.⁵⁷

1.6.1. El foro general del domicilio del demandado

Virgos y Aguilar coinciden en señalar que el foro general por excelencia es el domicilio del demandado, el que ofrece las mayores ventajas procesales, tanto para el emplazado que va a contar con mayores posibilidades de ejercer su derecho de defensa, así como para el propio actor ante su eventual ejecución local, o en su defecto al pretender hacer valer la sentencia emitida en un proceso regular, que ha observado las debidas garantías, que serán consideradas en el fuero en el que pretenda el reconocimiento y ejecución.

“Se califica como “foro general”, ya que atribuye esa Competencia Judicial Internacional con independencia de cuál sea el objeto del proceso (obligaciones contractuales, extracontractuales, Derecho de Familia, etc), el tipo de demanda (declarativa pura, constitutiva o declarativa de condena) o la localización espacial de los hechos o derechos localizados dentro como fuera de España; es título competencial para cualquier pretensión contra el demandado”.⁵⁸

“El fundamento de este foro como foro general, como foro competente para cualquier pretensión contra el sujeto demandado, es básicamente de naturaleza jurídico pública. En la medida en que todo proceso implica una

⁵⁶ TOVAR GIL María del Carmen, Ob. Cit., p. 708.

⁵⁷ AGUILAR BENÍTES DE LUGO, Mariano y otros. Ob. Cit., p. 31.

⁵⁸ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp.121.

intromisión sobre la persona o su patrimonio- y, en última instancia, el poder para modificar sus posiciones jurídicas- el Estado más legitimado para ejercer este poder con *alcance general* es aquel en el que vive dicho sujeto (idea del “juez natural”). En términos de legitimidad política, se ha dicho al respecto que quien se beneficia de los servicios del Estado donde habita, debe quedar sometido a su poder jurisdiccional”.⁵⁹

Desde la perspectiva del actor, este foro resulta razonable toda vez que no es exclusivo, sino alternativo a los foros especiales, ello como regla, porque a modo de excepción, citaremos el caso de la regulación Suiza que otorga competencia exclusiva a sus tribunales en el caso de domiciliados tanto nacionales como extranjeros.

“ Finalmente o traco peculiar do sistema suíco consiste na existencia de uma norma de carácter constitucional destinada a proteger as pessoas que, sendo solventes, tem domicílio na Suíca, qualquer que seja sua nacionalidade. Conforme a interpretação jurisprudencial do artigo 54 da Constituição, o domicílio suíco de uma pessoa se erige no critério que atribui competência internacional exclusiva aos tribunais helvéticos para todo processo contra si movido. Este carácter exclusivo significa impugnação na perspectiva suíca da competência internacional de qualquer outro país, negando, por exemplo, o reconhecimento ou a execução das sentenças que eventualmente se ditem n estrangeiro. Em outras palavras, se erigem ao nível constitucional o princípio actor sequitur forum rei, que se se transformou em princípio construtor da competência processual internacional suíca”.⁶⁰

Atribuir a este criterio general el carácter de foro exclusivo, resulta exorbitante y por lo tanto muy discutible, por cuanto impediría que un domiciliado pueda ser emplazado por un tribunal extranjero, cuando ello puede ser totalmente legítimo, en tanto el proceso instaurado en el extranjero observe las garantías del proceso justo y se adviertan los vínculos de conexión pertinentes entre el tribunal y la causa en proceso. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en este aspecto, en los siguientes términos:

“La Constitución garantiza un mínimo e impone un volumen máximo, pero dentro de estos límites, la formulación concreta del régimen de CJI es una *cuestión de configuración legal*.

No existe, como tal, un derecho constitucional “a no ser demandado en el extranjero” (a right not to be sued abroad); es más, de los parámetros constitucionales se podría derivar, cuando la CJI de los tribunales extranjeros sea razonable, un fundamento constitucional a la carga de comparecer como demandado ante un tribunal extranjero (vid., STC 43/1986)”.⁶¹

⁵⁹ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp.123.

⁶⁰ IRENEU STRENGER (Sao Paulo) en Max- PlackInstitute, Avances del Derecho Internacional Privado en América latina, Montevideo, 2002, p.479.

⁶¹ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp.59.

Cabe acotar finalmente, que lo determinante es el domicilio del demandado en el momento de presentación de la demanda, en consecuencia, cualquier alteración posterior del domicilio no afecta la competencia radicada.

Siendo esta la regla, la excepción de la competencia respecto a domiciliados la constituye los casos de competencia exclusiva y negativa que cada régimen legal pueda establecer.

1.6.2. Foros especiales en el ámbito del Derecho de Familia.

Ser foro especial en relación al foro general, no importa ser excepcional, en tanto tienen un fundamento propio emergente de su proximidad razonable con la causa en litigio, por lo tanto su acceso a ellos no debe comprenderse de manera restrictiva en relación al acceso al foro general. La razón que las vincula legitima que los demandados extranjeros puedan ser emplazados por un tribunal nacional.

“Son foros especiales por razón de la materia por cuanto atribuyen CJI a los tribunales españoles frente a domiciliados en el extranjero a partir de la naturaleza material de la pretensión del actor y de la conexión tipificada que el litigio presenta con España”⁶²

Los foros especiales responden a un principio de proximidad razonable entre los tribunales competentes y el objeto del litigio, es un sistema de vinculación tipificada, éstos son subsidiarios al foro general del domicilio.

“En el ámbito del Derecho de Familia los criterios de atribución de CJI no son predominantemente objetivos, sino subjetivos o personales; esto es, los criterios no se refieren a circunstancias objetivas del litigio, como el lugar del cumplimiento o celebración del contrato, el lugar de situación del bien mueble o el lugar de producción del daño, sino a circunstancias subjetivas como el domicilio, la residencia habitual o la nacionalidad de las partes. La razón principal es que en el ámbito del Derecho de familia no se suele discutir sobre una transacción específica: un daño extracontractual, un contrato determinado o un derecho real sobre un mueble concreto, sino lo que está en juego son cuestiones que determinan el *estatuto personal de lo sujetos*. Esto es, la posición personal o identidad de un sujeto en sus relaciones sociales; de ahí que los criterios de atribución atiendan a circunstancias subjetivas”.⁶³

⁶² VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp.229.

⁶³ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp.229-230.

1.6.2.1. Criterios de proximidad razonable

Diego Fernández Arroyo nos distingue entre la proximidad razonable al foro y los foros exorbitantes:

“La determinación legal – y en su caso, jurisprudencial- de la competencia del juez de un Estado para entender y decidir en una categoría o especie de situaciones privadas internacionales depende, en principio, de la vinculación de la misma con dicho Estado. Tal proximidad es lo que confiere razonabilidad a un foro de competencia. Lo opuesto a un foro razonable es un foro exorbitante, mediante el cual un Estado atrapa bajo su jurisdicción un supuesto que no le corresponde. Lo fundamental de un foro exorbitante es, en primer lugar, que el elemento que se toma en consideración para fundar la competencia no es esencial a la relación jurídica regulada sino meramente tangencial o accidental, y eso cuando no es totalmente ajeno a la misma. Y en segundo lugar, no menos importante resulta considerar que la razón de ser su consagración suele ir emparentada con la intención de beneficiar a la parte que tiene una vinculación local, la que presenta un vínculo con el país cuyo ordenamiento incluye la norma de competencia exorbitante, en desmedro de la parte foránea. Según mi opinión, la falta de razonabilidad de la que adolecen por definición los foros exorbitantes, tampoco encuentra explicación por lo general en la noción de soberanía, y sólo excepcionalmente – en circunstancias muy particulares- cabe admitir que con la aplicación de un foro de este tipo se beneficie la realización de la justicia. Incluso cabe una apreciación general diametralmente opuesta debido a que en muchos casos la utilización de estos foros puede llevar aparejada la vulneración de derechos fundamentales como el acceso a la justicia o la igualdad”.⁶⁴

Como criterios más comunes en esta materia se consignan:

a) Nacionalidad.- La nacionalidad es un vínculo efectivo entre el tribunal y los nacionales del país en que actúa el tribunal. ⁽⁶⁵⁾ Se sostiene que el estado matrimonial de las personas corresponde a su estatuto personal, por lo tanto el tribunal nacional es el competente. La interrogante que se plantea es cómo determinar la competencia si los cónyuges tienen diferente nacionalidad o la de aquellos que estatuyen que la mujer casada tiene la misma nacionalidad del marido, ya sea porque la tenía antes o porque la adquiere jurídicamente al casarse.

⁶⁴ FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Ob. Cit., p.144, 145.

⁶⁵ FERRARI CERETTI, Francisco, El Divorcio, Ediciones Depalma Bs As 1975, Pág. 32

El gran inconveniente de este criterio, son las dificultades que se generan para los nacionales que han emigrado habiendo radicado su vida en otras realidades, los que se tienen que ver precisados a resolver controversias de esta naturaleza en su país de origen. De otro lado, la posibilidad de la doble nacionalidad, o que los cónyuges se naturalicen por propia voluntad en cierto Estado, para que el vínculo indisoluble se torne disoluble o viceversa, como ocurría en antaño, o como podría serlo ahora para facilitar el divorcio a través de una legislación más flexible. Reparos como los señalados han tornado a este criterio de atribución menos aplicable en nuestro medio, mas no así en Europa como lo apreciaremos en capítulos siguientes.

b) Domicilio conyugal: Los tribunales del domicilio de los cónyuges son los más cercanos a la vida familiar y a regular la vida de los cónyuges, en conceder o no el divorcio, porque es el lugar donde se ha establecido el hogar y en el que se desarrolla la vida social de la familia. José Luis Fernández Flores ⁽⁶⁶⁾ se pregunta de qué domicilio se trata, y al responderse nos propone:

- 5 Competencia a través del domicilio del marido (lo cual significa darle a éste una prevalencia sobre la mujer que en muchos casos sería injusta, y estaría, desde luego, en oposición a las nuevas corrientes de equiparación jurídica entre los cónyuges y entre los sexos),
- 6 Competencia por el domicilio de cualquiera de los cónyuges (que permite comparecer indistintamente, ante el juez del marido o ante el de la mujer),
- 7 Competencia por el domicilio del demandado (que si bien permitiría evitar el divorcio, por parte de este demandado, por el sólo hecho de trasladar su domicilio, o recurriendo a la ocultación de su domicilio, también lo es que posibilita el ejercicio del derecho de defensa del emplazado en mejores condiciones),
- 8 Finalmente, determinación de la competencia con base en el domicilio conyugal (criterio menos discutible, cuando tal domicilio conyugal se fija de común acuerdo, pero que conduce al injusto primer supuesto cuando se entiende que el domicilio conyugales el domicilio del marido, o cuando es éste quien lo fija directa o independientemente).
- 9 Las autoridades de la jurisdicción donde domicilia la familia son evidentemente las más accesibles a los cónyuges. El reparo que se le imputa es su eventual manipulación a efectos de favorecer la disolución del vínculo matrimonial, propiciando cambios de domicilio con propósitos de fraude a la ley.

c) Residencia.- Según este criterio la simple presencia en el lugar, sin la necesidad del *animus* que identifica al domicilio es suficiente para radicar jurisdicción, su gran desventaja es que se funda en una circunstancia inestable, y sujeta a manipulación, agudizándose los riesgos acotados en el factor de conexión precedente.

⁶⁶ FERNANDEZ FLORES, José Luis, El Divorcio en el derecho Internacional Privado, Buenos Aires, Editorial de Palma 1967. Pág. 31

d) Conexiones acumuladas o Alternativas: El jurista Quintín Alfonsín ⁽⁶⁷⁾ señala: De todos los sistemas, el que va ganando terreno es el que establece la competencia sobre la base del domicilio conyugal, y para el caso que los cónyuges tengan domicilios distintos, se suele acudir a la determinación de la competencia mediante el domicilio del cónyuge que solicita el divorcio.

Se advierte en épocas más contemporáneas, en regulaciones expedidas en el ámbito de la Comunidad Europea criterios de aproximación relativa, pero que resultan pertinentes en realidades con tanta movilidad social como ocurre en dicho continente. Aguilar Benitez de Lugo cita a modo de ejemplo en este aspecto” El Reglamento (CE) número 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (en adelante, Reglamento Bruselas II), establece en su art. 2 una serie de foros con carácter alternativo. A continuación recogemos algunos de ellos: “Serán competentes para resolver sobre las cuestiones relativas al divorcio, a la separación judicial o a la nulidad de matrimonio de los cónyuges los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: la residencia habitual de los cónyuges [...]; la residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda [...] b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su *domicile*”.

En el primer apartado se acude a una circunstancia fáctica, residencia habitual, relacionada con las dos partes en el litigio, o sólo con el demandante y acompañada en este caso de un requisito temporal. En el segundo apartado se acude a una circunstancia jurídica, nacionalidad o domicilio en el supuesto particular mencionado, relacionada con las dos partes en litigio”⁶⁸

1.6.2.2. Se admiten además en acciones sobre estado de las personas un foro especial en razón al Derecho aplicable.

En estos casos resulta de aplicación la teoría del paralelismo, por la cual son competentes los tribunales del Derecho aplicable, pues se entiende que nadie es mejor juez que el que aplica su propio Derecho.

“En cuestiones de derecho de familia la competencia judicial internacional está muchas veces dada por la ley aplicable. Parece conveniente que sea

⁶⁷ ALFONSIN, Quintín. Régimen Internacional del Divorcio. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo., 1953. Pág. 33

⁶⁸ AGUILAR BENÍTES DE LUGO, Mariano y otros. Ob. Cit., ps. 28 y 29.

competente el tribunal del país cuyo derecho se va a aplicar. Pero esta competencia no es exclusiva.

El C Civ. Argentino en su art. 227” establece que las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo (*lex causae*) o ante el domicilio del cónyuge demandado”⁶⁹

La Dra. Delia Revoredo explica la denominada “teoría del paralelismo”, “Será preciso entonces, invertir el método del derecho Internacional privado: analizar previamente las normas de conflicto legislativas peruanas; si ellas señalan como aplicable la ley peruana, entonces tendrá competencia el tribunal nacional”⁷⁰

Dicha radicación de competencia es irreversible, como seguidamente nos explica Goldschmidt Werner:

“La jurisdicción internacional en los tribunales del país cuyo derecho es aplicable a la materia del juicio (llamada teoría del paralelismo). Desde luego esta regla no es inversible: El hecho de que el tribunal tenga que aplicar Derecho extranjero no excluye su jurisdicción. Sabemos que la extraterritorialidad del Derecho Privado extranjero es el fenómeno fundamental del DIPr. Por lo demás se desea favorecer un juicio cómodo, puesto que siempre es más probable que el Derecho se aplique correctamente si es el propio que si es Derecho extranjero. Pero el buen deseo tropieza con dos obstáculos. Por un lado, en muchos juicios, y debido al método analítico, no se aplica un único Derecho sino varios Derechos, por ejemplo, uno a la capacidad, otro a la forma y otro a la validez intrínseca del contrato. ¿Tiene entonces jurisdicción cualquiera de los países cuyos Derechos se aplican o sólo uno de ellos? En cualquiera de ambos supuestos se disipa la ventaja de que el juez aplica únicamente su propio Derecho. Y, por otro lado, frecuentemente es muy dudoso, al iniciarse un juicio, cuál es el Derecho aplicable. Será menester involucrar en el problema procesal de la jurisdicción el problema de fondo del Derecho aplicable. Y, además, si al final resultara que el tribunal se equivocó ¿mantiene su jurisdicción “*perpetuatio jurisdictionis*”) a pesar de dictar una sentencia basada en Derecho que no es el suyo, o tiene que declarar de oficio a medio camino su carencia de jurisdicción?”⁷¹

El juez en este caso, como se acotara precedentemente determinará su competencia judicial internacional, si luego de seguir el paso siguiente, determina de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado que su derecho es el aplicable, y en consecuencia puede conocer de la causa de componente internacional.

⁶⁹ WEINBERG; Inés Mónica, Ob. Cit., P. 71.

⁷⁰ REVOREDO MARSANO, Delia, Exposición de motivos y comentarios. Derecho Internacional Privado. Talleres Gráficos Okura, Lima, 1985, p.931.

⁷¹ GOLDSCHMIDT, Werner., Ob. Cit., p. 461.

Diego Fernández formula algunas críticas al *forum causae* como regla general:

“Presente en los Tratados de Montevideo, esta técnica para determinar el juez competente parece responder a la concepción de buscar el paralelismo entre el *ius* y el *forum*. En Uruguay constituye el principio general del sistema de competencia judicial internacional y se mantiene, como criterio general, en el art. 54 c) Proy Urug y en el art 7.1 de las Bases Uruguay”. Fuera de la ventaja práctica de que el juez aplica en tal caso su propio derecho., no puede considerarse una regla aceptable, si bien están muy vinculadas, responden a distintos principios, finalidades y técnicas. No sólo implica una alteración secuencial del orden lógico de la resolución de los litigios pluriconectados sino que, además, traslada a sede jurisdiccional, donde está en juego nada menos que el derecho humano a la tutela judicial efectiva, los problemas particulares que puedan existir en el ámbito sustancial. Por las razones indicadas, en el mejor de los casos, el *forum causae* puede tal vez servir como regla de cierre, cuando no existen otros criterios, ni especiales ni generales, para determinar la competencia. Queda la posibilidad, más razonable, de que la figura se consagre en relación a materias muy concretas, como lo hace la LVDIPr en los arts. 41.1 (juicios relativos a universalidad de bienes) y 42.1 (acciones sobre estado de las personas y relaciones familiares). Claro que esto no significa para nada que la competencia y el derecho aplicable se confundan, como claramente lo ha expresado el máximo tribunal venezolano”.⁷²

Coincidimos con el autor en que resulta anacrónico consignar como criterio general, en estas materias, la concurrencia de la *lex fori* para la determinación del tribunal competente, por ello estimamos que su consideración subsidiaria es la más acorde, tal como se amerita ocurre en nuestro ordenamiento, como se precisará en el siguiente capítulo.

1.7. La autonomía de la voluntad a través de la prórroga de jurisdicción o sumisión voluntaria.-

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la competencia judicial, expresa el principio dispositivo que inspira el derecho procesal civil, considerando que son las partes quienes mejor pueden determinar lo más favorable a sus intereses, y que de este modo pueden incluso asegurar determinando la competencia del tribunal, la ley procesal y sustantiva aplicable, evitando incertidumbres que dilaten y perjudiquen la eventual solución de su controversia.

“Las partes tienen derecho a obtener una solución justa de un tribunal apropiado. El goce de ese derecho constituye un objetivo central de derecho en general y del DIPr en particular.Una vez reconocida la libertad de las partes y el derecho de acceso a la justicia y constatado el carácter privado de las relaciones jurídicas afectadas, la facultad de elegir al juez competente

⁷² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Ob. Cit., p.140.

obtiene de un modo natural el rango de regla general aplicable a todas las materias, sometida, en tanto que regla general, a las excepciones planteadas por la concurrencia con intereses generales superiores. Pero es también la libertad inherente a los intereses de las partes lo que ha permitido una cierta flexibilización de los foros de competencia para algunas materias, sin necesidad de acuerdo previo entre las partes”⁷³

Aunque fuera descartada en materias familiares por Quintín Alfonsín, es causa atributiva de competencia en el orden internacional. Al respecto observa Ferrari (⁷⁴). En lo que respecta a la sumisión voluntaria, es menester que se acompañe del domicilio, la nacionalidad o el acto, para que surta efectos sobre la jurisdicción... Como puede apreciarse los alcances de la autonomía de la voluntad en causas que versan sobre el estado y la capacidad de las personas se limita, admitiéndosele se le requiere vinculación del tribunal con la materia de controversia.

La sumisión puede ser expresa o tácita, Virgos nos lo explica, en el razonamiento del ordenamiento español, de plena aplicación al nuestro:

“El tema se divide en dos apartados: la sumisión expresa y la sumisión tácita. La voluntad común de las partes para atribuir CJI a los tribunales españoles se puede manifestar de dos formas distinta: fuera del proceso o en el mismo proceso. En el primer caso, las partes se ponen de acuerdo para someter el litigio a los tribunales de un determinado Estado; nos encontramos ante un acuerdo o cláusula de elección de foro. Esto se conoce como sumisión expresa. En el segundo caso, las partes realizan ciertos actos procesales que permiten presumir su voluntad de someterse a los tribunales españoles; el problema aquí es determinar cuáles son dichos actos procesales y qué eficacia tienen. Esto se conoce como sumisión tácita”.⁷⁵

En esta materia el Código Civil peruano y la ley de la especialidad de Venezuela la regulan, requiriendo para su procedencia que la materia litigiosa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República.

“La ley de derecho internacional privado de Venezuela de 1998 dispone que los tribunales venezolanos serán competentes para conocer en juicios relativos al estado de las personas y relaciones familiares cuando las partes se sometan a su jurisdicción y la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República (art. 42). La exigencia expresa de la vinculación efectiva es razonable en materias que integran el orden público, pues de otra manera la sentencia venezolana carecería de efectos extraterritoriales”.⁷⁶

En materia de divorcio, la sumisión expresa de los cónyuges se materializa cuando de común acuerdo intentan de manera conjunta su separación de

⁷³ FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Ob. Cit., p.124.

⁷⁴ FERRARI CERETTI, Francisco, Ob. Cit., p. 248 .

⁷⁵ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. p.274.

⁷⁶ WEINBERG; Inés Mónica., Ob. Cit., p. 45.

cuerpos convencional y divorcio ulterior judicial de modo personal e incluso a través de apoderado, teniendo su domicilio en el extranjero pretendiendo lograr la disolución de su vínculo en el país, muchas veces porque aquí se celebró o registró el matrimonio, resultándoles menos complicado acceder a nuestros tribunales para que se declare su divorcio, que iniciar un proceso ante los tribunales de su actual domicilio conyugal, para posteriormente continuar un segundo proceso judicial en el Perú de reconocimiento de sentencias extranjeras, con el consecuente gasto y pérdida de tiempo.

De otro lado, la sumisión tácita se produce cuando el demandante dirige su demanda contra un no domiciliado, que no objeta la competencia del tribunal nacional, no obstante no serlo, ni tampoco ser la ley nacional la aplicable, contestando la demanda y realizando diversos actos procesales conducentes a legitimar la competencia del tribunal que viene conociendo la causa.

En ambos casos, no se admite que las partes elijan un juez extraño a todo vínculo efectivo, dando lugar a supuestos de competencia negativa, como es el caso del artículo 2067 numeral 3 de la legislación civil nacional.

Diego Fernández Arroyo comenta que al fin y al cabo la elección del forum shopping, tampoco debe ser condenable, si es que esta decisión no afecta el derecho de una de las partes, creemos que dicho razonamiento resulta del todo lógico en materias patrimoniales, que sin embargo no lo sería en temas familiares, en donde efectivamente además del sometimiento de las partes se requiere la denominada vinculación con el territorio de la República.

“Si el derecho a obtener una solución justa en un tribunal adecuado es suficientemente reconocido, la tendencia del demandante a buscar el juez más favorable a su pretensión lo que se menciona habitualmente como forum shopping) no tendría nada de condenable en la medida en que los derechos del demandado no se vean afectados: Por otro lado, partiendo del principio de concurrencia de foros, el forum shopping se hace casi inevitable.....En definitiva, cabe afirmar que el forum shopping resulta condenable y digno de ser combatido si una o más de las opciones a favor del actor constituyen foros exorbitantes o si cualquier otra manera la defensa queda comprometida. Una opción entre foros razonables, en cambio, debe percibirse en principio como un refuerzo del derecho de acceso a la justicia”.

⁷⁷

1.8- Foros concurrentes o facultativos y foros exclusivos.

1.8.1. Foros concurrentes o facultativos.

⁷⁷ FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Ob. Cit., p.125.

Por lo general los foros tienen carácter facultativo, por cuanto la exclusividad de los mismos, siendo restrictiva, debe establecerse expresamente por la ley con este carácter limitativo, imponiendo no sólo la competencia del tribunal sino por lo general la aplicación de la *lex fori*.

Aguiar Benites nos explica que se entiende por foro concurrente o facultativo:

“Hay que distinguir también entre foros concurrentes o facultativos. Como señala J. D. González Campos, el carácter concurrente o facultativo de un foro de competencia judicial internacional, en contraposición a otro que se califica como exclusivo, radica en la actitud que adopta un Estado frente a los sistemas de competencia judicial internacional de los demás Estados.

Cuando se trata de materias regidas por foros facultativos o concurrentes, se admite que, pese a ser competentes los órganos jurisdiccionales de otro, basándose en un criterio distinto. En principio, nada se va a oponer con posterioridad al reconocimiento y ejecución de la sentencia que éstos dicten”⁷⁸

Foro de competencia judicial exclusiva

Como se advierte el efecto de la exclusividad del foro radica precisamente en la denegación de la tutela por reconocimiento, admitiéndose sólo la tutela declarativa en dichas materias. Virgos Soriano nos precisa las razones que conducen al legislador a establecerlos, con carácter expreso y excepcional.

“Los foros de competencia exclusiva obedecen a la pretensión del legislador de monopolizar, para cierta categoría de litigios, la CJI de sus tribunales. Son foros especiales por razón de la materia, pues se establecen en atención al objeto del proceso, pero que atribuyen competencia con alcance exclusivo y excluyente. El carácter exclusivo de los foros conlleva tres consecuencias: 1) se descarta el juego de los demás foros generales o especiales; 2) se descarta igualmente el juego de la voluntad expresa o tácita de las partes, lo cual implica, a su vez, un control *ex officio* de la CJI en estos casos, comparezca o no el demandado; y 3) se rechaza el reconocimiento de las decisiones extranjeras que hayan resuelto un litigio para cuyo conocimiento tuviesen competencia exclusiva los tribunales de otro Estado”.⁷⁹

En nuestro régimen legal son materias de competencia exclusiva por ejemplo, las acciones relativas a predios ubicados en el territorio de la República, las acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en el país, en los casos de prórroga de jurisdicción, la elección del tribunal es exclusiva, salvo acuerdo en contrario;

⁷⁸ AGUILAR BENÍTES DE LUGO, Mariano y otros. Ob. Cit., p.31

⁷⁹ VIRGOS SORIANO, Miguel. Ob.Cit. pp.255.

supuestos restrictivos, taxativamente dispuestos en el artículo 2058 del Código Civil.

“En materia de jurisdicción internacional rige, en principio, la máxima de la generosidad. Cuando más fueros se pongan a disposición del actor, más cómoda le será la realización de sus peticiones. Pero el despliegue de la generosidad supone, en primer lugar que cada país tenga un DIPr. justo y no dé intervención desorbitada al orden público; en efecto en caso contrario, el resultado del juicio depende decisivamente del DIPr. del país a cuyos tribunales el actor acude, y ello provoca el fenómeno que los anglosajones denominan el “forum shopping” (o sea, la elección por el actor de los tribunales de aquél país cuyo DIPr. en combinación con el Derecho Privado indicado le garantice la victoria). En segundo lugar, la comodidad del actor no debe redundar en una comodidad injusta del demandado. Sea ello como fuere, habiendo por regla varias jurisdicciones internacionalmente competentes, cada una de ellas tiene competencia concurrente. Si el actor escoge una jurisdicción competente extranjera, el juez argentino, cuando el día de mañana le exigen el reconocimiento (y en su caso la ejecución) de la sentencia extranjera, no puede rechazarla por falta de jurisdicción del juez extranjero. Las jurisdicciones son, pues, normalmente concurrentes”.⁸⁰

A modo de reflexión preliminar:

Como ha podido apreciarse a lo largo de este capítulo la regulación de los foros está orientada por la política legislativa de cada Estado, y su percepción por parte de los operadores del derecho que ejecutan tal predisposición, advertiremos en el siguiente capítulo cómo en nuestro país ello se ha patentizado, en lo que ha representado una posición en extremo territorialista a una de apertura democrática y de pluralidad razonable de criterios atributivos de competencia judicial internacional.

“La existencia de foros se relaciona con la libertad que tiene el legislador estatal para regular esta materia. Un Estado, con el ánimo de beneficiar a sus propios nacionales (Ej. El foro de la nacionalidad del demandante es un ejemplo de foro excesivo o exorbitante. Supone un privilegio para los nacionales del país que lo establece, que siempre podrán acudir a sus propios órganos jurisdiccionales, aún tratándose de supuestos que no tienen vínculo alguno con los mismos), o con cualquier otro objetivo de política legislativa, puede establecer foros excesivos o exorbitantes, y los demás Estados no pueden impedirselo. Ahora bien, sí pueden actuar contra estas atribuciones excesivas de competencia en otro plano, denegando el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera que se ha dictado en base a un foro exorbitante”.⁸¹

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. Ob. Cit., p. 469.

⁸¹ AGUILAR BENÍTES DE LUGO, Mariano y otros. Ob. Cit., p.32

Finalmente, deseamos acotar en esta materia , que consideramos que el fin de las reglas de derecho procesal civil internacional, como se ha planteado de manera reiterada en el presente texto, es la satisfacción de la tutela judicial , como expresión de un derecho moderno, democrático , garantista de derechos fundamentales de los ciudadanos en general, sean éstos nacionales o extranjeros y en tal medida, ello debe orientar las decisiones legislativas, así como la interpretación de los órganos jurisdiccionales “*pro libertati* y de favorabilidad, que determinen una opción por la norma que proteja más el derecho o sea más explícita”⁸² , por lo que reflexionando con IRINEU STRENGER, acogeremos su expresión:

“Lauvados nas fontes do direito processual internacional, podemos afirmar que a doutrina e a jurisprudencia de inúmeros países se expandem no sentido de acolher a multiplicação dos direcionamentos impostor pelas circunstâncias processuais que induzem a necessidade de admitir um abrandamento do rigor imposto pela *lex fori*, quando se trata de apreciar as relações jurídicas integradas na esfera da extraneidade.

Claramente não se trata de a territorialidade como fundamento dos mecanismos processuais componentes dos sistemas jurídicos formais de cada Estado, pois, reconhecidamente seria impraticável, mas, por outro lado, inúmeras são as situações que, impositivamente, reclamar soluções que não impeçam o exercício daqueles que buscam a tutela judicial, tendo como como barreira a *lex fori*, arraigada em princípios nitidamente ultrapassados pela modernidade do direito”

⁸² CASTAÑEDA OTSU Susana, El Principio de interpretación conforme a los tratados de Derechos Humanos y su importancia en los Derechos consagrados en la Constitución., en Materiales de Enseñanza AMAG, Derecho Constitucional, p.129.

Capítulo II

Competencia judicial internacional directa en materia de divorcio en el régimen legal y jurisprudencia peruana.

Como se señalara en el capítulo precedente, el legislador al regular los foros para la determinación de las competencias, fija los alcances de su política legislativa, restringiendo o limitándola, este aspecto precisamente podrá ser evaluado en las siguientes páginas, en las que podremos comparar la regulación impuesta por el Código de Procedimientos Civiles y el Código Civil derogados y el Código vigente, a fin de poder valorar no sólo el impacto de los cambios operados en esta materia, sino poder ubicar el sistema competencial al cual se adscribe nuestro régimen, posibilitando lineamientos para la interpretación de la normatividad en materia de competencia judicial internacional.

En principio, diremos que las normas de Derecho Internacional Privado y de Procesal Civil Internacional antes del Código Civil de 1984, se encontraban dispersas de un lado en el Código de Procedimientos Civiles, y, de otro, en el Código Civil derogados. El tratamiento sistemático de esta temática está presente en el Libro X sobre Derecho Internacional Privado, en los artículos. 2046 al 2111 del Código Civil.

2.1. Antecedentes.-

El Código de Procedimientos Civiles derogado, en su Art. 1158 establecía que "No tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú".

El régimen procesal precedente disponía por tanto, que en asuntos sobre esta materia los tribunales nacionales tenían competencia exclusiva respecto a los peruanos por el criterio de atribución de la nacionalidad, domicilien en el país o en el extranjero, y tratándose de ciudadanos extranjeros ésta era facultativa, pudiendo nuestros tribunales asumir competencia siempre que fueran domiciliados en el país.

2.1.1. Con relación a extranjeros:

La jurisprudencia en relación al Código Civil de 1936, en los casos de competencia judicial internacional directa, esto es respecto a demandas presentadas a nuestros tribunales que contenían relaciones jurídicas de carácter internacional, tratándose de divorcios entre ciudadanos extranjeros, determinó bajo dicho régimen algunos criterios a considerar:

A.- En relación a extranjeros no se podía declarar el divorcio de un matrimonio celebrado en el extranjero, cuyo domicilio conyugal no se había fijado en el Perú, no obstante uno de los cónyuges domiciliar en el país. En este sentido se pronunciaron:

- No corresponde a la jurisdicción nacional el conocimiento del divorcio de extranjeros cuyo domicilio conyugal se ha encontrado en el extranjero

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE SETIEMBRE DE 1951 ⁽⁸³⁾

La Corte Suprema declaró la insubsistencia de la acción de conformidad con el dictamen fiscal que señalaba:

[...] don [...] interpone demanda de divorcio contra doña [...], por la causal prevista en el inc. 5° del Art. 247 del C.C. El hecho del matrimonio, que se pretende disolver, está comprobado con la documentación que corre de fs. ...a ... Dicho acto tuvo lugar en la localidad de White Riper Junction, Estado de Vermont, de los Estados Unidos de Norteamérica. El domicilio conyugal estuvo fijado en dicho país, hasta fines del año 1946, en que el demandante viajó al Perú, contratado para prestar sus servicios en la International Petroleum Company, habiéndose negado la esposa, así se afirma en la demanda de fs. ..., a acompañarlo en el viaje y a residir en esta Capital. Por lo que se acaba de exponer, resulta que el domicilio conyugal, en ningún momento se ha establecido en el Perú, por lo que el actor no puede acogerse a las leyes nacionales, por lo dispuesto en el Art. V del Título Preliminar del C. C., que dispone que el estado y capacidad civil de las personas, se rigen por la ley del domicilio, con excepción de los peruanos, para quienes rige la ley nacional. Como ninguna de las partes es peruana, no corresponde a la jurisdicción nacional el conocimiento de este juicio.

- El ciudadano extranjero no puede pedir que se declare el divorcio por abandono malicioso del hogar de un matrimonio celebrado en otro país, si resulta que la mujer jamás ha ingresado al Perú.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE JULIO DE 1955 ⁽⁸⁴⁾

⁽⁸³⁾ Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 96, Enero de 1952, pp. 1579-1580.

⁽⁸⁴⁾ Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 144, Enero de 1956, pp. 63-64.

La Corte Suprema declaró infundada la demanda de conformidad con el dictamen fiscal que expresaba.

A fs. ..., demanda don [...] a su esposa [...], sobre divorcio fundándose en la causal de abandono malicioso. No sólo no ha probado el actor que su esposa hubiera abandonado el hogar común, sino que, como aparece del documento de fs. ..., está demostrado que doña...no ha ingresado al Perú, desde 1940. No pudo haber, pues, abandono del hogar, ya que el demandante en su escrito de fs. ...sostiene que en agosto de 1950 ingresó al Perú conjuntamente con la nombrada cónyuge.

- Es inadmisibile la demanda de divorcio de extranjerios que no domicilian en el país.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE ENERO DE 1982 ⁽⁸⁵⁾

La Corte Suprema, de conformidad con el Señor Fiscal declaró inadmisibile la demanda.

La sentencia de fs. ...teniendo en consideración lo dispuesto en el Art. 5° del Título Preliminar del Código Civil, que el estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, declara inadmisibile la demanda. Es de advertir que además no se ha acreditado que los cónyuges son residentes en el país.

Comentario:

El criterio jurisprudencial expuesto nos permite colegir que con la expresión de extranjeros domiciliados, se comprendía aquéllos cuyo domicilio conyugal estuviese señalado en el país, no admitiéndose dentro del supuesto, los domicilios personales que éstos hubieran establecido en el territorio de la República.

En los casos referidos el demandado era un no domiciliado, la pregunta que hoy podríamos formularíamos es, cómo se evaluaría la competencia judicial internacional si el extranjero emplazado domiciliara en el país?, creemos que en tal caso ya no podría exigirse el domicilio conyugal como criterio atributivo de competencia, porque importaría una aplicación discriminatoria del artículo 2057 del C.C.

Similar pregunta se plantearía ante el eventual sometimiento de la parte demandada a la jurisdicción nacional, al apersonarse a juicio y no cuestionar la competencia del tribunal peruano, supuestos que eran de plano excluidos al establecerse como único criterio atributivo de competencia el domicilio conyugal, identificándolo con el factor de conexión para la determinación de la ley aplicable, invocándose como se ha observado, que el sustento legal

⁽⁸⁵⁾ Exp. 3272-80 / Lima

para el rechazo de la demanda era la norma contenida en el Código Civil sobre ley aplicable y no la de contenido competencial, prevista el Código de Procedimientos civiles.

Como se advierte la posición del juez nacional, al amparo de la regulación de la época era eminentemente territorialista, correspondiéndose por lo regular ley aplicable y juez competente, no admitiendo la posibilidad de radicar jurisdicción en otros supuestos que podrían importar la eventual aplicación de la ley extranjera, lo que sí resulta imperativamente dispuesto en el régimen vigente, de acuerdo a lo ordenado por el art. 2051 del C.C, Derecho extranjero que debe ser aplicado por el juez nacional , incluso de oficio.

B.- Para asumir de competencia judicial internacional respecto a extranjeros se exigía el domicilio conyugal en el territorio siendo insuficiente la calidad de inmigrantes. En este sentido se pronunció:

- Es improcedente la demanda de divorcio interpuesta por extranjeros, que sólo tienen la calidad de inmigrantes y no de residentes.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE FEBRERO DE 1983 ⁽⁸⁶⁾

Del informe de fs. ...se establece que los cónyuges en causa tienen la condición de Inmigrantes y no la de residentes; en tal virtud no les es aplicable el Art. V del Título Preliminar del C.C., precepto según el cuál el estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio.

Declararon improcedente la demanda.

Comentario:

Al respecto las leyes 7744 y 9148 vigentes a la fecha de emisión de las resoluciones en comento, han sido modificadas por el Decreto Legislativo 703 del 5 de noviembre de 1991 Ley General de Extranjería y este último además por la Ley 28072 que regula la calidad migratoria rentista, del 4 de setiembre del 2003, y el Decreto Legislativo 1043 , del 25 de junio del 2008, los que disponen las normas de ingreso, permanencia y residencia de extranjeros en el país, definiendo que inmigrantes son aquellos que ingresan al país con el ánimo de residir y desarrollar sus actividades en forma permanente, concediéndoseles a los extranjeros admitidos con visa de residencia en el caso de inmigrante plazo de residencia indefinido; de situación similar gozan los rentistas , siendo aquéllos extranjeros que gozan de pensión o renta, permanente, y cumplen los requisitos establecidos con el ánimo de residir en el país, pero que no pueden realizar actividades remuneradas o lucrativas; por lo que, estimamos que a la luz de la legislación actual la limitación impuesta a los inmigrantes no operaría siendo aplicable además a los rentistas, que en tal condición si pueden someterse a tribunales nacionales, lo contrario importaría una discriminación del deber

⁽⁸⁶⁾ Exp. 1500-82 / Lima.

estatal de brindar tutela jurisdiccional tanto a ciudadanos nacionales como extranjeros.

Advertimos una vez más, que el argumento para denegar competencia en estos casos de extranjeros se sustenta en la norma relativa a la ley competente prevista en el Código Civil derogado, mas no en la norma de carácter procesal prevista en el Código de Procedimientos Civiles relativa a la competencia judicial internacional sobre la materia. Reiterándose la dependencia del foro a la ley aplicable.

En relación a la competencia internacional indirecta, esto es acceder a nuestros tribunales para el reconocimiento de sentencias expedidas en el extranjero, se dispuso que:

A.- No procedía la demanda de exequátur, que pretendía la eficacia de un divorcio de extranjeros que tuvieron domicilio conyugal en el extranjero. En este sentido se pronunció:

- *Corresponde a la jurisdicción nacional conocer de los juicios de divorcio sólo de extranjeros domiciliados en el territorio.*

5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE FEBRERO DE 1985⁸⁷

La Corte Suprema declaró improcedente la demanda de divorcio, mientras de criterio contrario el Señor Fiscal opinó:

..., al amparo del Título XXIX del C. de P.C. solicita a la Corte Superior de Justicia de Piura que la sentencia de divorcio dictada por la Corte del Circuito del Quinto Circuito Judicial del Estado de Illinois en el Condado de Coles, Charleston, de los Estados Unidos de Norteamérica expedida el ...tenga eficacia en el Perú, lugar donde se celebró el matrimonio el ..., según la partida de fs. ...Por sentencia de fs. ..., se declara infundada la demanda, lo que motiva el recurso de nulidad interpuesto por el mismo demandante.

Las disposiciones del Art. 1158 del cuerpo legal acotado son aplicables a los peruanos y extranjeros "domiciliados en el Perú", que no es el caso de autos. Según la copia de la sentencia obrante a fs. ..., debidamente traducida a fs. ..., fluye que la sentencia de divorcio fue dictada para personas que tenían establecido su domicilio conyugal en el Estado extranjero de Illinois quienes se sometieron expresamente a esa jurisdicción y obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial por la causal de crueldad extrema y reiterada conforme a esa legislación, que no es el caso analizar, pero que tampoco es reñida con el orden público ni las buenas costumbres y lo que es más, guarda similitud con nuestra legislación que admite la disolución del vínculo matrimonial; la calidad de residente en esa

⁽⁸⁷⁾ Exp. 527-84 / Piura.

ciudad extranjera del demandante, se ratifica con la copia fotostática debidamente legalizada obrante a fs. ...

Si el matrimonio de dos extranjeros, celebrado con arreglo a las leyes del país en el cual se verificó el acto, es válido en el Perú, no hay fundamento para negar la validez del divorcio de personas que han establecido su domicilio en el país donde se obtuvo el divorcio, por hechos constatados en el lugar donde se realizaron, tanto más si, según se desprende de la partida de fs. ...uno de los cónyuges, inclusive, tiene celebrado en 1978 nuevo matrimonio con persona distinta del demandante.

En consecuencia tiene fuerza legal en el Perú la sentencia de divorcio dictada por la Corte del 5° circuito judicial de Illinois, cuando se trate de matrimonio celebrado en el Perú con domicilio establecido en EE. UU. en cabal aplicación del Art. V del Título Preliminar del C. C. de 1936 que señala que el estado de capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio.

Por estas consideraciones este Ministerio Público opina que HAY NULIDAD en la recurrida, y modificándola se declare fundada la demanda.

Comentario:

Creemos que en todo caso los criterios reseñados para la competencia judicial directa deben ser evaluados considerando el ordenamiento jurídico nacional vigente, que consagra la igualdad de tratamiento entre extranjeros y nacionales y distingue los criterios atributivos de competencia positiva y negativa, teniendo en cuenta como foro o criterio general atributivo de competencia el domicilio del demandado, admitiendo otras posibilidades de vinculación efectiva con el territorio de la República, a ser interpretadas por el juzgador nacional, además de la ley nacional aplicable, en los casos de paralelismo.

De igual modo, en la competencia judicial indirecta o reconocimiento de sentencias extranjeras, somos de la opinión que la legislación nacional ha acogido un modelo de carácter procesal, como acota Virgos⁸⁸ conceptualmente en este se “aborda el problema de determinar el valor de una decisión judicial extranjera como un problema de naturaleza procesal. Este método proporciona reglas especiales de reconocimiento, distintas de las normas de conflicto.

Calvo Caravaca explica las ventajas de este modelo: En el denominado Exequátur mediante “control de requisitos procesales”. El juez del Estado requerido no debe controlar los hechos apreciados por el juez extranjero ni el Derecho que éste aplicó. Tampoco debe “repetirse” el proceso en el

⁸⁸ VIRGOS SORIANO Miguel, Ob. Cit., pp 543, 544.

Estado requerido. Según esta variante, el juez del Estado requerido debe controlar que la resolución extranjera se ajuste a una serie de “requisitos” de forma y de fondo: control de la competencia del juez de origen, respecto de los derechos de defensa, ajuste al orden público internacional, etc. La resolución del juez dictada por el juez del Estado requerido dota de “efectos ejecutivos” a la resolución extranjera en el Estado requerido.⁸⁹

Como se ha examinado tanto en la competencia judicial directa como indirecta, nuestra legislación ha experimentado una razonable apertura, que debe ser comprendida en el marco de una regulación moderna del Derecho Internacional Privado, inherente a un Estado democrático, cuyo fin primordial es la persona y la satisfacción de sus derechos fundamentales, en un mundo interconectado, orientado a fortalecer sus lazos de cooperación internacional.

2.1.2 .Con relación a nacionales

La jurisprudencia en los casos de competencia judicial directa dispuso:

A- En el caso de peruanos que han contraído matrimonio civil en el extranjero, deben de inscribirlo en el Consulado peruano de dicha República y en el Registro de Estado Civil peruano, en caso contrario, el matrimonio no surte efectos civiles, declarándose improcedente la demanda de divorcio interpuesta. En este sentido se pronunció:

6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE FEBRERO DE 1984 ⁽⁹⁰⁾

La Corte Suprema, de conformidad con el Señor Fiscal, declaró improcedente la demanda.

...Conforme es de verse de la partida de matrimonio que en fotocopia legalizada obra a fs. ..., el matrimonio del cual se pide su disolución, ha sido contraído el ...por ante el Registro de Estado Civil de la Provincia de Tucumán de la República de Argentina, sin haberse registrado en el Consulado Peruano de dicha República, tal como lo dispone el Art. 63 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Registros de Estado Civil, ni tampoco se ha cumplido con afectar la inscripción del referido matrimonio en el Registro del Estado Civil correspondiente conforme lo dispone expresamente el foro Art. 64 del Reglamento antes citado por lo que, dicha partida de matrimonio no produce efectos civiles, por carecer de valor legal. Consecuentemente tal situación jurídica no concede acción, puesto que no puede acreditarse la existencia del matrimonio dentro de nuestro país; razón por la cual debe declararse la improcedencia de la presente acción, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto...

⁸⁹ CALVO CARAVACA Alfonso Luis, Exequátur entre España y países Iberoamericanos en Max-Planck-Institut, Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p.584.

⁽⁹⁰⁾ Exp. 1077-83 / Arequipa

Comentario:

En la actualidad la exigencia de registrar el matrimonio celebrado en el extranjero se encuentra vigente en virtud a lo dispuesto por la ley 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, del 12 de julio de 1995, la misma que ordena que el RENIEC es la entidad encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil. Estipulándose en el artículo 41 que el registro del estado civil de las personas es obligatorio y concierne a los directamente involucrados en el acto susceptible de inscripción. Consignando el art. 44 como acto jurídico materia de inscripción b) el matrimonio y las resoluciones que declaren la nulidad de matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación.

El Reglamento de las inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-98-PCP, publicado el 25 de abril de 1998, en sus artículos 47 y 48 dispone que el peruano que contrajera matrimonio en el extranjero puede solicitar la inscripción en cualquiera de las Oficinas Registrales Consulares del país donde se realizó dicho acto., presentando copia certificada del acta matrimonial traducida, se consigna además la autoridad y el lugar donde se celebró el matrimonio. Cuando el peruano casado ante autoridad de país extranjero omitió la inscripción en el Consulado, cuando fije su domicilio en el Perú debe hacerlo dentro de los 90 días siguientes de su ingreso definitivo al país en la Oficina Registral competente.

Es imprescriptible e irrenunciable el derecho a solicitar que se inscriban los hechos y actos relativos a la identificación y el estado civil de las personas, con arreglo a ley. En consecuencia el imperativo de registro del matrimonio se mantiene para los nacionales, requiriéndose previamente éste, a efecto de pronunciarse sobre la alteración de dicho estado civil, como ocurre con el divorcio, la separación de cuerpos o la invalidez matrimonial.

Resulta pertinente en este aspecto, hacer referencia a lo señalado por María Antonieta Delgado Menéndez en relación a la validez del matrimonio celebrado en el extranjero: “Los matrimonios de peruanos celebrados en el extranjero de conformidad con las leyes locales tienen plena validez en el Perú, desde el momento de su celebración. No obstante, es importante recordar que existen disposiciones de carácter consular y de registro que los peruanos casados en el extranjero deben cumplir para ejercer en el Perú sus derechos y acciones derivadas del estado matrimonial”. ...“Al respecto es importante destacar que el incumplimiento de las obligaciones administrativas prescritas no enerva la validez del matrimonio contraído en el extranjero por ser la inscripción **declarativa** y no constitutiva de derechos”⁹¹

⁹¹ DELGADO MENÉNDEZ María Antonieta, Comentario al art. 2076 del C.C., en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 788.

Aunque, no lo señala expresamente la siguiente ejecutoria considerará subsanado el requerimiento de inscripción del matrimonio por el no cuestionamiento de la otra parte de tal medio probatorio, empero dicho pronunciamiento reafirma el carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción, por lo que coincidimos plenamente con este último criterio que considera posible la subsanación de la omisión del registro, a diferencia del caso anterior que rechazó por improcedente la demanda.

- El pedido de nulidad debe formularse en la primera oportunidad que el perjudicado tiene para hacerlo, en consecuencia la inscripción posterior del matrimonio en los registros civiles peruanos, y la presentación de dicha documental durante el proceso no lo invalida si ha sido incorporada válidamente al proceso por el A quo.

12.- EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE AGOSTO DE 1998⁽⁹²⁾

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: el recurrente sustenta el recurso de casación en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil referidos a las causales de inaplicación de una norma de derecho

material y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, señalando que el Órgano Jurisdiccional admitió, tramitó y resolvió la demanda contraviniendo el artículo sesenticuatro del Registro de Estado Civil y el

artículo cuatrocientos cincuenta del Reglamento Consular del Perú, afectando su derecho al debido proceso; CONSIDERANDO: Primero.- Que, concedido el recurso de casación a fojas seiscientos cincuentinueve, mediante resolución de fecha veintiséis de enero último se ha declarado su procedencia únicamente por la causal del inciso tercero del acotado; Segundo.- Que para la validez en el territorio nacional, del matrimonio celebrado por un peruano en el extranjero, es indispensable que este sea escrito con las formalidades de ley en el Registro de Estado Civil del Perú, así como lo informaba el derogado artículo sesenticuatro de l Reglamento de Organización y Funciones de los Registros de Estado Civil, de fecha quince de julio de mil novecientos treintisiete, y lo que establecen actualmente los artículos cuarentisiete y cuarentiocho del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Decreto Supremo número cero quince-veintiocho- PCM, de fecha veintiséis de abril último, normas que encuentran concordancia en el artículo cuatrocientos cincuenta del Reglamento Consular del Perú número cero cero dos - RE/mil novecientos setentinueve; Tercero.-Que además, la copia certificada de la partida del Registro de Estado Civil constituye la prueba del matrimonio y deberá presentarse para reclamar los efectos civiles de éste, como lo establece de manera expresa el artículo doscientos sensentinove del Código Civil; Cuarto.- Que, el argumento central del impugnante para alegar la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso

⁽⁹²⁾ Casación N° 2530-97/Lima

radica en que la Sala ha admitido la copia certificada de la partida de matrimonio debidamente inscrita, como una subsanación, considerando un medio probatorio después de dos años de presentada la demanda, en infracción de las normas antes citadas; Quinto.- Que, si bien al interponerse la demanda de divorcio por causal con fecha veinte de mayo de mil novecientos novecicuatro, el documento que acreditaba el vínculo matrimonial era el certificado de matrimonio expedido por la Corte de Tulsa, Oklahoma, Estados Unidos de Norteamérica, que aún no había sido inscrito conforme a las precisiones efectuadas en los considerandos precedentes, dicha deficiencia no fue cuestionada por el impugnante mediante la articulación procesal o medio de defensa pertinente, razón por la cual con fecha veintinueve de agosto del mismo año se declaró saneado el proceso y válida la relación judicial procesal existente, decisión que no fue impugnada por las partes, quedando firme; Sexto.-Que, el cumplimiento de lo ordenado por el A quo en la audiencia de fecha once de febrero de mil novecientos noventa y siete, se cumplió con presentar copia certificada de la partida de matrimonio, inscrita con las formalidades de la Ley, en el Registro de Estado Civil correspondiente, decisión que tampoco fue impugnado por el demandado; Séptimo.-Que, si bien es cierto las formalidades previstas en el Código Procesal Civil son imperativas también lo es que el juzgador como director del proceso tiene la potestad de adecuar tales exigencias formales para el logro de los fines del proceso; en consecuencia, si bien éste se inició afectado por un vicio sustancial, dicha irregularidad no fue advertida y menos cuestionada por el impugnante, por lo que con la inscripción de la misma y su incorporación válida al proceso se ha producido la convalidación de dicho vicio, que ha hecho viable la expedición de fallos válidos y jurídicamente posibles; Octavo.- Que siendo ello así, es evidente que la sentencia de vista no ha incurrido en violación alguna de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, por lo que no presentándose la causal casatoria prevista en el inciso tercero del artículo trescientos ochentis y seis del Código Procesal mencionado; de conformidad con lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y siete del mismo Código: declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas ..., su fecha ...,”

Comentario:

Finalmente, complementando lo expuesto en la resolución precedente, en materia de registro de la disolución del vínculo matrimonial, cabe señalar que, en el caso de divorcios de extranjeros, la jurisprudencia española ha sostenido un criterio importante, disponiendo que no es necesario inscribir en el Registro la sentencia de divorcio, la cual sólo sirve para calificar el estado civil de un extranjero, requiriendo tal inscripción cuando al menos uno de los cónyuges es nacional. Similar exigencia podríamos aseverar tienen los peruanos, que están obligados a actualizar su estado civil en el RENIEC.

“para valorar la sentencia extranjera de divorcio en cuanto al determinante del estado civil de una extranjera, ni se requiere- ni es posible- la inscripción en el Registro Civil español, pues por ser la sentencia extranjera y afectar a extranjeros está fuera del ámbito de los hechos en él inscribibles; ni se requiere tampoco exequatur, lo que es evidente porque no hay cuestión de

ejecución judicial sobre personas o bienes, sino que se trata de calificar el estado civil de una extranjera, cuestión ésta de la incumbencia de la legislación de la nación correspondiente, cuyos tribunales son los que han decretado el divorcio”.⁹³

“Resulta la necesidad de obtener el reconocimiento en la forma establecida en la LEC de las sentencias de divorcio cuando alguno de los cónyuges sea español o el matrimonio esté inscrito en el Registro Civil; en otro caso no sería necesario el exequatur para determinar o completar la capacidad de un súbdito extranjero, la sentencia tendrá entonces fuerza probatoria por sí misma”.⁹⁴

En cuanto a la inscripción de actos o derechos otorgados en el extranjero, el Reglamento de los Registros Públicos, aprobado mediante Resolución 195-2001- SUNARP/SN, del 1° de octubre de 2001, en su art. 11 dispone que pueden realizarse inscripciones en virtud de documentos otorgados en el extranjero, siempre que contengan actos o derechos inscribibles conforme a la ley peruana, para calificar su validez se tendrá en cuenta lo dispuesto en los Títulos I y III del Libro X del Código civil. Las sentencias, así como las resoluciones que ponen fin al procedimiento y los laudos arbitrales pronunciados en el extranjero son inscribibles, siempre que hayan sido reconocidos en el país conforme a las normas establecidas en el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley general de Arbitraje, en su caso.

En los casos de competencia judicial indirecta se dispuso:

A- Es infundado el exequatur de divorcio invocado por cónyuges de nacionalidad peruana. En este sentido se pronunció:

- Declárese infundado el exequátur de divorcio invocado por cónyuges de nacionalidad peruana.

7.- EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE MARZO DE 1981⁽⁹⁵⁾

...que como se desprende de autos los demandantes, ambos de nacionalidad peruana, contrajeron matrimonio civil en Lima el ...; que con posterioridad obtuvieron sentencia de divorcio en el fallo pronunciado por un Tribunal del Condado de Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica; que si bien esa sentencia puede producir plenos efectos en los Estados Unidos y quizás, inclusive, en otros países, aspectos en el cual no se ha pedido pronunciamiento de esta Corte ni es de su competencia, lo que se demanda en la presente acción es la eficacia en el Perú de dicha sentencia de divorcio, aspecto que está regulado por el Título Vigésimo Noveno del Código de Procedimientos Civiles contempla esta situación de manera

⁹³ Citado por GONZALES BÓVEDA Pedro, Extensión del Reconocimiento en el Art. 107.2 del Código Civil. El Reconocimiento de las sentencias matrimoniales en la doctrina del Tribunal Supremo, en Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional, Madrid, Dykinson, 1999, p.214.

⁹⁴ Citado por GONZALES BÓVEDA Pedro, Ob. Cit. p.217

⁹⁵ Exp. 3249-80 / Lima

expresa e inequívoca en su artículo 1158 que estipula que "no tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un Tribunal extranjero que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú", es decir, de los peruanos en todos los casos y de los extranjeros si están domiciliados en el Perú, como se ha interpretado por la Doctrina y la repetida Jurisprudencia de esta Corte Suprema, por lo que resulta totalmente irrelevante en este caso, el hecho de si se da o no la reciprocidad por parte de los Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica en el reconocimiento de los fallos peruanos: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fs..., su fecha ..., que declara improcedente la demanda de exequátur entendiéndose tal declaración como INFUNDADA en los seguidos ...

Comentario:

Como ya se acotara, la competencia judicial exclusiva de nuestros tribunales respecto a los nacionales, tuvo como consecuencia que como regla general se excluyera la posibilidad de acceder de modo indirecto a la jurisdicción por reconocimiento, lo que condujo a que fueran eventualísimas las solicitudes con tal propósito.

B.- Por excepción procedió admitir el exequátur de divorcio de nacionales cuando existía tratado internacional celebrado por el Perú con otros Estados sobre normas de derecho internacional privado, las que prevalecen respecto a la norma procesal nacional. En virtud a lo dispuesto por el Tratado de Montevideo de 1889. En este sentido se pronunció:

- Prevalece lo estipulado por los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados sobre normas de Derecho Interno, por lo que debe declararse fundado el exequátur sobre divorcio solicitado.

8.-EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 1984⁽⁹⁶⁾

La Corte Suprema declaró fundado el exequátur mientras que el Ministerio Público sostuvo lo contrario, veamos el texto del dictamen fiscal y la resolución suprema.

Dictamen Fiscal:

A fs. ..., doña ..., como apoderada de ..., solicita se declare que la sentencia que disolvió el matrimonio de su mandante, con doña ..., expedida por la Segunda Circunscripción Décima Cuarta Nominación de Rosario-Argentina, su fecha ..., tenga fuerza de ley en la República Peruana. Funda su solicitud en los arts. 1155, 1159 y 1161 del C. de P.C. y el Tratado Internacional de Montevideo de 1889.

⁽⁹⁶⁾ Exp. 521-84 / Lima.

Admitida la solicitud por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, corrió el traslado respectivo a doña ..., quien no absolvió el trámite primero por no habersele notificado con arreglo a ley, lo que dio margen a que la Sala declarara su nulidad, pero mientras tanto el Sr. Fiscal Superior ya emitió el dictamen de fs. ...Regularizando el trámite, sin que tampoco contestara el traslado, la Sala pronunció la Resolución de fs. ..., declarando improcedente la solicitud, lo que da origen al recurso de nulidad de fs. ...De conformidad con lo dispuesto por el Art. V del Título Preliminar del C.C. concordante con el Art. 1158 del C. de P.C., las sentencias dictadas por un Tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, la capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú, no tienen fuerza legal en la República, porque dichas relaciones se rigen por la ley del domicilio, y siendo doña ...de nacionalidad peruana con domicilio en ..., deviene en improcedente la ejecución de la sentencia de fs. ..., sometida a Exequátur.

Ejecutoria Suprema:

Que los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados forman parte del de derecho nacional y, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero por expresa declaración contenida en el Art. 101 de la Constitución Política del Estado; que esta terminante disposición Constitucional corrobora la provisión legal materia del ya antiguo Código de Procedimientos Civiles y contenida en su Art. 1155 en el sentido que las sentencias pronunciadas en países extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos, que en casos como el presente, antes que a la ley peruana, es preciso acudir a la de carácter internacional, si existiera ésta vinculando las legislaciones del país donde fuera expedida la sentencia con nuestro país, en el que se trata ésta de homologar; que, en esta virtud, cabe pues estudiarse las estipulaciones contenidas en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional celebrado el doce de febrero de mil ochocientos ochentinueve, entre otros países, por el de la República Argentina y por el de la República del Perú, aprobado en ésta por el Congreso de la República y dictado respecto de él orden gubernativa de cumplimiento el cuatro de noviembre del mencionado año; que antes de efectuar el indicado estudio, es preciso apreciar primero: no haberse acreditado el hecho que en la República Argentina no se de cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, a fin de desestimar la aplicación de la disposición contenida en el Art. 1157 del citado Código Adjetivo en el sentido que, de haberse acreditado ese supuesto, no tendría esa sentencia pronunciada por Juez argentino fuerza alguna en el Perú, segundo: la jerarquía de la norma, en el sentido de no haber contradicción alguna entre el citado dispositivo constitucional materia del numeral ciento uno y los numerales Quinto del Título Preliminar del Código Adjetivo en mención, desde que la Constitución en ese numeral ciento uno deja establecido con claridad: que el tratado prevalece sobre la ley y, aún cuando no existiera esa declaración expresa, de ofrecer aparente contradicción que no se percibe, el Art. 87 de la propia constitución establece que ésta prevalece sobre toda otra norma legal, como esas citadas disposiciones Quinta del

Título Preliminar del Código Sustantivo y 1158 del Código Adjetivo y que se contraen a declarar que las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero y que estatuyen sobre el estado, condición civil, capacidad personal o relación de familia de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú tampoco tienen fuerza en la República, disposiciones que, en virtud del principio de la jerarquía de la norma, no son aplicables por contraponerse a disposición Constitucional expresa, y tercero: que la sentencia cuya homologación se pide no se encuentra dentro de alguna de las salvedades a que se refieren los Art. 1159 y 1160 del Código Adjetivo, respecto de las materias cuyo juzgamiento compete exclusivamente a los tribunales peruanos; que, acorde a las precedentes consideraciones, establecido que se trata de un asunto de Derecho Internacional Privado, deben apreciarse las pertinentes estipulaciones estatuidas en el precitado Tratado, de acuerdo a las siguientes normas básicas: primera que el tribunal o juzgado que expidió la sentencia tenga jurisdicción sobre el asunto implicado, segunda que dicho tribunal o juzgado tenga propia jurisdicción sobre la persona del demandado y, tercera que no haya habido fraude para obtener la sentencia; que respecto a la primera norma básica, si bien el Art. 56 del citado Tratado establece que las acciones personales -como es la de separación o la del divorcio de los cónyuges- deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, la segunda parte del mismo artículo faculta igualmente a entablar este tipo de acción ante los jueces del domicilio del demandado y, de otra parte, el art. 62 del mismo Cuerpo Legal Internacional establece que el juicio sobre divorcio, como cualquiera otra cuestión que afecta las relaciones personales de los esposos, se iniciará ante el Juez del domicilio conyugal y, siendo así que del recurso no contradicho de fs. ..., mediante el cual la abogada del cónyuge argentino ..., debidamente autorizada por éste, según instrumentos tampoco impugnado de fs. ..., solicita la homologación que ahí indica, surge que el matrimonio del citado con la peruana .., se contrajo en la ciudad de Lima ...y se fijó el hogar conyugal en la ciudad de Rosario donde nació el hijo de ambos llamado ..., y, sin que exista prueba que acredite el hecho que la cónyuge cambiara desde entonces el lugar de su domicilio, constituido en esa ciudad argentina, al menos hasta la fecha de expedida la sentencia de cuya homologación se trata, o sea, hasta el ..., rebasando con exceso el término de dos años a que se refiere el Art. 22 del Código Civil para tenerse por cambiado el domicilio por haber transcurrido ese lapso de residencia voluntaria en otro lugar, es de concluir que resulta pues ser el domicilio de ambos cónyuges el establecido en la ciudad de argentina de Rosario, si se considera además que, de acuerdo con el Art. 8° del Tratado que se invoca, el domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y, en defecto de éste, se reputa por tal el del marido, por lo que el Juzgador argentino ha tenido jurisdicción sobre la acción personal entablada ante él, para aplicar la ley del domicilio conyugal que no es otra que la ley argentina; que respecto de la segunda norma básica es de considerar que ambos cónyuges, procediendo de mutuo acuerdo, se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Juzgado argentino con expreso asentimiento y acertadamente, porque si bien la primera parte del art. 12

del precitado Tratado establece que los derechos y deberes de los cónyuges, en todo cuanto afecte sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial, la segunda parte de este mismo artículo dispone que, si los cónyuges mudaron de domicilio, dichos deberes y derechos se regirán por las leyes del nuevo domicilio, constituido en el presente caso en la República Argentina y porque, además, el art. 13 del mismo Tratado dispone que la ley del domicilio, o sea la argentina, rige la separación conyugal y la disolubilidad del matrimonio siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró, siendo así que el mutuo disenso está admitido tanto en la República Argentina, como en la República del Perú como causal y, por tanto como ambos cónyuges tienen la mutua condición de demandantes, por mutuo consentimiento tiene también la condición de demandados y como tales, han quedado sujetos a la ley y a la jurisdicción argentina que ellos mismos han prorrogado; que, finalmente, cuanto a la tercera norma básica, no se precisa reclamación previa, para investigación judicial argentina alguna, tendente a declarar que no hubo fraude para obtener la sentencia a homologar, no solo porque la inexistencia de fraude resulta de manifiesto sino por cuanto de las copias certificadas, las que respecto al requisito de legalización cumplen con lo dispuesto en los arts. 3° y 4° del otro Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, también del 1889, surge de aquéllas que el asunto versa sobre una causa de mutuo disenso que, como tal, exige a los cónyuges la conjunta presentación y suscripción de la demanda, lo que se ha cumplido según se aprecia a fs. ..., siendo también que ambos fueron notificados, pues se hicieron presentes en las dos audiencias de conciliación que se llevaron formalmente a cabo, según se aprecia a fs. ..., aunque sin resultado positivo, sin perjuicio de considerar además que los principios de Derecho Internacional Privado, más aún cuando respecto de éste existe tratado que vincula a dos países hermanos, se asientan en la base de la mutua fe y del mutuo disenso crédito del actuar judicial en el Estado originario, al que en todo caso correspondería denunciar la existencia de ese fraude que no se percibe, ni ha sido denunciado; que si bien en autos no se ha presentado la partida de matrimonio de los cónyuges, no es de necesidad este requisito, en el presente caso, en el que lo que se pide es la homologación de una sentencia de divorcio que no se hubiera expedido si la autoridad judicial del país originario no la hubiera tenido a la vista, como en efecto la tuvo, tal como resulta del primer considerando de ese fallo corriente a fs. ..., y en el que se expresa, textualmente: "que con el certificado obrante a fs. ...se acredita el vínculo matrimonial y transcurso del plazo requerido por la citada norma", desde que ilógico sería declarar el divorcio si no se hubiera acreditado el matrimonio, por lo que no resulta congruente en este extremo el dictamen del Señor Fiscal Superior Provisional Adjunto en lo Civil de Lima corriente a fs. ...y de conformidad con el cual se ha pronunciado la resolución recurrida; que la sentencia expedida en el Estado originario ha pasado en autoridad de cosa juzgada es un hecho, pues de lo contrario no se hubiera expedido copia autorizada con arreglo a ley y legalizada de acuerdo al precitado Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo para la finalidad que ahora se solicita; que la sentencia expedida el ...en la ciudad de Rosario,

Provincia de Santa Fe de la República Argentina, se ha basado en lo dispuesto por el Art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil en vigor en dicho país, pero al haberse declarado en dicho fallo "el divorcio de los cónyuges", debe entenderse tal declaración como de divorcio limitado y no absoluto desde que la solicitante, como apoderada del cónyuge, no ha acreditado lo contrario para lograr que la homologación que pide se efectúe como divorcio absoluto, pudiendo haberlo hecho sin duda alguna en el caso que la ley argentina así lo dispusiera, bastando para ello que dicha apoderada solicitante se hubiera acogido al Art. 11° del Título Preliminar del Código Civil para acreditar la existencia de dicha ley extranjera y su sentido; que en virtud de las consideraciones expuestas se encuentra de justicia amparar la solicitud, pero limitando la homologación únicamente a la separación de los cónyuges; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que declara improcedente la solicitud de fs. ...; revocándola: declararon FUNDADA en parte dicha solicitud y, en consecuencia: que la sentencia expedida por el Juzgado Civil y Comercial de la Segunda Circunscripción, décimo cuarta Nominación de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe de la República Argentina, su fecha ..., en el juicio por mutuo consentimiento seguido en ese país por ...y ..., tiene fuerza en la República a efecto de que se inscriba sólo el divorcio limitado, únicamente a la separación legal de los cónyuges, quedando subsistente el vínculo matrimonial contraído en el Perú el ...y disuelta la sociedad conyugal; MANDARON se archive lo actuado con arreglo a lo dispuesto en el Art. 1165 del Código de Procedimientos Civiles, con copia del dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Civil y de la presente Ejecutoria; y los devolvieron.

Comentario:

Esta ejecutoria nos permite apreciar el adecuado trabajo de fuentes del derecho Internacional Privado realizado por los magistrados, privilegiando la fuente internacional esto es los tratados, respecto a las normas contenidas en los Códigos Civil y Procesal Civil vigentes a la fecha de su expedición.

Si bien es cierto las reglas Constitucionales han variado notablemente en cuanto a la jerarquía de los tratados en relación a las leyes, siendo que actualmente que el art. 55 de la Constitución de 1993, establece que los tratados forman parte del derecho interno, estando subordinados a la Constitución, teniendo en consecuencia rango legal, excepto los relativos a Derechos Humanos, acogiéndose la teoría monista, cierto es que, tal criterio conserva vigencia de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2047 del C.C., que consagra expresamente la aplicación de lo dispuesto en las normas de Derecho Internacional Privado, cuando no hay tratado que regule el tema en cuestión.

Respecto a los alcances del Tratado de Montevideo de 1889, Sara Feldstein de Cárdenas⁹⁷, nos explica en detalle los alcances del mismo en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras:

“La obra codificadora de Montevideo, Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1889.

El artículo 3 establece: "Las sentencias o laudos homologados expedidos en asuntos civiles y comerciales, las escrituras públicas y demás documentos auténticos otorgados por funcionarios de un Estado, y los exhortos y cartas rogatorias surtirán sus efectos en los otros Estados signatarios, con arreglo a lo estipulado en este Tratado, siempre que estén debidamente legalizados".

Corresponde el examen de los artículos 5, 6, 7 y 8. Estas disposiciones se encuentran ubicadas dentro del Título III denominado "Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos judiciales". Debe destacarse que mientras que el Tratado de 1889 no distingue entre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias y laudos extranjeros, sí acepta esta distinción la versión de 1940.⁹⁸

Así el artículo 5 establece que: "Las sentencias y los fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza ejecutiva que en el país en donde fueron pronunciados, si reúnen los requisitos siguientes:

- "a) Que han sido dictados por tribunal competente en la esfera internacional;
- "b) Que tengan el carácter de ejecutoriados o pasados en autoridad de cosa juzgada en el Estado en donde hayan sido pronunciados;
- "c) Que la parte contra la cual se hubieran dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se siguió el juicio;
- "d) Que no se opongan al orden público del país de su cumplimiento..."

En el artículo 6 se señalan las condiciones respecto de los "documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias o de los fallos arbitrales", indicándose:

⁹⁷ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, Panorama del sistema de derecho internacional privado argentino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjero, en Revista Iberoamericana de Arbitraje y mediación, junio 2003, p. 8 a 12.

⁹⁸ Tratado de Montevideo de 1940, que si bien fue suscrito por el Perú, no ha sido aún ratificado, y en consecuencia no tiene carácter vinculante, mas si ilustrativo, como fuente doctrinaria de Derecho Internacional en relación a nuestro país.

- "a) Copia íntegra de la sentencia o del fallo arbitral;
- "b) Copias de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento al inciso c) del artículo anterior;
- "c) Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda".

Artículo 7: "El carácter ejecutivo o de apremio de las sentencias o fallos arbitrales, y el juicio a que su cumplimiento dé lugar, serán los que determine la ley de procedimiento del Estado en donde se pide la ejecución".

Artículo 8: "Los actos de jurisdicción voluntaria, como son los inventarios, apertura de testamentos, tasaciones u otros semejantes, practicados en un Estado, tendrán en los demás Estados el mismo valor que si se hubiesen realizado en su propio territorio, con tal de que reúnan los requisitos establecidos en los precedentes artículos".

Durante las reuniones llevadas a cabo, el miembro informante de la Comisión de Derecho Procesal, sostuvo que la adopción de los principios que inspiraron el reconocimiento de las sentencias pronunciadas en otros países no fue motivo de controversias. Las doctrinas que propiciaban la revisión de las sentencias extranjeras, sólo les concedían el carácter de medios de defensa y constituyeron criterios de transición entre el exclusivismo del imperio de la jurisdicción territorial y las exigencias de los pueblos modernos. Tratándose de las relaciones entre las naciones del continente sudamericano, que tienen intereses comunes, instituciones análogas y las mismas bases en su legislación civil y criminal, surgió como una consecuencia natural que las sentencias o fallos arbitrales pasados en autoridad de cosa juzgada en un Estado, tuviesen el mismo valor en los demás. Los requisitos que se enumeran, y los documentos que se deben acompañar, no constituyen restricciones al principio, sino garantías a favor de los interesados en el litigio y resguardo de la soberanía del territorio en que se pide la ejecución de la sentencia. Asimismo, la Comisión se ocupó de los actos de jurisdicción voluntaria para otorgarle dentro del ámbito de los territorios de los Estados signatarios un valor probatorio análogo al que les acuerda la ley del Estado en que se han practicado".

2.2. Régimen actual

El Código Civil vigente en el libro X, Título II sobre Competencia Jurisdiccional, ha dispuesto respecto a la competencia judicial internacional, de modo sistemático reglas atributivas exclusivas y facultativas así como excluyentes de competencia.

2.2.1. Foro general de competencia por razón de territorio

“El Título Segundo del Libro X establece las normas de jurisdicción internacional peruana. Es decir, las normas que ha falta de tratado definen cuando el juez peruano es competente en una relación jurídica con elementos vinculados a más de un Estado”⁹⁹

El Art. 2057, contiene la norma general de competencia, señalando que los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional, trátase de nacionales o extranjeros. Debiendo domiciliar en el país en el momento de la presentación de la demanda.

Se establece como foro general el domicilio del demandado para atribuir competencia judicial internacional. Si el demandado domicilia en el país, por el factor atributivo domicilio, el juez nacional goza de competencia, y por tanto le corresponde conocer la relación jurídica internacional que se le propone en la demanda, salvo los casos de competencia negativa, las cláusulas de elección de foro o de sumisión.

Este factor atributivo de competencia internacional es universalmente aceptado. “Este principio se basa en el postulado de la buena fe procesal frente al demandado, poniendo la carga de litigar en fuero extraño en el actor y se encuentra consagrado en el art.1216 del C. Civ. Argentino, parág. 13 del ZPO alemán, art. 56, párr. 2do de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, y art. 2º, inc.1º de la Convención de Bruselas de 1968.

Este principio favorece también al actor, ya que facilita la ejecución de la sentencia.

Si bien el actor puede, al interponer la demanda, elegir entre varios foros, es sobre el demandado que pesa la carga de la defensa. Todo Estado de Derecho debe otorgar una garantía de justicia a los ciudadanos, motivo por el cual favorece la competencia de los tribunales del domicilio del demandado, lugar en que éste puede acceder con mayor facilidad a los tribunales para defenderse”¹⁰⁰

Sus ventajas se evidencian, brindando las mayores garantías a la parte emplazada, quien tiene la facilidad de acceder a su propio tribunal, favoreciéndose el ejercicio del derecho de defensa, actuación de medios probatorios, etc.

⁹⁹ TOVAR GIL, María del Carmen Comentario al art. 2547 del C.C., en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 707.

¹⁰⁰ WEINBERG Inés, Ob. Cit. 47-48.

“El actor es quien debe buscar al demandado; esto le impone al actor la carga de internacionalidad jurisdiccional: el es quien tiene la carga procesal de acudir a un foro extranjero para reclamar sus derechos subjetivos”.⁽¹⁰¹⁾

“La opción del foro del domicilio del demandado responde a la regla clásica del actor *sequitur forum rei* consagrada en el Derecho comparado. Podemos pues sostener que la regla constituye una regla básica de competencia judicial, tanto de la perspectiva histórica como de la del Derecho comparado actual”.¹⁰²

María de Carmen Tovar Gil precisa que el factor de atribución domicilio es suficiente, aunque puedan concurrir otros, “Queda claro que el solo hecho de domiciliar en el territorio del Estado peruano es considerado como elemento suficiente para vincular a los tribunales del Perú a conocer de un caso, aun cuando esté vinculado a otros foros.

Esto es independientemente del derecho que resulte aplicable, asunto que se dilucida después de establecida la competencia judicial peruana, aplicando las normas de conflicto del foro”.¹⁰³

Podemos preguntarnos entonces, si el domicilio es criterio atributivo suficiente cuando no concurren otros y es el único vinculante con el tribunal, la inquietud resulta relevante si la formulamos en el contexto de las causas que versan sobre derechos, estado o capacidad de las personas y familia, cuando nuestro ordenamiento establece el supuesto de competencia negativa contemplado en el Art. 2067 inc.3 del C.C, que preceptúa que los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer de las acciones relativas al estado y capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares, si la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la república. Creemos que en tal sentido, que el domicilio del demandado en el país, es un vínculo efectivo con el territorio de la República y por tanto suficiente para ser considerado por el juzgador nacional para conocer del proceso incluso en materias familiares, por lo que en tal situación no sería de aplicación el supuesto restrictivo de competencia negativa. Como insistimos otro será el tema de la legislación aplicable para la resolución del caso.

De acuerdo a nuestro ordenamiento es criterio atributivo de competencia judicial internacional el domicilio del demandante?, de darse únicamente esta vinculación, consideramos que si no son de aplicación lo dispuesto por el art. 2057 o el 2062 numeral 1, el supuesto que ampararía radicar competencia lo constituiría la sumisión voluntaria del no domiciliado, numeral 2 del acotado, admitiendo su no cuestionamiento a la competencia de los tribunales nacionales y examinando la existencia de algún elemento vinculante al territorio de la República, como podría ser el domicilio del cónyuge actor, de alguno de los hijos, o la presencia de algún bien adquirido

¹⁰¹ VIRGOS SORIANO Miguel, Ob.Cit. pp. 86.

¹⁰² TOVAR GIL María del Carmen, Ob. Cit., p. 709.

¹⁰³ TOVAR GIL María del Carmen, Ob. Cit., p. 709.

en el país, etc: En caso contrario, si nuestra competencia no es admitida por ambas partes, el sólo domicilio de la parte demandante, sin algún otro factor atributivo de competencia internacional, sería insuficiente.

Otro aspecto relevante, consiste en determinar el carácter de la competencia positiva que radica el juez nacional por razón del territorio. ¿Es exclusiva o facultativa?

“Desde la perspectiva del actor, este foro resulta razonable toda vez que no es exclusivo, sino alternativo, a los foros especiales y, por consiguiente, le abre siempre una posibilidad de tutela jurisdiccional (es un foro general), que en ciertos supuestos puede serle beneficiosa (cuando su interés sea reducir esos costes de notificación, instrucción o ejecución de la eventual sentencia, p. ej.)¹⁰⁴

El carácter facultativo de la competencia en razón al domicilio del demandado, se encuentra corroborado en la regulación de los artículos 2057, 2081, 2082 y 2104 inc. 2, del Código Civil, el primero de ellos que recoge el principio procesal de foro general de competencia judicial internacional en razón al domicilio del demandado, pero que no excluye a otros criterios vinculantes de competencia, admitiendo en el caso de no domiciliados foros especiales alternativos como analizaremos más adelante.

Es pertinente incidir en el carácter facultativo de tal competencia territorial, por cuanto el juez nacional radica competencia internacional de incoarse la demanda en el Perú o en su defecto, de elegir el actor otro foro, nuestros tribunales estarían en aptitud de reconocer el fallo extranjero emitido según el ordenamiento procesal del país de origen, que aplicará los criterios de conexión que le ordene su sistema, por ejemplo podría admitir a diferencia de nuestro régimen además de la competencia en razón al domicilio del demandado, también la del demandante u otro que su legislación de derecho internacional privado o procesal civil internacional establezca, distinguiéndose de los criterios que se disponen nacionalmente.

En consecuencia, el demandado domiciliado en el país puede ser demandado ante los tribunales peruanos o emplazado por tribunal extranjero, debiéndose observar en tal caso las garantías para el ejercicio de su derecho de contradicción y defensa, exceptuándose los supuestos restrictivos de competencia exclusiva previstos en el artículo 2058 del acotado.

“Tratándose de competencia facultativa, el interesado puede optar por demandar ante otro juez y podrá conseguir luego el reconocimiento de la sentencia que se dicte en esa otra jurisdicción en el Perú. En otras palabras, pueden darse casos en que más de un Estado tenga de acuerdo a sus normas competencia para resolver una misma acción. Tratándose de

¹⁰⁴ VIRGOS SORIANO Miguel, Ob. Cit., pp. 87.

supuestos de competencia facultativa, el potencial demandante puede elegir entre los foros de los países involucrados en la relación litigiosa y ejecutar la demanda en ese u otro Estado distinto con el requisito de que la resolución judicial en cuestión cumpla con una serie de condiciones que señala el orden jurídico en el que se pretende ejecutar la sentencia. En el caso de nuestro Código, estos requisitos están señalados en el Título IV del Libro de Derecho Internacional Privado.

La competencia facultativa es la regla general, y si no se señala si la competencia es facultativa o exclusiva, debemos considerar que es facultativa.

Existen una serie de supuestos en los que el legislador peruano ha considerado que solo pueden ser válidamente resueltos ante su fuero. En estos casos, aun cuando otros Estados consideren a sus tribunales como competentes para abocarse al litigio, la resolución que emitan no será posible de ejecutar en territorio peruano. Como hemos indicado, los casos de exclusividad en la competencia son excepción a la regla general que es la competencia facultativa y se limitan a los que expresamente señala el Código”¹⁰⁵.

En conclusión, el juez nacional es competente para conocer cualquier causa de carácter internacional contra domiciliados en el país, sean éstos nacionales o extranjeros, reconociéndoles derecho de tutela como personas naturales y no teniendo necesariamente que ser asimilados como sociedad conyugal, y en tal caso requiriéndoles domicilio conyugal en la República, para radicar competencia, como pudo observarse en la jurisprudencia relativa a extranjeros, en las que se les denegaba la posibilidad de tutela jurisdiccional si el domicilio conyugal no se había fijado en el país. El domicilio es factor atributivo de competencia excepto en los casos de competencia negativa previstos en el numeral 2067 del C.C., excluyendo la salvedad realizada en el tercer supuesto, como lo comentáramos anteriormente.

De otro lado, el argumento tradicionalmente empleado por el que el juez nacional no puede conocer la causa por no ser la ley local la aplicable, y que encontráramos en algunas de las ejecutorias precedentemente acotadas, es objetable como criterio para excluir la competencia judicial internacional, por cuanto, como nuestro derecho internacional privado lo dispone si el juez peruano es competente, debe incluso de oficio de ser el caso, aplicar el ordenamiento extranjero que corresponda. (Art. 2051 CC).

Resulta necesario insistir en distinguir la competencia judicial internacional, determinada por los criterios de atribución de competencia, del proceso de calificación para determinar la aplicación de la ley competente para conocer el fondo de la litis, que parece ser el problema histórico en esta materia, el hecho de que le resulte al juez nacional próxima su ley o *lex fori*, cuyo conocimiento se presume, (art. VII C.C. Y C.P.C.) no importa que su aplicación se convierta en condición necesaria para asumir competencia.

¹⁰⁵TOVAR GIL María del Carmen, Ob. Cit., p. 712, 713.

Necesaria distinción entre competencia judicial y ley aplicable, que debiendo observarse en la aplicación del método conflictual, es frecuente advertir su omisión o confusión, tanto en la jurisprudencia nacional como también en la extranjera, como podremos apreciar en los casos comparativos españoles que se examinarán, a diferencia de los pronunciamientos alemanes, que comentaremos en el tercer capítulo.

Asimismo, si procede radicar competencia en razón al foro especial por la materia, como seguidamente se analizará, el mismo que no excluye sino incluso puede concurrir con la atribución que otorga el foro general del domicilio como hemos examinado cabe precisar que el examen del derecho aplicable será relevante para determinar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, cuando corresponda examinar.

Podemos sostener entonces, que si ya se le atribuyó competencia a los tribunales peruanos en razón del domicilio del demandado, resulta reiterante para estos efectos examinar si el derecho peruano es el aplicable, análisis que corresponderá a otra etapa del proceso, esto es la que califique la ley aplicable para el fondo de la causa, en el proceso en conocimiento.

2.2.2. Foro especial de competencia en razón a la materia.-

Virgos define que son foros especiales por razón de la materia por cuanto atribuyen CJI a los tribunales españoles frente a domiciliados en el extranjero a partir de la naturaleza material de la pretensión del actor y de la conexión tipificada que el litigio presenta con España. ⁽¹⁰⁶⁾

2.2.2.1. Competencia en atención al derecho aplicable.-

En nuestro Régimen legal el Art. 2062 numeral 1, establece como criterio para la atribución de competencia vinculado a la materia, que nuestros tribunales son competentes aún contra personas no domiciliadas en el país, en los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado, la capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares, cuando:

El Derecho peruano es el aplicable de acuerdo a sus normas Derecho Internacional Privado, para regir el asunto. En lo relativo a este supuesto, debe comentarse que se ha invertido el método tradicional, al vincularse la determinación de la competencia del juez al criterio de que sea su ley la aplicable, cuando lo usual es como se ha apreciado establecer primero el tribunal competente y luego la ley que se ha de aplicar.

“Puede verse que.....en materia de familia, el juez tendrá que llegar a la solución final del caso para poder establecer competencia”. ¹⁰⁷

¹⁰⁶ VIRGOS SORIANO, Miguel Ob. Cit. pp. 157.

¹⁰⁷ TOVAR GIL, María del Carmen, Ob. Cit.p. 727.

Eugenio Hernández Bretón ¹⁰⁸ explica respecto a este criterio “El criterio del paralelismo, recogido en el artículo 42 de la L.D.I.P., determina la jurisdicción venezolana en materia de divorcio siempre que, según las normas de Derecho Internacional Privado en sentido estricto contenidas en la L.D.I.O., el derecho material venezolano resulte aplicable al divorcio. De tal manera, la jurisdicción venezolana depende de que el Derecho venezolano sea aplicable al asunto controvertido. Así resulta que jurisdicción y derecho aplicable corren en paralelo, de allí que se hable del criterio del paralelismo. La admisión del criterio del paralelismo implica que la atribución de jurisdicción se hace en atención a que el derecho del foro, del Derecho nacional, determinado según las normas de conflicto del foro, resulta aplicable al asunto controvertido. El criterio del paralelismo exige, por tanto que por un instante jurídico se invierta el orden lógico para la solución de los problemas de Derecho Internacional Privado y se solucione con anterioridad la cuestión del Derecho aplicable para luego dar respuesta al problema de la jurisdicción”.

Como se señalara en el capítulo anterior pretender que el derecho aplicable nacional atribuya competencia al tribunal del foro, como criterio único de atribución de competencia es un exceso territorialista. Este criterio resulta razonable en tanto, es uno más que concurre con otros generales de atribución de competencia.

En el caso del régimen venezolano, establecido en su Ley de Derecho Internacional Privado del año 1998, contemplan como en el caso nuestro, que “Además de la jurisdicción que asigna la ley a los tribunales venezolanos en los juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, los tribunales de la República tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en el ejercicio de acciones sobre el estado de las personas o las relaciones familiares: Cuando el derecho venezolano sea competente, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley para regir el fondo del litigio” ¹⁰⁹ A diferencia de nuestra legislación el derecho competente de acuerdo al art. 23 del acotado, señala que el divorcio y la separación de cuerpos se rigen por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda. Como se infiere dicho ordenamiento se atribuye competencia judicial internacional en el caso de demandados y demandantes domiciliados en Venezuela, los primeros por el criterio general del domicilio y los segundos por el criterio del paralelismo, al ser su ley la aplicable. Los cónyuges no domiciliados sólo podrán someterse expresa o tácitamente de acuerdo al numeral 42, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República.

Como se examinara en el criterio de atribución de competencia anterior es pertinente establecer el carácter de la competencia positiva que se fija en

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. Jurisdicción en materia de divorcio en la ley de derecho internacional privado, Caracas, <http://www.zur2.com/objetivos/leydip1/ehb118.htm>, 2000, p.4.

¹⁰⁹ Ley de Derecho Internacional Privado, Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 36.511, Caracas 6 de Agosto de 1998.

razón de la materia. ¿Es exclusiva o facultativa? Al respecto cabe anotar el comentario formulado por la Dra. Delia Revoredo en la exposición de motivos del Libro sobre Derecho Internacional Privado del Código Civil al señalar: “Creemos conveniente en esta oportunidad comentar de modo especial la jurisdicción correspondiente al divorcio internacional.

Al elaborar la Propuesta sustitutoria, nosotros reflexionamos sobre el riesgo que implicaba el artículo VIII del primer proyecto que, al atribuir una jurisdicción facultativa a los tribunales nacionales, presuntamente cedía a los tribunales extranjeros la competencia jurisdiccional para que decidan el divorcio de peruanos, pues permitía a dichas personas divorciarse en el país extranjero aunque no nos ligara con dicho país ningún tratado de Derecho Internacional Privado [.....] el interés del Estado peruano en proteger la estabilidad del vínculo matrimonial de sus nacionales, pesaron en nuestro ánimo para incorporar en la propuesta sustitutoria, en cierta medida y a modo de excepción el factor de conexión jurisdiccional de la nacionalidad sólo respecto al divorcio de peruanos.....

Sin embargo, la Comisión Reformadora, acogiendo la sugerencia del Dr. Roberto Mac Lean, suprimió la jurisdicción peruana exclusiva respecto al divorcio de peruanos, en aras de la uniformidad en el tratamiento jurídico a peruanos y extranjeros. La Comisión Revisora, luego de debatir el asunto y pedir opiniones a varios especialistas, decidió también permitir a los peruanos que se divorcien ante el juez del domicilio conyugal”⁽¹¹⁰⁾

Como lo describe la Dra. Revoredo, en el proceso generador del Art. 2062, numeral 1, del C.C., se evidencia la discusión doctrinal planteada en este importante tema, y la opción de los codificadores reflejada finalmente en el texto legal vigente. La fórmula adoptada, expresa el carácter facultativo de la competencia judicial conferida por el foro especial en razón de la materia aún contra no domiciliados, sean éstos peruanos o extranjeros.

Creemos importante resaltar la expresión aún contra no domiciliados, porque ello importa que la competencia facultativa por razón de la materia incluso lo es tal para los domiciliados, aspecto que resulta relevante destacar, por cuanto no sería jurídicamente correcto afirmar que tratándose de parejas cuyo domicilio conyugal estuvo fijado en el Perú solo los tribunales nacionales tendrían competencia, porque eso importaría añadir un supuesto más de competencia exclusiva, como los precisados específicamente en el art. 2058 del C.C., cuestión que el ordenamiento nacional no ha previsto.

Las normas de Derecho Internacional Privado peruanas disponen de modo expreso los supuestos de competencia positiva exclusiva al puntualizar taxativamente los casos en que nuestra jurisdicción es infranqueable, como lo señaláramos, son los supuestos contenidos en el art.2058 inc.1,2 y 3 relativos a los predios ubicados en la República, las acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en la República, así como en los casos de sometimiento expreso o

⁽¹¹⁰⁾ REVOREDO MARSANO, Delia. Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado. Lima, Okura editores,1985, p. 934

tácito a la jurisdicción de tribunales peruanos. No encontrándose incluidos bajo tal condición los supuestos del Art. 2062, relativo a la competencia de asuntos familiares.

De modo similar, se establecen los supuestos de competencia negativa incluyendo uno relativo respecto a las relaciones familiares, tratándose ambos de normas restrictivas, no pueden ser interpretadas de modo extensivo, ni analógicamente.

Establecido el carácter de la competencia, se posibilita por tanto, que peruanos e incluso extranjeros domiciliados en el extranjero litiguen estas materias ante tribunales nacionales, porque el domicilio conyugal estuvo fijado en el Perú y resulta la ley competente de acuerdo a nuestras normas de conflicto, como también peruanos y extranjeros domiciliados y no domiciliados puedan someterse a la competencia de tribunales extranjeros, aunque hayan tenido domicilio conyugal en el Perú, siempre que el proceso en el exterior se sujete a las garantías procesales inherentes a un debido proceso.

De otro lado, en relación al juez competente, creemos que si el sistema le permite a los peruanos que se divorcien ante un juez extranjero por no tratarse de un asunto de competencia peruana exclusiva. Siendo que en efecto lo usual va a ser que los cónyuges se divorcien ante el juez que domicilian, no necesariamente y de modo imperativo el juez tiene que ser el del domicilio conyugal, por cuanto al elegir el/la o los cónyuges someterse a un tribunal extranjero, éste tendrá que determinar de acuerdo a sus normas de derecho internacional privado, si radica o no competencia judicial internacional, pudiendo ser el domicilio del demandado, del demandante, el domicilio conyugal, o el de nacionalidad en caso de cónyuge extranjero, el criterio vinculante en términos de competencia judicial, al respecto como ya se ha indicado nuestras normas de competencia judicial internacional, son de carácter material, y forman parte del Derecho nacional, y por tanto en términos soberanos imperativas y exigibles en el ámbito territorial de la República, pero no de otros Estados.

Concluiremos este apartado sosteniendo, que el carácter facultativo de la competencia jurisdiccional en asuntos relativos a las relaciones familiares, es uno de los aspectos más destacables y renovadores de la legislación sobre la materia, los tribunales peruanos no tienen competencia exclusiva sobre dichas temáticas, pero la tendrán si las partes se la reconocen al elegir al tribunal nacional, teniendo la posibilidad de otro lado, por su carácter facultativo de optar por el tribunal extranjero.

Finalmente, precisemos qué aspectos debe observar el juez nacional cuando se emplaza a un no domiciliado, para que en este tipo de causas pueda radicar competencia por ser la ley peruana la aplicable. Al respecto corresponde analizar los alcances del domicilio conyugal como factor de conexión.

2.2.2.2. El domicilio conyugal como factor de conexión para la determinación de la ley aplicable y competencia judicial internacional.-

En este acápite vamos a tratar cuando es relevante para efectos de la competencia judicial internacional la determinación del domicilio conyugal de las partes.

Como se señalara en el rubro precedente relativo al foro especial en razón de la materia en el ámbito del derecho de familia, responden a un principio de proximidad razonable entre los tribunales competentes y el objeto del litigio, estableciéndose como uno de los criterios de atribución de competencia judicial internacional en esta materia la aplicación del derecho nacional, que de determinarse su aplicación legítima también la intervención de nuestros órganos jurisdiccionales. Insistimos es uno de los criterios atributivos, como lo es la sumisión tácita o explícita de las partes o el domicilio del demandado.

En tal sentido, resulta relevante invirtiendo el método conflictual, determinar donde estuvo fijado el domicilio conyugal, para que en aplicación del art. 2081, si lo fue en el Perú sean las normas peruanas competentes y en consecuencia pueda aplicarse el art. 2062, en su primer numeral.

Para ello, previamente vamos a examinar someramente la evolución de los criterios de elección de la ley aplicable en nuestro régimen para luego, profundizar en el análisis del domicilio conyugal como factor de conexión y sus consecuencias como factor de atribución indirecta de competencia judicial internacional.

2.2.2.2.1. Criterios adoptados por nuestra legislación en materia de ley aplicable

De manera similar al tratamiento de la competencia judicial internacional el art. V del Título Preliminar del Código Civil de 1936, distinguía para la determinación de la ley aplicable dos tratamientos, uno general que consideraba el factor de conexión domicilio conyugal, y uno especial, de aplicación excluyente para los nacionales, la ley nacional.

Así se disponía que el estado y la capacidad civil de las personas se regía por la ley del domicilio, pero se aplicaba la ley peruana cuando se trataba de peruanos.

Las mismas leyes regularon los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges, así como el régimen de los bienes de éstos.

Nuevamente el doble criterio que distinguió entre nacionales y extranjeros, Opción legislativa que posibilitaba unidad de tratamiento en relación a los peruanos, para los que coincidía el tribunal competente y la ley aplicable, imponiéndose el factor de conexión nacionalidad respecto a la competencia judicial y ley aplicable. Regulación que aparentemente favorecía la aplicación de la *lex fori* por los tribunales nacionales, pero que generaba como se acotó más de una dificultad frente a nacionales no domiciliados, cuya vida conyugal se había desarrollado y deteriorado lejos de nuestros fueros y realidad legislativa, así como de extranjeros que residiendo en el país no habían tenido como último domicilio conyugal nuestro país y se les negaba la posibilidad de regularizar legalmente su situación en el país, no obstante “acogerlos” en términos personales y económicos.

El Código Civil vigente regula la ley aplicable en Derecho de Familia en 13 artículos, como lo anota la Dra. Delia Revoredo ⁽¹¹¹⁾ Puede afirmarse que todos los dispositivos de Derecho de Familia son novedosos y que, de modo general impera en ellos el criterio domiciliario a fin de atribuir la ley aplicable en lugar del criterio dual (nacionalidad –domicilio) del artículo V del Título preliminar del Código anterior.

Se han introducido significativos cambios al particular prescribiéndose que:

Art. 2081. El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal.

Art. 2082. Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.

En relación a este último artículo precisamente, en la propuesta de reforma del Código Civil, publicada en abril del 2006, se ha consignado algunas precisiones:

Artículo 2082.- Causas y efectos del divorcio y separación de cuerpos.

1. Las causa de divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición **de dicho domicilio si no las autoriza, con iguales efectos, la ley** del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.
2. La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.

⁽¹¹¹⁾ REVOREDO MARSANO, Delia. Ob. Cit., p.. 945

Como lo explica la Exposición de Motivos¹¹²:

Al transcribir el texto de este artículo, por error mecanográfico, la comisión revisora omitió transcribir toda una línea, de manera tal que su lectura resultó ininteligible. Este nuevo texto subsana el error, incluyendo la línea omitida”¹¹³

Puede apreciarse que, la norma de Derecho Internacional Privado nacional dispone la unificación saludable del criterio de conexión, la ley del domicilio conyugal será la que deba aplicar el **juzgador peruano** para resolver las controversias sobre divorcio internacional que se le formulen, esto es en el ámbito de la competencia judicial directa. Lo acotamos especialmente en dichos términos, por cuanto como se señalara, el juzgado que radica competencia judicial internacional de cualquier país del mundo, determina la ley aplicable de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado nacionales, por lo que, en consecuencia, la ley del domicilio conyugal no necesariamente será el factor de conexión que apliquen los tribunales extranjeros que se hayan pronunciado respecto a procesos de divorcio, cuya sentencia extranjera se pretenda homologar ante nuestros tribunales, y que son materia de conocimiento por los tribunales locales a través de la competencia judicial indirecta, la misma que tiene sus propios parámetros para el reconocimiento, de acuerdo a lo dispuesto, por el art. 2104 del C.C.

Retornando al análisis del factor de conexión domicilio conyugal, debemos observar un primer inconveniente, ¿Cómo definir que es domicilio conyugal? Si revisamos los 66 artículos del Libro sobre Derecho Internacional Privado, no se encuentra alguno que refiera su significado. Así, habrá quienes sostienen la remisión a las normas pertinentes sobre domicilio del Código Civil, específicamente el Art. 36 que señala: "El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron", pero éste es también su contenido en Derecho Internacional Privado y lo que en verdad se busca es el significado del domicilio como factor de conexión; representando una omisión legal significativa el que no se le haya regulado expresamente dentro del Libro respectivo.

2.2.2.2. El domicilio conyugal como factor de conexión.

El Art. 2047 nos indica que el derecho aplicable, para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros, se determinan en primer término de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes. Examinemos cuáles serían los tratados a los que hemos de remitirnos:

- 10 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889. Ratificado el 25 de octubre de 1889.

¹¹² Ponente del Libro sobre Derecho Internacional Privado: Dra. Delia Revoredo de Moore.

¹¹³ Propuestas de reforma del Código Civil, Separata especial del Diario oficial El Peruano, Lima, martes 11 de abril de 2006.

- 11 Tratado de La Habana de 1928 (Código de Bustamante). Ratificado el 19 de agosto de 1929.
- 12 CIDIP II Convención Interamericana del domicilio de las personas físicas suscrito en 1979 y aprobado en 1980.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 12 de febrero de 1889, en su artículo 8 indica que el domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido.

En tanto, el Código de Bustamante en su artículo 22 prevé que el concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se regirán por la ley territorial, precisando el artículo 24 que el domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados, y el tutor o curador o los menores o incapacitados bajo su guardia, si no dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio de otro. De otro lado, el artículo 28 señala que las personas que no tengan domicilio se entenderá como tal el de su residencia, o en donde se encuentre.

Como se advierte, dichos tratados, por su data, consagran que el domicilio conyugal es aquél donde está constituido el matrimonio y en su defecto el del marido. Ambos tratados al haber sido ratificados por el Perú, forman parte del Derecho nacional tal como lo dispone el artículo 55 de la Constitución.

De otro lado, en el CIDIP II Convención Interamericana del domicilio de las personas físicas define el domicilio conyugal, como aquél en el que los cónyuges viven de consuno (Art. 4°). Sin embargo, qué pasa si éstos viven separados? Podría admitirse por tal, el último que tuvieron juntos como lo hace el Art. 36 del C.C. El tratado no prevé este supuesto, por tanto, en un caso semejante, habrá que considerar que no existe domicilio conyugal, determinándose independientemente el domicilio de cada cónyuge, de acuerdo a los criterios aplicables a la persona física.

A pesar de dichos inconvenientes, el último tratado supera criterios adoptados por los anteriores convenios, por lo que para aquellos países que han ratificado dichos instrumentos internacionales, esto es: Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay prevalecerá este último por ser especial para este tema y de data posterior.

“Lo cierto es también que, estando a lo dispuesto por el artículo 30 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969, vinculante para el Perú en la que se trata la aplicación de tratados sucesivos concernientes sobre la misma materia, se ha de tener en cuenta los principios de aplicación del tratado posterior frente al anterior y del especial sobre el general”.¹¹⁴

¹¹⁴ ARRIOLA ESPINO Marcela T., Comentario al art. 2102 del C.C., en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 889.

En relación a este tema la propuesta de reforma del Código civil a la que aludiéramos acoge los términos expuestos en el CIDIP II, que fija las reglas para el domicilio, señalando al respecto:

“Artículo 2056-A Domicilio internacional.

1. El domicilio internacional se constituye según las reglas de la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado sobre Domicilio.
2. Sólo se pierde un domicilio internacional cuando se ha adquirido uno nuevo.

Exposición de Motivos:

Según el texto actual, el principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio, la declaración de ausencia se rige por la ley del último domicilio del desaparecido, el estado y la capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio. La tutela y demás instituciones de protección al incapaz se rigen también, por la ley del domicilio. Igualmente, la ley del domicilio conyugal se aplica a los derechos y deberes de los cónyuges respecto a sus relaciones personales y al régimen patrimonial del matrimonio; además, las causa de divorcio y de la separación de cuerpos, la filiación matrimonial y la extramatrimonial, el reconocimiento del hijo y la adopción se rigen por la ley del lugar del domicilio (artículos 2082 al 2085 y 2087). El texto actual de este libro remite en varias de sus normas a la ley del domicilio.

Sin embargo nuestro Código civil no define qué debe entenderse por domicilio, desde la perspectiva internacional.

La precisión es imprescindible, porque los países no definen al domicilio de manera uniforme; para algunos el domicilio se constituye por la declaración de voluntad indubitable del sujeto ante determinada autoridad para otros, el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar. Los países también difieren en el modo en que definen la “habitualidad” necesaria para que la residencia constituya domicilio.

Cuando la ley o un tratado regulan determinada relación “por la ley del domicilio” es necesario saber, *prima facie*, qué debe entenderse por domicilio.

A fin de guardar uniformidad y coherencia con nuestras propias reglas de derecho Internacional Privado, se propone que las disposiciones sobre el domicilio internacional en el Código civil sean iguales a las reglas que el Perú ha aceptado en su Derecho convencional, es decir, en los tratados que ha suscrito y ratificado. En este caso, la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional sobre Domicilio, aprobada en 1975 (Sic) y ratificada por el Perú.”¹¹⁵

2.2.3 Foro en razón a la Autonomía de la voluntad:

¹¹⁵ Propuestas de reforma del Código Civil, Separata Especial del Diario oficial El Peruano, Lima, martes 11 de abril de 2009.

Se admite también la sumisión expresa o tácita a los tribunales peruanos, prórroga de jurisdicción que opera con la condición de que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República.

“Prórroga convencional y tácita de la competencia territorial, la que opera con la condición de que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República, observándose que el criterio de la autonomía de la voluntad se subordina al de la materia. Vinculación requerida y que se materializa por hechos como la nacionalidad de alguno de los cónyuges, ser el lugar de celebración o registro del matrimonio, nacimiento o domicilio de los hijos habidos de la relación, encontrarse los bienes de la sociedad conyugal ubicados en el territorio de la República, etc. Como puede apreciarse, la labor de los magistrados en la valoración del elemento vinculante con el territorio de la República y no solo con la legislación nacional resulta fundamental, por cuanto de no apreciarse tal vinculación, el órgano jurisdiccional debe sustraerse del conocimiento de la causa, al encontrarse frente a un caso de competencia negativa”.¹¹⁶

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el sector de la CJI es reflejo del principio fundamental que inspira todo el Derecho procesal civil, el principio dispositivo [...] la implementación procesal de los derechos subjetivos *inter privatos* depende de la voluntad del propio interesado. El reflejo en esta sede de dicho principio conlleva el reconocimiento de la autonomía de la voluntad tanto para atribuir como eludir la CJI. Si las partes pueden decidir sobre la implementación o no de sus derechos subjetivos, es coherente con ese principio que puedan decidir sobre dónde hacerlo. (¹¹⁷)

La sumisión puede ser expresa o tácita, expresa mediante un acuerdo o cláusula de elección del foro y tácita a partir del comportamiento procesal de las partes: del demandante por la presentación de la demanda, y comparecencia y no impugnación de la CJI para el emplazado. Cabe señalar la trascendencia del debido emplazamiento, a efectos de verificar si la condición de rebeldía podría ser merituada.

“Cabe sin embargo acotar, que si el demandado no domiciliado no contesta la demanda, no puede declarársele rebelde y someterlo a la jurisdicción peruana. El supuesto que otorga jurisdicción al juez peruano es el sometimiento tácito, tal y como se define en este artículo. Esto es, el sometimiento por apersonarse sin hacer reserva. Quien no se apersona no se somete. En consecuencia, si notificado el demandado y vencido el plazo para contestar la demanda, el demandado no la ha contestado, el juez simplemente debe declararse incompetente y archivar el proceso”.¹¹⁸

¹¹⁶ Carmen Julia Cabello Matamala, Comentario al art. 2062 del C.C. , en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 731.

¹¹⁷ Virgos Soriano Miguel, Ob. Cit. pp.197

¹¹⁸ TOVAR GIL, María del Carmen Comentario al art. 2059 del C.C. , en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 721,722.

Si bien nuestras normas de derecho internacional privado admiten la sumisión expresa o tácita en concordancia a lo dispuesto por los artículos 2059, y 2067 del acotado Código, dicha prórroga convencional o tácita del elemento territorial se subordina a la materia, excluyéndose si se trata de un asunto de competencia negativa de los tribunales peruanos.

En el caso de acciones relativas al estado, la capacidad de las personas naturales y relaciones familiares es necesario acreditar la vinculación con el territorio de la República, para que pueda admitirse el sometimiento de las partes a la jurisdicción nacional, y esto es aplicable tanto a los ciudadanos nacionales o extranjeros, domiciliados o no domiciliados.

Podría examinarse varios supuestos, el caso de nacionales que han contraído matrimonio o han registrado su matrimonio en los registros civiles peruanos, cuyo domicilio conyugal se encuentra en el extranjero, y otorgan poder a un tercero para que tramite su divorcio ante un juez peruano, o en otra situación la de extranjeros domiciliados actualmente en el extranjero que someten su divorcio a los tribunales peruanos porque el único bien adquirido durante el matrimonio, se encuentra aquí, habiéndolo adquirido en una permanencia temporal en el país. Acaso, en ambos casos no resulta atendible el sometimiento de los no domiciliados a los tribunales peruanos, en atención a lo dispuesto por el art. 2062 numeral 2.

En relación al sometimiento tácito o convencional la doctrina es unánime al no admitir que las partes elijan un juez extraño a todo vínculo efectivo⁽¹¹⁹⁾ en aras de salvaguardar la jurisdicción y evitar favorecer los denominados foros shopping.

Encontrándose ambos cónyuges radicando en el extranjero, que el último domicilio conyugal estuvo fijado en EEUU y que no tienen ninguna vinculación con el territorio de la República, máxime si los bienes de la sociedad de gananciales se sitúan en el extranjero, se declara improcedente la demanda por carecer los tribunales peruanos de competencia judicial internacional. No se tiene en cuenta el sometimiento a la jurisdicción nacional y los eventuales elementos vinculatorios.

10.- EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE SETIEMBRE DE 1993⁽¹²⁰⁾

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo opinado por el Fiscal estimó:

Que de acuerdo al artículo dos mil setentitrés del Código Civil, los tribunales peruanos son competentes para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas entre otras, al estado de las personas

⁽¹¹⁹⁾ FERRARI CERETTI, Francisco. El Divorcio Editorial Depalma. Buenos Aires, 1975. Pág. 33

⁽¹²⁰⁾ Exp. 320 - 93 / Lima.

naturales aún contra personas domiciliadas en el extranjero cuando el derecho peruano es aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado o cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República; que el artículo dos mil cincuentiocho del mismo cuerpo normativo establece la competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional, lo cual no se cumple en el presente caso, pues, se encuentra debidamente acreditado que ambos cónyuges radican en el extranjero, por lo que el primero de los supuestos señalados por el artículo dos mil sesenta y tres no se da en el caso de autos; que el segundo de dichos supuestos tampoco se cumple debido a que no se ha acreditado vinculación alguna con el territorio de la República, muy por el contrario consta en autos que todos los bienes que posee la sociedad conyugal se encuentran en el extranjero; que de acuerdo al artículo dos mil ochentiuno, las leyes aplicables al divorcio, se rigen por la del domicilio conyugal; que de la documentación presentada en autos se encuentra debidamente acreditado que el domicilio conyugal de las partes se encuentra en los Estados Unidos de Norte América, por lo que tampoco es aplicable al presente caso las leyes peruanas: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos diez, su fecha treintiuno de marzo de mil novecientos noventidos, que confirmando en parte la apelada de fojas cincuenticuatro, su fecha veintitres de agosto de mil novecientos noventiuno, declara fundada la demanda de fojas tres y no seis como erróneamente se ha consignado, con lo demás que contiene; REFORMANDO la primera y REVOCANDO la segunda; declararon IMPROCEDENTE la referida demanda; en los seguidos por ...con ... sobre divorcio absoluto; y los devolvieron.

El Dictamen Fiscal sostuvo:

Es materia del recurso de nulidad, la resolución de vista de fs. 210 que confirma la sentencia apelada de fs. 54 en cuanto declara fundada en parte la demanda interpuesta a fs. 6, y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por ...y ...por las causales de sevicia, atentado contra la vida del cónyuge e injuria grave, y sin lugar la demanda por la causal de conducta deshonrosa; dispusieron, revocando en este extremo la apelada, que el menor ..., quede en poder y bajo la conducción de su progenitora pudiendo el demandante visitarlo los días martes y jueves de seis a ocho de la noche, sacarlo del hogar materno el primer y tercer domingo de cada mes, entre las diez de la mañana y las cuatro de la tarde, establecieron como pensión alimenticia a favor del menor la suma de cincuenta nuevos soles y precisaron que los gananciales perdidos por la emplazada son los que proceden de los bienes del otro cónyuge.

Del análisis y revisión de los actuados aparece que el demandante está solicitando la disolución del vínculo matrimonial que lo une a la demandada por haber incurrido ésta en la comisión de las causales previstas en los incs. 2°, 3°, 4° y 6° del Art. 333 del Código Civil, esto es

sevicia, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y conducta deshonrosa, ofreciendo para acreditar las fundamentos de su demanda los documentos de fs. 27, 28, 29 y 30.

Los de fs. 28 y 29 son certificaciones policiales de las denuncias presentadas por éste con fecha 17 de julio de 1991, la primera por abandono de hogar de su esposa y la segunda es prácticamente una petición para que se constate el retiro voluntario de sus prendas personales del domicilio de los padres de su esposa; siendo los documentos de fs. 29 y 30 fotocopias de una denuncia presentada en la Fiscalía Provincial de Turno de Lima, y la otra una solicitud de garantías presentada a la Prefectura de esta misma ciudad, ambas con fecha 27 de junio de 1991, que por no estar legalizadas carecen de valor legal y además contienen solo el dicho del denunciante sin que se haya demostrado la veracidad de los hechos que en ellas se narran.

Que asimismo se ha ofrecido como prueba la declaración testimonial actuada a fs. 35, 36 y 37 con arreglo al pliego interrogatorio de fs. 34 de la cual se advierte que los declarantes se han limitado a responder monosílabas, sin dar mayor explicación o referencia de los hechos que se les pregunta, los que por otro lado resultan expuestos en forma genérica en las preguntas que contiene el pliego, sin indicaciones de fechas, lugares o transcripción de frases que se han considerado injuriosas o descripción de las lesiones inferidas.

Que, con relación a la confesión de la demandada, se debe dejar constancia que según los asientos de notificación de fs. 32 vta. y 33, la resolución admitiendo dicha prueba fue notificada a ésta en ..., San Miguel, el día 31 de julio de 1991, fecha en la cual no se encontraba en el país, según consta del certificado de movimiento migratorio que obra a fs. 80, por lo que al no haber sido notificada personalmente no obstante haberse exigido su confesión personal, no puede surtir ningún efecto legal en su contra.

Que es evidente que la prueba actuada no ha sido debidamente analizada, de ahí que se haya amparado la demanda del actor, pues de ninguna de ellas se infiere que se haya ocasionado intencionalmente al accionante grave daño físico que haya puesto en riesgo su vida, o que por lo menos haya sido víctima de agresiones leves por parte de su cónyuge, menor aunque ésta le haya proferido ofensas, insultos o palabras vejatorias, que hayan lesionado su dignidad, su decoro o buena reputación, etc. que hagan insoportable la vida en común, advirtiéndose mas bien de los documentos de fs. 84 a 104, de 144 a 204 el carácter agresivo del actor y el hecho de haberse encontrado comprometido en diferentes investigaciones policiales por la comisión de hechos delictivos.

Que con relación a las notificaciones de la demanda- da con la resolución admisorio de la demanda es de advertir que el asiento de la notificación aparece firmada por ésta, con fecha 1° de julio de 1991, oportunidad en la que se encontraba en el país según consta de la certificación de su movimiento migratorio que obra a fs. 80 y estando además al hecho de

haber salido a juicio mediante apoderado y haber hecho uso de su derecho a la defensa, o es procedente la nulidad de actuados que propone, por así disponerlo el inciso 1° y 3° del artículo 1086 del Código de Procedimientos Civiles.

Por las consideraciones expuesta, esta Fiscalía es de la opinión que HAY NULIDAD en la recurrida, la Que reformándose y revocando la sentencia de primera instancia, deberá declararse INFUNDADA la demanda de fs. 6 en todos sus extremos

Comentario:

En esta ejecutoria se evalúa si el derecho peruano es el aplicable por tratarse de emplazada no domiciliada, llegándose a la conclusión que habiéndose acreditado que el domicilio conyugal se fijó en el extranjero, por tanto no podía conocerse del asunto, más no se examinó suficientemente si existía vinculación con el territorio de la República, por cuanto la demandada si había domiciliado en el país y de acuerdo al dictamen fiscal habían tenido hijos comunes que vivían aquí, procesos judiciales entre las partes por los alimentos de éstos, las visitas, etc.. Hechos a considerar vinculatorios, y que ameritarían un pronunciamiento de fondo, máxime si la emplazada no había objetado la competencia al apersonarse al proceso.

No obstante existir elementos vinculatorios con el territorio de la República y no haberse objetado la competencia judicial nacional, se declaró improcedente la demanda de divorcio incoada porque el último domicilio conyugal no estuvo fijado en el país.

11.-. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE JUNIO DE 1991 ⁽¹²¹⁾

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal que señalaba:

En la demanda de fs. 2, el actor interpone acción de divorcio, por las causales de injuria grave y abandono injustificado de la casa conyugal; manifestando, haber contraído matrimonio con la demandada el 14 de abril de 1976, habiendo sido designado a los pocos días Embajador en ..., viajando sólo; que el año 1977 mediante ruegos logros que la emplazada lo visitara por tres meses, sin haber tenido relaciones íntimas durante ese tiempo; que en suma de los 9 años de casados, solamente han llevado

⁽¹²¹⁾ Exp. 1910-90 / Lima

vida en común 4 meses, haciendo cada uno su vida independiente; que al retornar el actor al país en 1977, la demandada se negó a retornar al hogar conyugal, hasta el día de hoy; que anteriormente han seguido dos procesos de divorcio, no habiéndose resuelto en ninguno de ellos el fondo del litigio; que no habiendo procreado hijos, no habiendo adquirido bienes y no existiendo vida en común por decisión de la demandada, en concreto no hay nada que los una. A fs. 5, aparece el acta de la diligencia de comparendo, en la que el actor se ratifica en los extremos de la demanda; la demandada deduce las excepciones de cosa juzgada y de prescripción, manifestando que los hechos en que apoya la demanda, ya ha sido materia de los procesos anteriores seguidos entre las partes ante el Sexto y el Noveno Juzgado en lo Civil de Lima; y que el tiempo transcurrido de los imaginarios hechos que esgrime el demandante, ya ha transcurrido más del tiempo señalado en la Ley; que contestando la demanda la niega y la contradice en todos sus extremos; ya que no cabía la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, cuando por culpa exclusiva y voluntad expresa del demandante, ya que solamente permaneció 3 meses al lado del actor en ..., y por iniciativa del demandante regresó a Lima a casa de sus padres y a los pocos días el demandante envió una maleta con algunas pertenencias de la emplazada y le comunicó que daba por finalizado el matrimonio; que con ayuda de familia- res y amigos logró retornar a ...el 05 de febrero de 1977, el actor manifestó estar padeciendo una fuerte depresión y que la persona indicada para acompañarlo era su madre y como en esa circunstancia murió un hermano de la emplazada aceptó retornar a Lima el 05 de marzo de 1977, para lo cual se suscribió un acta de convenio matrimonial, con lo cual el actor demostraba que no actuaba dolosamente; sosteniendo nutrida correspondencia con el demandante intercambio de regalos y revistas; que posteriormente solicitó retornar al lado del actor, recibiendo como respuesta una demanda de divorcio por la causal de injuria grave y de esa fecha es una sucesión de causas de divorcio por diversas causales. A fs. 13 se continúa la diligencia, en la que el apoderado del actor contestando el traslado de las excepciones deducidas, manifestó que la causal que se argumenta no es la que invocó el actor en los procesos anteriores y que continuando la separación de los cónyuges deben desestimarse las excepciones deducidas. Seguidamente prestó confesión la demandada la misma que no aporta nada nuevo que merituar. En el proceso acumulado no corre la partida de matrimonio de los cónyuges, obrando la misma a fs. 30 del expediente acompañado No. 350-83, seguido entre las partes, sobre divorcio, ante el Sexto Juzgado en lo Civil. A fojas. 437, ..., interpone demanda de divorcio contra..., por la causal de conducta deshonrosa; desistiéndose de la acción a fs. 503, amparada por auto de fs. 504, con fecha 06 de febrero de 1989. Tramitada la causa conforme a su naturaleza, el Juzgado de origen emite sentencia a fs. 510/512, declarando improcedente las excepciones de cosa juzgada y de prescripción deducidas en el comparendo, improcedente la demanda por la causal de injuria grave e infundada por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal. A fs. 529, obra la sentencia de segunda instancia que confirma la apela. Del estudio y análisis de autos y los acompañados que se tienen a la vista, queda fehacientemente acreditado que los cónyuges en conflicto no establecieron hogar conyugal en el

territorio de la República y que la demandada retorno al país de mutuo acuerdo con el actor, como aparece de la instrumental que corre a fs. 101; en consecuencia no puede haber ocurrido abandono del hogar conyugal, invocado como causal en la acción incoada; igualmente la causal de injuria grave no ha sido acreditada en la secuela del proceso.

Finalmente se resolvió improcedente la demanda de divorcio, no obstante dos vocales supremos fundamentaron sus votos en contra de la siguiente manera:

Que el matrimonio, como unión concertada voluntaria-mente por un varón y una mujer y amparada por la ley (artículo doscientos treinticuatro del Código Civil) no es simple contrato ya que de él dimanar relaciones jurídicas permanentes que rebasan el interés de los contrayentes para comprender la sociedad misma, surgiendo verdaderos vínculos de afecto entre marido y mujer que revisten también carácter ético trascendentes también a la familia y al grupo social; que en el caso sub litis, de la partida corriente a fojas tres del expediente sobre divorcio absoluto seguido ante el Noveno Juzgado en lo Civil de Lima que se tiene a la vista, aparece que demandante y demandada contrajeron matrimonio el catorce de abril de mil novecientos setentiseis ante el Concejo Distrital de Miraflores (Lima) fluyendo del tenor de la demanda de fojas dos y respuesta que doña ...dá a fojas trece vuelta a la primera pregunta del pliego de posiciones de fojas ocho que ella sólo permaneció el hogar común alrededor de tres meses añadiendo, al contestar las preguntas tercera y quinta, que sigue separada de su cónyuge y que ni siquiera sabe donde éste reside; que si bien responsabiliza de la separación a su esposo señalando que con fecha tres de marzo de mil novecientos setentiseis suscribieron en Budapest (Hungría) el documento corriente a fojas ciento uno mediante el que convienen el viaje de la cónyuge a Lima "por una temporada" por motivos familiares y de salud, también lo es que esa situación temporaria no puede convertirse en indefinida hasta el extremo de afectar, sustancialmente, la institución matrimonial, la misma que obliga a la cohabitación y ayuda mutua como se desprende de los artículos doscientos ochentiocho y doscientos ochentinueve del mencionado Código; que, de otro lado, aparece del expediente sobre alimentos que también se tiene a la vista, que doña ..., año y medio después de suscribir el aludido documento, inició a su esposo acción alimentaria en cuya demanda precisa que el domicilio conyugal fue efectivamente, fijado en ...; que ella "de común acuerdo" vino a Lima el siete de marzo de mil novecientos setentiseis desde cuya fecha reside en esta Capital, con la expresa circunstancia que reclamó pensión en cantidad suficiente para mantener su "status de vida" que le irroga gastos considerables, dándose el caso de que, con fecha diez de abril de mil novecientos ochentiseis esto es, ocho años después, solicita aumento de alimentos como también es de verse del acompañado, infiriéndose de todo ello que la demandada no cumplió con sus deberes de esposa y menos hizo vida común con su cónyuge quien, por razones poderosas (función diplomática en el extranjero) necesariamente tuvo que residir en los lugares de su destino, poniendo de manifiesto voluntad de sustraerse a esos deberes pus prefirió recurrir a acciones judiciales de alimentos, en Lima, para vivir con la comodidad inherente -según expresa- a

su rango social, situación jurídica ésta que no puede compatibilizarse con los altos fines del matrimonio y sin que del proceso se desprendan elementos de juicio para presumir que don ...incurrió en abuso del derecho para impedir a su esposa que se restituyera a la casa conyugal; que, finalmente, habiendo transcurrido mas de catorce años desde la celebración del matrimonio y no habiendo éste cumplido su finalidad, no existe interés social ni práctico o jurídico que aconseje mantener lo ya roto por la fuerza de lo ocurrido y el ánimo de los esposos; NUESTRO VOTO es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia en fojas quinientos veintinueve, en cuanto confirmando la apelada de fojas quinientos diez, declara infundada la demanda interpuesta por don ...con doña ..., sobre divorcio por la causal de abandono Oinjustificado de la casa conyugal; reformando la resolución recurrida y revocando la de primera instancia en este extremo, se declare FUNDADA la referida demanda por dicha causal...

Comentario:

La ejecutoria Suprema consideró que no se había constituido domicilio conyugal en el país, por lo que declaró improcedente la demanda. Al igual que en el fallo anterior aparece la confusión entre juez competente y ley aplicable, identificándose el domicilio conyugal como requerimiento determinante de la competencia jurisdiccional, porque es la ley nacional que va aplicar el juzgador. ¿Qué hay del domicilio del demandado, o del sometimiento a la jurisdicción nacional por las partes vinculadas, en las que se advierten elementos vinculantes, como en el caso de autos por el matrimonio celebrado en el país, acaso el juez peruano no le correspondía radicar competencia, y en todo caso aplicar la ley del domicilio conyugal correspondiente, y en ese entendido requerir a las partes y utilizar los conductos oficiales para obtener el ordenamiento extranjero aplicable.

2.2.4 Competencia negativa en caso de relaciones familiares donde la causa no tiene vinculación efectiva con el territorio de la República.

Como lo explican los profesores María de Carmen y Javier Tovar Gil existen una serie de relaciones a las que por uno u otro motivo el legislador ha considerado conveniente prohibir que sean vistas por sus tribunales. Ello independientemente de si el demandado es o no domiciliado¹²², entendiéndose ello como casos de competencia negativa.

“Sometimiento a jurisdicción extranjera:

También este caso puede considerarse como correlativo a la opción del numeral 3 del artículo 2058 del C.C. que presume que la elección por las partes de un tribunal determinado es exclusiva. Es respetando tal exclusividad que decide el legislador del 84 prohibir a sus tribunales que

⁽¹²²⁾ TOVAR GIL, María del Carmen y Javier. Derecho internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante De la Puente, Lima, 1987.

conozcan en ningún caso de acciones relativas a asuntos que han sido sometidos por los interesados a una jurisdicción extranjera. El artículo indica además, que la ausencia de competencia peruana está condicionada a que se cumpla con lo dispuesto por el artículo 2060 del C.C., vale decir, que se trate de acciones patrimoniales y que no versan sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva ni constituyan abuso del derecho, ni sean contrarios al orden público del Perú. Vale la pena destacar que aun cuando esto último no estuviere dicho expresamente, existirían los condicionamientos a la posibilidad de prórroga de jurisdicción, pues ellas son reflejo práctico de los principios consagrado en su artículo 2049.

Tenemos además aquí un principio que si bien podría considerarse comprendido en el espíritu del Código, no se halla expresamente señalado en los dispositivos generales, cual es, que no se admiten pactos sobre asuntos de competencia exclusiva. La autonomía de la voluntad, en cuanto a la elección de un foro, está limitada a los supuestos de jurisdicción facultativa”.¹²³

Al respecto el artículo 2067 del C.C. establece que los tribunales peruanos carecen de competencia para conocer: 3) De las acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares, si la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la República.

Como se acotara al tratar la autonomía de la voluntad para el sometimiento a tribunales locales, en nuestra temática familiar se requiere además la efectiva vinculación de la causa con el territorio de la República, en caso contrario la sola voluntad de las partes no es suficiente para atribuir competencia a los tribunales peruanos.

Resulta fundamental por tanto, considerar los posibles nexos vinculantes con el territorio nacional, los mismos que no son definidos y en consecuencia deben ser apreciados razonablemente por el juzgador, que van desde ser el lugar del domicilio conyugal, el domicilio de alguno de los cónyuges, celebración o registro del matrimonio, nacimiento o domicilio de los hijos habidos de la relación, encontrarse los bienes de la sociedad conyugal ubicados en el territorio de la República, la nacionalidad de los cónyuges, etc.

En este aspecto, el foro general del domicilio del demandado, aunque eventualmente sea el único elemento vinculante en el contexto de la relación conyugal familiar sería suficiente para atribuir competencia, excluyendo la aplicación del art. 2067.

Como puede apreciarse la labor de los magistrados en la valoración del elemento vinculante con el territorio de la República y no sólo con la aplicación de la legislación nacional resulta fundamental, por cuanto de no apreciarse tal vinculación, el órgano jurisdiccional debe sustraerse del conocimiento de la causa, al encontrarse frente a un caso de competencia

¹²³ TOVAR GIL, María del Carmen, Comentario al art. 2067 del C.C., en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005, p. 753.

negativa. La interpretación del operador del derecho resulta fundamental, de ser restrictiva o flexible dependerá la amplitud de conocimiento de este tipo de causas, sea el caso de aquellos cuya vinculación se centra en ser la parte demandante domiciliada en el país, y que para algunos regímenes es suficiente atribución de competencia, lo vamos a poder apreciar en el siguiente capítulo, cuando se examinen algunas resoluciones provenientes de diferentes Estados de los E.E.U.U.

De no ser suficiente, como en principio consideramos, señalaremos que es posible el sometimiento tácito del demandado no domiciliado respecto al demandante domiciliado, e incluso del demandante y demandado no domiciliados, siempre que al menos la causa relativa al estado y la capacidad de la persona natural o a la relación de familia, tenga alguna otra vinculación efectiva con el territorio de la República, en caso contrario de conformidad a lo dispuesto por el artículo acotada, se excluiría la competencia peruana. Por lo que insistimos que el operador en este aspecto debe razonablemente evaluar los vínculos exigidos que tiene la causa familiar, no limitándose a verificar sólo si el domicilio conyugal se ha encontrado en la República, a efectos de no inhibirse y limitar consecuentemente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

“En forma consistente con lo establecido en el artículo 2062 del C.C., el legislador ordena al juez peruano abstenerse de conocer de una causa relacionada con las personas o la familia, cuando la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la República. Si bien nuestro Código no recoge la excepción de fraude a la ley, contiene normas que no permiten a personas no relacionadas a nuestro sistema a plantear causas que carecen de vinculación con nuestro Estado”.¹²⁴

Como vemos, se consagra de modo general el criterio del “domicilio” y no el “domicilio conyugal” como elemento atributivo de competencia, abandonándose el de nacionalidad para los peruanos, innovación que ha aliviado los graves inconvenientes que generaba para los nacionales, tener que litigar necesariamente en el país, no obstante domiciliar en el extranjero. Ahora ya no hay jurisdicción exclusiva de nuestro fuero respecto a aquellos, no obstante nuestra ley comprende que si es voluntad de éstos someterse a tribunales peruanos se acojan a lo dispuesto por el Art. 2062.

De otro lado se ha igualado el tratamiento de nacionales y extranjeros, el que se encuentra expresamente regulado en el Art. 2046 que establece que los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que, por motivo de necesidad nacional, se establecen para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras. Podríamos añadirle así como a las exigencias que por la ley nacional se les requiere a los peruanos que han contraído matrimonio en el extranjero, como lo señala la ley 26497 en sus artículos 41 y 44.

¹²⁴TOVAR GIL, María del Carmen, Ob. Cit., p. 753.

2.2.5. Criterios Atributivos de Competencia dispuestos por los Tratados Vinculantes al Perú aplicables al divorcio internacional.-

Son tres los tratados vinculados a la regulación de criterios atributivos de competencia judicial internacional, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, Bustamante de 1928 y el CIDIP II Convención Interamericana sobre Domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado 1979.

2.2.5.1 El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889

El referido instrumento internacional en su artículo 62 señala expresamente, que el juicio sobre nulidad de matrimonio, divorcio, disolución y, en general, todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal. Definiendo en su artículo 8 que el domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste se reputa por tal el del marido. La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro.

Al respecto cabe anotar que lo dispuesto por este tratado prevalece respecto a las normas de Derecho Internacional Privado del Código Civil analizadas, tratándose de litigios entre privados vinculados con ordenamientos de países que lo han ratificado. A saber: Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú Uruguay y Colombia ⁽¹²⁵⁾

Como puede apreciarse, la aplicación prevalente de los tratados internacionales, importaría en esta materia, limitar los criterios atributivos de competencia que describiéramos en el sub capítulo precedente, por cuanto este no reconoce el foro general del domicilio del demandado, ni la prórroga de jurisdicción, restringiéndose la radicación de competencia judicial internacional en la materia en estudio, al criterio domicilio conyugal, que en el caso de nuestro país conduciría a la polémica posición tradicional, que unifica la concurrencia de juez y ley nacional aplicable.

2.2.5.2. El Código de Bustamante

Establece como criterio general atributivo de competencia, en su artículo 318 que será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquél a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.

⁽¹²⁵⁾ DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. 2004. PUCP. Fondo Editorial, 2004. 2da Edición p.107.

Que en materia de calificación del elemento domicilio el artículo 24 conceptúa que el domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados, y el del tutor o curador a los menores o incapacitados bajo su guardia, si no dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes atribuye el domicilio de otro.

Como se señalara con el tratado precedente, éste vincula a los países que lo han ratificado, en América son 15: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela.

No ratificaron el Código de Bustamante: Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay. ⁽¹²⁶⁾

En este aspecto, el presente convenio si admite la prórroga de jurisdicción, pero la subordina a la vinculación en razón exclusiva de la nacionalidad y del domicilio de las partes, para lo cual procede a definir los términos de domicilio conyugal, y domicilio de la cónyuge, como el de su marido, no reconociendo otras modalidades de aproximación razonables. Lo dispuesto lo somete en todo caso a la regulación del Derecho local, en tal entendido consideramos que la amplitud de los criterios atributivos de competencia previstos en el Derecho Internacional Privado del Código Civil peruano, serían de aplicación preferente, de acuerdo a los propios términos del tratado.

2.2.5.3. El CIDIP II Convención Interamericana sobre Domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado 1979.

El CIDIP II la Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado, en su artículo 2 define el domicilio en principio por el lugar de su residencia habitual, luego el lugar del centro sus negocios; en ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; en su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.

El artículo 4 define el domicilio de los cónyuges como aquel en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio de acuerdo a los criterios precedentemente acotados.

Como se advierte este último instrumento recoge criterios igualitarios que universalmente vienen imponiéndose, postergando aquellos que importan discriminación en las relaciones familiares.

Han suscrito este tratado: Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay. ¹²⁷

⁽¹²⁶⁾ DELGADO BARRETO, César. Ob.Cit., pp.110

⁽¹²⁷⁾ DELGADO BARRETO, César. Ob. Cit.p.117

Como puede verificarse los convenios ratificados que obligan al Estado peruano, en los asuntos de esta materia se encuentran delimitados espacialmente al continente Americano, y particularmente en parte de éste.

Seguidamente presentamos un cuadro síntesis que nos muestra el ámbito de aplicación de los referidos convenios:

CONVENCIONES			
Países que han Ratificado/Adherido	Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)	Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889	Convención Interamericano sobre domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado
Argentina		X	
Bolivia	X	X	
Brasil	X		
Chile	X		
Colombia		X	
Costa Rica	X		
Cuba	X		
Ecuador	X		X
El Salvador	X		
Guatemala	X		X
Haiti	X		
Honduras	X		
México			X
Nicaragua	X		
Panamá	X		
Paraguay		X	X
Perú	X	X	X
República Dominicana	X		
Uruguay		X	X
Venezuela	X		

Fuente: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_firmas_ratificaciones_materia.htm#Sentencias
Código Civil Comentado , Ob.Cit, p. 781

2.2.6. Criterios Atributivos de Competencia dispuestos por otros Tratados en el ámbito de la CIDIP

Diego Fernández explicita la diversificación en el tratamiento de las normas procesales internacionales en su importante artículo” Aspectos esenciales de

la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana”:

“A veces da la impresión de que se desconoce que en el ámbito interamericano protagonizado por la CIDIP se ha llevado a cabo cierta reglamentación de la competencia judicial internacional. No sólo existe la ya mencionada Convención sobre competencia indirecta sino que son varias las convenciones interamericanas que incluyen, entre una reglamentación más escorada hacia el sector del derecho aplicable, unas cuantas normas competencia internacional directa buscando, en general, algún paralelismo. El hecho de que las mismas sea limitada a ciertas materias no quita el dato importante de que ponerse de acuerdo en estas cuestiones puede ser complicado pero no imposible incluso en relación con materias respecto de las cuales tradicionalmente se suelen presumir dificultades en la reglamentación.

Cabe mencionar, en ese sentido, los arts. 8 de la Convención sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas (CIDIP I); 6 de la Convención sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (CIDIP II); 15, 16 y 17 de la Convención sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III); 8, 9, 10 de la Convención sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV); 6 de la Convención sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV); 15 y 16 (arbitraje) de la Convención sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera (CIDIP IV); y 13 y 16 de la Convención sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V). La lectura de estas normas dejan entrever dos tendencias en la reglamentación de la competencia judicial internacional en el ámbito interamericano: La importancia que va adquiriendo el foro de la residencia habitual de la persona y el espacio dado a la autonomía de la voluntad de las partes. Ningún observador imparcial se atrevería a restar significación a estas reglas, las cuales, a excepción de las contenidas en la Convención relativa al transporte, están en vigor en un importante número de Estados”.¹²⁸

Seguidamente haremos referencia a los convenios que han sido ratificados por el Perú, en el marco de la CIDIPS y de la Conferencia de la Haya y que contienen normativa vinculada a aspectos procesales internacionales:¹²⁹

Convenciones aprobadas por las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos.

CIDIP I Panamá 1975

¹²⁸ FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Ob. Cit., p. 133, 134.

¹²⁹ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln, Ob. Cit., p 377, 378.
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_firmas_ratificaciones_materia.htm#Sentencias
http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=69

- Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques. Ratificado. 5 de julio de 1977
- Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas. Ratificado 5 de julio de 1977
- Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional. Ratificado 2 de mayo de 1989 .
- Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. Ratificado 5 de julio de 1977 .
- Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero. Ratificado 5 de julio de 1977 .
- Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero. Ratificado 5 de julio de 1977 .

CIDIP II. Montevideo 1979

- Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado. Ratificado 9 de abril de 1980.
- Convención Interamericano sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado. Ratificado 9 de abril de 1980.
- Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles. Ratificado 9 de abril de 1980.
- Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques. Ratificado 9 de abril de 1980.
- Protolo adicional a la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. Ratificado 9 de abril de 1980.
- Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero. Ratificado 9 de abril de 1980.
- Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. Ratificado 9 de abril de 1980.
- Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros. Ratificado 9 de abril de 1980

CIDIP IV Montevideo 1989

- Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores. Ratificado 25 de enero del 2005.
- Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias. Adhesión 27 de octubre de 2005

CIDIP V México 1994

- Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores. Adhesión 20 de abril del 2004.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Ratificado el 14 de setiembre de 1995.

Mencionaremos algunos de los criterios atributivos de competencia judicial internacional identificados en los tratados CIDIPS:

Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas.

Art 8.- Los tribunales del estado parte donde la obligación deba cumplirse o los del estado parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio.

CIDIP III Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (No ratificada)

Art.17.- Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de éste y viceversa, los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras que el adoptante no constituya domicilio propio.

A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección de actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (No ratificada).

Art.1.-A En materia de acciones personales, de naturaleza patrimonial...que el demandado, al momento de entablarse la demanda, haya tenido su domicilio o residencia habitual en el territorio del Estado parte donde fue pronunciada la sentencia si se tratare de personas físicas, o que haya tenido su establecimiento principal en dicho territorio en el caso de personas jurídicas:.....

CIDIP IV Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.

Art. 6 Son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o de su retención, así como las del Estado en el que se encuentra o se supone se encontrare al momento de entablarse la demanda, a donde se hubiese producido el hecho que dio motivo a la reclamación.

A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado parte en cuyo territorio se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido al momento de efectuarse dicha solicitud: igualmente, ante las autoridades del Estado parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación...

CIDIP IV: Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias

Art. 8.- Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:

- el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- el juez o autoridad del estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor; o
- el juez del estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos..

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se consideran igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.

CIDIP V Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores.

Art. 13.- Serán competentes para conocer de la solicitud de localización y de restitución, a opción de los reclamantes, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte de residencia habitual del menor, o las del Estado Parte donde se encontrare o se presuma que se encuentra retenido.

Cuando existan razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud ante las autoridades judiciales o administrativas del lugar donde se produjo el hecho ilícito.

Como se advierte, si bien los convenios a los que se ha hecho referencia no corresponden específicamente a la temática en estudio, cierto es que indican un devenir en materia de competencia judicial directa en las Convenciones Interamericanas, que reafirman la competencia facultativa, y criterios atributivos de competencia general sustentados en el domicilio o residencia habitual, que nos permiten comprender las claras motivaciones que tuvieron nuestros legisladores al optar por relevar el carácter exclusivo que tenía en nuestra legislación la competencia judicial internacional para lo relativo al estatuto personal, a través del criterio de nacionalidad para los peruanos, generalizando el criterio atributivo del domicilio también para estas causas. Algunos de dichos tratados no han sido aún ratificados por el Perú, pero de conformidad a lo establecido por el art.2047 del C.C. deben considerarse como referentes doctrinarios, al momento de interpretar nuestras normas de competencia internacional.

Finalmente, queremos observar comparativamente la eficacia territorial de los tratados referidos y el movimiento migratorio de nuestros conciudadanos, para advertir los países y los sistemas jurídicos con los cuales objetivamente nos relacionamos con mayor incidencia.

Cuadro N° 1

Entradas y salidas de Peruanos según país de residencia Año : 2008

CONTINENTE	PAIS	PERUANOS		Total PERUANOS
		ENTRADAS	SALIDAS	
TOTAL	6807166	1364947	1752825	3117772
AMÉRICA DEL NORTE	CANADÁ	1242	1286	2528
	EE.UU	35117	35404	70521
	MEXICO	1706	1577	3283
AMÉRICA DEL SUR	ARGENTINA	4851	4727	9578
	BRASIL	1229	1261	2490
	CHILE	5146	5144	10290
	VENEZUELA	3729	3351	7080
EUROPA	ALEMANIA	1075	1028	2103
	ESPAÑA	7911	8191	16102
	ITALIA	6479	6193	12672
ASIA	JAPÓN	2311	2104	4415

Fuente: Estadísticas MINENTUR

De acuerdo al movimiento migratorio, los países hacia donde más se han dirigido los peruanos el año pasado ha sido E.E.U.U., España, Italia, Chile, Argentina, Venezuela, Japón y Alemania. Estos datos se ven extrapolados al ámbito judicial, en el que coincidentemente gran parte de estos países son de donde provienen el mayor número de sentencias extranjeras cuyo reconocimiento se solicita.

Cuadro 2:

**Distribución porcentual de Exequátur de divorcio según
Lugar de procedencia de la sentencia extranjera
Año 2009**

País	Casos	Porcentaje
Usa	130	50.78
España	29	11.32
Canadá	20	7.81
Japón	19	7.42
Alemania	18	7.03
Italia	07	2.73
Suiza	06	2.34
Francia	04	1.56
Otros	23	8.98
Total	256	100

Fuente: Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Lima

Elaboración: Cabello Matamala Carmen Julia. Para efectos de la presente investigación

La información presentada nos permite deducir que si bien los tratados reseñados resultan de aplicación preponderante en relación a las normas materiales nacionales, de conformidad a lo dispuesto por el art 2047 del C.C., lo es entre los países que los han ratificado o adherido. Al respecto, las cifras observadas dan cuenta que en el quehacer judicial, los casos en controversia están vinculados a ordenamientos que en su mayoría pertenecen a Estados con los cuales nuestro país no ha suscrito convenios, por lo que se recurrirá a las normas éticas o de inspiración nacional; esto es la normatividad prevista en el Libro X sobre Derecho Internacional Privado del Código Civil, en la absolución de conflictos.

A modo de reflexión preliminar:

En materia de competencia judicial internacional podemos concluir destacando su apertura en nuestro régimen legal, que no limita su competencia en razón de la nacionalidad de los sujetos del proceso, igualando por el contrario el tratamiento de nacionales y extranjeros, al diseñar un conjunto de criterios técnicos atributivos de competencia, que no los distingue, que en primer término se extiende a todos los domiciliados en el territorio nacional a la fecha de incoarse la demanda, y que además contempla que incluso los no domiciliados en los asuntos de familia, pueden someter sus asuntos a nuestros tribunales, si el derecho peruano es aplicable a la relación jurídica internacional en litigio, admitiéndolo también para no domiciliados cuya causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República y desean someterse a nuestros tribunales, creemos pues, que tal regulación es coherente con los criterios competenciales vigentes a nivel interamericano, como pudo advertirse en la revisión de los tratados integrantes de las CIDIPS.

Coincidimos tanto a nivel interamericano, como con la Comunidad Europea, como se podrá apreciar en el capítulo siguiente, en la apertura de la competencia judicial internacional, estableciendo criterios atributivos de competencia fundados en la proximidad razonable de los tribunales con la causa en litigio, procurando un trato igualitario tanto a nacionales como extranjeros residentes, para el acceso a la justicia, la supresión de foros exorbitantes así como la restricción necesaria de los foros exclusivos, posibilitando que la competencia judicial civil internacional atienda efectivamente el principio de tutela jurisdiccional efectiva como sustento del Derecho Procesal Civil Internacional y particularmente en su comprensión y tratamiento como derecho fundamental.

Capítulo III

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DIRECTA RESPECTO AL DIVORCIO EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO EUROPEO: REGLAMENTO 2201/2003 O BRUSELAS II *BIS*

3.1.1. Relevancia del Régimen

El régimen de competencia judicial internacional de la Comunidad Europea es una regulación innovadora, moderna y de reciente vigencia como tal, que trata de dar respuesta a un proceso integrador a diferentes niveles, caracterizado por la gran movilidad entre sus integrantes, precisando por tanto, proyectar estabilidad y predictibilidad en sus relaciones personales, particularmente si se observa entre otros indicadores un creciente número de divorcios que registra.¹³⁰

Al respecto, consideramos de interés dar cuenta de este importante proceso, que no obstante las diferencias culturales ha podido desarrollar una reglamentación jurídica internacional común, que evoluciona ajustándose a los requerimientos del proceso integrador, insertas en políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

“El concepto de identidad nacional no sólo se refiere a la identidad o soberanía “política”, sino que su significado es más profundo y se relaciona con los rasgos de identidad cultural de los distintos Estados miembros, dentro de los cuales se encuentra el Derecho, especialmente, el Derecho privado. Existe en Europa comunitaria una auténtica pluralidad de culturas jurídicas, pues conviven en el ámbito del derecho privado cinco familias jurídicas características: romanista, germánica, escandinava, angloamericana y socialista, las que constituyen un acervo que merece ser conservado. El respeto a la cultura jurídica nacional forma parte de un principio básico del Tratado de la Unión Europea (TUE) receptado en el art. 6.3, el que expresamente establece el respeto a la “identidad jurídica””.¹³¹

¹³⁰ Los reiterados esfuerzos por reglamentar la competencia y la ley aplicable en la C.E. han puesto manifiesto que el número de divorcios internacionales en la Unión rondaba los 170.000 casos anuales, lo que representa el 16% de todos los divorcios tal como da cuenta COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, 17.07.2006 COM(2006) 400 final LIBRO VERDE SOBRE EL CONFLICTO DE LEYES EN MATERIA DE RÉGIMEN MATRIMONIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y RECONOCIMIENTO MUTUO (presentado por la Comisión) {SEC(2006) 952}

¹³¹ CRUZ PEREYRA, Luis, Área Judicial común en el derecho de familia Europeo. Competencia en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, en El

No obstante esta diversidad cultural .los países de la comunidad europea desde 1968, a partir del Convenio de Bruselas (27 de setiembre de 1968), sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (antecedente del Reglamento Bruselas I), viene regulando temas comunes en el área civil, necesarias para viabilizar la denominada creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Uno de los aspectos por los que se ha empezado es precisamente el Derecho Procesal Civil Internacional, a partir de la determinación de criterios comunes para el establecimiento de la competencia judicial de los tribunales europeos y el reconocimiento de sus pronunciamientos judiciales, como se describirá seguidamente, lo que tuvo lugar en primer término a través de convenios internacionales, para luego de las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam, regularlos mediante normas reglamentarias comunitarias.

“Hasta la entrada en vigor del tratado de Ámsterdam, la Comunidad europea carecía de competencias generales en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. No obstante, los Estados miembros, con base en el antiguo artículo 220 del Tratado (actual art. 293), habían concluido un convenio internacional, formalmente independiente pero materialmente vinculado al fenómeno de integración europea, que establecía un régimen de CJI uniforme: el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La situación cambia con el Tratado de Ámsterdam. La modificación del tratado CE hecha por el Tratado de Ámsterdam en 1997 supuso la incorporación al texto de aquél de un nuevo e importante artículo 65, que permite adoptar actos legislativos comunitarios en el ámbito de la cooperación judicial civil transfronteriza, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. Sobre la base de este precepto se ha elaborado el reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este Reglamento transforma el Convenio de Bruselas de 1968 en norma comunitaria, por eso se conoce también como Reglamento “Bruselas I”. Como dispone su artículo 68.1, este Reglamento “sustituirá, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968..” “El convenio internacional pasó a ser norma comunitaria, con todo lo que ello supone”.¹³²

En este proceso integrador normativo, se consideró la reglamentación comunitaria de aspectos competenciales de la temática civil, en primer término civil patrimonial, derechos de marcas e insolvencia, para hacerlo también sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, a través del Reglamento 1347/00 (Bruselas II), derogado por el Reglamento 2201/2003, (Bruselas II bis”).

Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldini, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 479.

¹³² VIRGOS SORIANO Miguel, Ob. Cit., p. 81

“Para entender el estado actual de la cuestión, debe tenerse en cuenta que el artículo 64 del Tratado CE ha supuesto la “comunitarización” del sector de la competencia judicial en materia civil. Fruto de esa circunstancia es la aprobación de varios reglamentos comunitarios con normas de CJ: en particular, el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (también conocido como “Bruselas I”) y el reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis”. Hay además reglamentos en sectores especiales que también contienen reglas de competencia judicial, por ejemplo, en el ámbito de la insolvencia o del derecho de marcas”.¹³³

Como se observa este proceso se ha iniciado fijando aspectos procesales de común aplicación a fin de favorecer en esta etapa el proceso normativo integrador, el que hubiera tenido mayores inconvenientes, si hubiera pretendido inicialmente regular normas comunes relativas a ley aplicable, dada la diversidad de las regulaciones internas y particularmente las relativas a las relaciones de familia.

“El ejercicio de la competencia en el artículo 65 CE se ha centrado especialmente en el ámbito del Derecho procesal civil internacional, relegando –o, más bien, aplazando- su ejecución en el ámbito de la determinación del Derecho aplicable. No obstante, cabe advertir aquí también una decidida determinación hacia la ampliación del radio de acción de la normativa comunitaria en ejercicio de la política atribuida”¹³⁴

La aplicación de estos Reglamentos Comunitarios si bien ha facilitado la cooperación judicial en el ámbito civil, también ha permitido vivenciar sus limitaciones tanto en sus alcances materiales de aplicación, así como respecto a la necesidad de la regulación normativa de un sistema conflictual unitario, como lo vamos a poder apreciar con algún detalle en el caso de las relaciones matrimoniales y parentales, tanto a través del contenido del libro verde sobre la materia, como también en la propuesta modificatoria del Reglamento vigente N° 2201/2003.

“En el marco de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en materia civil, puede detectarse una apuesta decidida por soluciones normativas que se muevan en el ámbito del Derecho internacional privado, dirigiendo la competencia atribuida a la Comunidad hacia dos objetivos. En primer lugar, sin dejar de respetar el entremado jurisdiccional y procesal de cada uno de los Estados miembros, se va creando un espacio judicial interconectado presidido por el principio de reconocimiento mutuo y el principio de confianza mutua. La interrelación jurisdiccional se sostiene sobre un entramado normativo que asegura una regulación unitaria de la competencia judicial, garantiza una eficiencia intracomunitaria de las

¹³³ VIRGOS SORIANO, Miguel, Ob. Cit. P. 80.

¹³⁴ FONT I SEGURA, El progresivo avance del derecho comunitario en materia de familia: Un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis, en Revista Española de Derecho Internacional, 2004, VOL LVI , Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2005, p. 273, 274.

decisiones judiciales adoptadas y facilita la cooperación judicial entre las jurisdicciones de los estados miembros. Se trata en definitiva, de desterrar el temor al elemento transfronterizo, dotando de un nuevo significado a este componente en el plano intracomunitario. El alcance de esta ambición es evidente, esto es, la construcción de un sistema comunitario que regule el Derecho procesal civil intracomunitario es perfectamente plausible y se reduce a una cuestión de tiempo.

Consecutivamente, y en segundo lugar, se construye muy lentamente un sistema conflictual unitario que ofrezca seguridad al justiciable respecto al derecho que será aplicado por la jurisdicción nacional en ejercicio de su función jurisdiccional comunitaria y se evite el forum shopping¹³⁵. La técnica seguida es paralela a la que se adoptó en la relación Convenio de Bruselas/convenio de Roma, acometiendo primero la regulación de la competencia y el reconocimiento y, posteriormente, abordando la determinación del Derecho aplicable, cuestión más espinosa. En cualquier caso, relegando cualquier veleidad uniformadora para tiempos futuros”¹³⁶

3.1.2 Antecedentes del Reglamento 2201/2003 o Bruselas II bis

El Reglamento 2201/2003 tiene como antecedente inmediato el Reglamento 1347/00, que fue aprobado el 29 de mayo de 2000 y vigente hasta antes del 1 de marzo de 2005, cuya competencia se limitó únicamente a la materia matrimonial y las acciones de responsabilidad parental relativas sólo a los hijos comunes y restringidas al marco del procedimiento de nulidad, separación o divorcio tramitado.

Ambas reglamentaciones recogen los contenidos elaborados por el Convenio de Bruselas de 1998, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, hecho en Bruselas el 28 de mayo de 1998. Virgos Soriano acota al respecto:

“El convenio nunca llegó a entrar en vigor pues tras el Tratado de Ámsterdam, la Comisión consideró que el artículo 65 Tratado CE constituía base jurídica suficiente para elaborar un reglamento comunitario en ese ámbito. La conversión del Convenio en reglamento, sin embargo, no significó un cambio sustancial en su contenido material. Resulta por lo tanto, muy útil para entender los preceptos del Reglamento el informe explicativo que acompañaba al Convenio: el llamado Informe Borrás (DOCE 16 de julio 1998). Como ya hemos señalado, el Reglamento 1347/00, a su vez, ha sido sustituido por el Reglamento 2201/2003 con el objetivo principal de extender su ámbito de aplicación material (art 71).¹³⁷

¹³⁵ Indica el autor que si bien cabe señalar que aparentemente no es éste un fenómeno que determine el país ante el que se interpone la demanda, salvo en aquellos países cuya legislación dificulta la obtención del divorcio (como Irlanda o Italia) donde sí se aprecia el interés por litigar en otro país evitando litigar ante la jurisdicción irlandesa o italiana.

¹³⁶ FONT I SEGURA, Ob. Cit, p. 299.

¹³⁷ VIRGOS SORIANO, Miguel Ob. Cit. P. 109

Como se advierte, se trata de un desarrollo jurídico comunitario dirigido en primer término a la configuración de un Derecho procesal civil intracomunitario, que en opinión de Fonti I Segura, dada la naturaleza de las relaciones familiares, debe ser retenido, al comentar el paso de una reglamentación a la otra, “Pone de manifiesto el método seguido por la Unión en materia de Derecho internacional privado por lo que se refiere a la materia adoptada – ampliación – progresiva- y al sector abordado –primero, la configuración de un Derecho procesal civil intracomunitario-. En este sentido, este texto normativo encaja perfectamente en los vaivenes materiales del derecho comunitario, así como en aquella dinámica tan típicamente comunitaria consistente en dar un paso adelante y otros dos más adelante. Este movimiento arrollador debe ser retenido porque no pasa a nadie por alto que la materia tratada en estos Reglamentos afectan a una materia tradicionalmente tabú para el Derecho comunitario, como es el Derecho de Familia”.¹³⁸

Empero somos de opinión, permitiéndonos divergir que, es precisamente la diversidad de tratamientos la que amerita un acercamiento en temas centrales, afectados por la gran movilidad de personas que caracteriza a dicha región, que están generalizando las relaciones personales transfronterizas, las que están requiriendo la evolución de su tratamiento, sino la prontitud de los cambios o más precisamente, la exigencia para que estos cambios se produzcan, como podremos observar en las consultas realizadas sobre la materia a nivel de la Comunidad Europea, como una metodología innovadora, que recoge la opinión de la sociedad civil y de los entes especializados que participan, como parte del proceso de elaboración y modificación de las normas comunitarias.

3.1.3 **Ámbito de aplicación del reglamento 2201/2003 o Bruselas II bis**

Como se señalara este es el Reglamento que regula lo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también denominado Bruselas II bis, éste prevalece sobre cualquier otro convenio, de ahí su trascendencia y diferencia con su referente el Convenio de Bruselas de 1998, que trata temáticas similares.

“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”¹³⁹

¹³⁸ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 275.

¹³⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho Internacional Privado, Navarra, Thomson-Civitas, cuarta edición, 2007, p.364.

El Reglamento contiene normas sobre competencia y reconocimiento en materias civiles matrimonial y relaciones parentales.

En relación al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial (“divorcio”). Su alcance se limita a la disolución del matrimonio y no se aplica a cuestiones accesorias, tal como las consecuencias patrimoniales del matrimonio o las causas de divorcio.

“En cualquier caso, El Reglamento Bruselas II *bis* no aporta nada nuevo en materia matrimonial a lo que había establecido en el Reglamento Bruselas II. En cambio, la delimitación espacial de las normas de competencia judicial internacional en materia parental adquiere entidad por si misma”.¹⁴⁰

A modo informativo en este apartado vamos a tratar lo relativo a las relaciones parentales, para desarrollar posteriormente los criterios de competencia judicial internacional aplicables al divorcio, que es la materia propia de la presente investigación.

En el ámbito material del Reglamento “Brusela II bis referido a las relaciones parentales estas viene definido en su artículo 1 aplicándose a ” la atribución, el ejercicio, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Bajo este segundo aspecto se incluyen, entre otros, (a) los derechos de custodia y visita, (b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; (c) la designación y las funciones de las personas u organismos encargados de ocuparse de la persona o bienes del menor, de representarle o de prestarle asistencia, (d) el acogimiento del menor en una familia o establecimiento; y (e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Se excluyen, en cambio, los litigios relativos a la determinación de la filiación, la adopción, el nombre y los apellidos del menor o las obligaciones alimenticias (vid. Art. 1.3). En principio es irrelevante el domicilio del demandado. Este Reglamento también es “doble” pues contiene reglas de competencia judicial y de reconocimiento de decisiones.”¹⁴¹

Es en este aspecto donde radican las diferencias sustanciales entre ambos reglamentos, comprendiéndose en el Reglamento vigente, Art.1, 1b) y considerando 5, atendiendo al principio de igualdad a todos los hijos sean éstos matrimoniales y no matrimoniales, así como las relaciones parentales sean éstas autónomas o emanadas de los litigios de divorcio.

¹⁴⁰ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 284, 285.

¹⁴¹ VIRGOS SORIANO, Miguel Ob. Cit. P. 109

“En contraste con el Reglamento Bruselas II, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en materia de responsabilidad parental.

El Reglamento Bruselas II se aplicaba a las resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental sólo en la medida en que lo fueran en un procedimiento en materia matrimonial y se refirieran a los hijos comunes de ambos cónyuges. Para asegurar la igualdad de todos los menores, el ámbito del presente Reglamento se amplía y cubre todas las resoluciones sobre responsabilidad parental, independientemente de si los padres están o estaban casados y de si las partes del proceso son o no ambos padres biológicos del menor en cuestión.”¹⁴²

Albert Font I Segura acota “Si anteriormente la responsabilidad parental era accesoria a los procesos matrimoniales, actualmente la aplicación del reglamento Bruselas II bis no depende necesariamente del inicio de un proceso en materia matrimonial. De este modo, se continúa delimitando el ámbito de aplicación espacial de las normas de competencia judicial internacional en materia matrimonial mediante el mismo esquema creado en el Reglamento Bruselas II. En este sentido, hubiera merecido la pena que el legislador comunitario modificara los antiguos artículos 7 y 8 – actualmente, artículos 6 y 7 del reglamento Bruselas II bis, en aras de una mejor técnica legislativa.”¹⁴³ (*)

Los cambios por tanto, están vinculados no sólo a la competencia respecto a los hijos menores de edad, incorporando tanto a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, sino también a los legitimados para accionar en su representación, levantándose las restricciones que lo limitaban a los padres, para considerar también a quienes ejercen su guarda.

De este modo, a decir de Font I Segura se integra una cuestión que cada vez adquiere mayor relevancia como es la de la posición de los step parents en su relación con los hijos de su antigua pareja, sea ésta cónyuge

¹⁴² Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. Anexo Procedimiento de divorcio en la Unión Europea. Breve resumen de la normativa en materia matrimonial, p.11.

¹⁴³ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 285.

(*) El autor acota: Los artículos 6 y 7 del Reglamento Bruselas II bis, aplicables únicamente a los procesos matrimoniales, reproducen los artículos 7 y 8 del reglamento Bruselas II, aplicables tanto a la materia matrimonial cuanto a la responsabilidad parental, sin tener en cuenta la importante discusión generada en torno a la relación entre los artículos 7 y 8 del Reglamento Bruselas II, vide informe Borrás..., manteniendo que la aplicación residual de las normas autónomas de competencia judicial internacional sólo procede si el demandado no tienen la nacionalidad de un Estado miembro ni reside habitualmente en un Estado miembro y siempre que los foro de competencia previstos en el Reglamento no permitan atribuir competencia a ningún órgano jurisdiccional de un estado miembro. Interpretación con la que coincidimos. Por el contrario Calvo Caravaca, Derecho de familia internacional, siguen otra interpretación conforme a la cual el artículo 8 se impone al 7.)

o no, así como la protección de menores, sin necesidad de que éstos sean hijos de las partes llamadas a ejercer la responsabilidad parental (tutela e instituciones análogas, acogimiento, etc.)¹⁴⁴

“Obsérvese, en primer lugar, que el Reglamento Bruselas II *bis* considera como sujeto de la responsabilidad a un “titular”, sin que necesariamente este titular tenga que ser el padre o la madre del menor, hijo común. La variación puede explicarse por la extensión del ámbito material del Reglamento del Reglamento Bruselas II *bis* dado que ya no se circunscribe únicamente al “hijo común”, sino que se amplía al menor, con todas las consecuencias que ello comporta. Ahora bien, no queda delimitado por el Reglamento quiénes van a ser los titulares de la responsabilidad parental”.¹⁴⁵

Otro aspecto que resulta pertinente describir son los derechos que pueden discutirse bajo este régimen competencial europeo:

“El Reglamento entiende por responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes del menor.

Se incluyen en concreto, las siguientes materias: a) el derecho de custodia y el derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor en una familia o en un establecimiento; d) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes”.¹⁴⁶

De igual modo, se plantea la discusión al carácter estrictamente civil de las temáticas de conocimiento en el ámbito del Reglamento, como lo explica Font I Segura, El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha adoptado una interpretación extensiva de la noción “civil o mercantil”, que en el caso de las relaciones parentales, sería aún más atendible teniendo en cuenta el principio del interés superior del niño como eje rector del reglamento en esta materia : “Probablemente la cuestión que pueda suscitar mayores incertidumbres derive de la calificación “civil” de las materias relativas a la responsabilidad parental, si tenemos en cuenta que esta es una materia en la que se percibe una notable mixtificación de la naturaleza de las medidas adoptadas y, por consiguiente, la regulación material se apoya en una significativa intervención de las autoridades administrativas. Con el fin de paliar este inconveniente el artículo 2 precisa

¹⁴⁴ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 279.

¹⁴⁵ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 282.

¹⁴⁶ CRUZ PEREYRA, Luis, Ob. Cit., p. 486.

que por “órgano jurisdiccional” debe entenderse todas las autoridades de los estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente reglamento de conformidad con el artículo 1. Aún así continúa latente el problema calificadorio. Así, por ejemplo, una decisión española por un juez penal prohibiendo a un progenitor culpable de malos tratos acercarse a sus hijos, ¿posee naturaleza civil? ¿Gozará este pronunciamiento del régimen de ejecución previsto en el reglamento si los hijos viven con su madre en Francia? Si nos hemos de guiar por la experiencia seguida en aplicación del Convenio de Bruselas de 1968, actualmente Reglamento 44/2001, el TJCE ha adoptado una interpretación extensiva de la noción “civil o mercantil”. No obstante, con relación al reglamento Bruselas II *bis* cabría introducir además otro argumento como es el del interés superior del menor, principio que debería presidir la interpretación de la norma comunitaria en aras a conceder el mayor beneficio posible al menor. La protección del menor no debería verse empañada por el ejercicio del derecho a la libre circulación de los titulares de la responsabilidad parental”.¹⁴⁷

Finalmente cabe consignar la gran crítica que viene recibiendo el Reglamento en estudio, que propicia la dispersión jurisdiccional del pleito, al no contemplar temas estrechamente vinculados como los alimentos (bajo la competencia del Reglamento Bruselas I que permite por accesoriadad conocerlo en el divorcio bajo las reglas del presente reglamento, pero no en el caso que se formule de manera autónoma), el vinculado al régimen patrimonial tanto de las uniones matrimoniales y no matrimoniales, que no están contemplados en su ámbito de aplicación.

“En consecuencia persiste, en el Reglamento Bruselas II *bis* la denunciada “dispersión jurisdiccional del pleito”, dado que la regulación de cuestiones estrechamente vinculadas en el marco de una crisis matrimonial no encuentran reflejo en una normativa unitaria y coherente. Queda pues frustrada la acumulación de competencias en torno a los distintos aspectos suscitados en un proceso matrimonial. En efecto, cuestiones tan importantes en esta materia como pueden ser los alimentos, el régimen económico patrimonial o la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, quedan al margen del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II *bis*”.¹⁴⁸

3.1.4. Competencia judicial internacional en materia de divorcio

3.1.4.1. Criterios de atribución de competencia

¹⁴⁷ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 280.

¹⁴⁸ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 276.

El Reglamento Bruselas II bis en materia matrimonial, no contempla un foro general y foros especiales, como lo hace nuestra legislación, sino establece un sistema de foros con caracteres objetivos, exclusivos y alternativos, implican normas flexibles que tratan de conciliar las necesidades de los individuos dada su movilidad, sin sacrificar la seguridad jurídica, como luego se explicará.

El artículo 3 fija los criterios atributivos de competencia judicial internacional en esta materia, vamos a remitirnos a los términos expuestos en la Guía Práctica elaborada por la Comisión Europea en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, que al respecto señala:

“La norma de competencia del artículo 3 establece un sistema completo de criterios de competencia para determinar en qué Estado miembro son competentes los órganos jurisdiccionales. El Reglamento determina simplemente el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales tienen competencia, pero no el órgano jurisdiccional competente en ese Estado miembro. Esta cuestión pertenece a la legislación procesal nacional.

Un órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda de divorcio tiene que hacer el siguiente análisis:

¿Tengo competencia de conformidad con los artículos 3-5?

SÍ

NO

¿Un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tiene competencia conforme al Reglamento (art. 17)?

SÍ

NO

Si otro órgano jurisdiccional la tiene. Me declararé de oficio incompetente. (art.17).

Si ningún órgano jurisdiccional la tiene por el Reglamento, puedo serlo conforme a mi legislación nacional (“competencia residual”) (Art.7.)¹⁴⁹

Se establece por tanto dos requisitos para que un tribunal se declare incompetente, que de acuerdo al texto del Reglamento advierta su falta de competencia y que de acuerdo a éste sean competentes los tribunales de otro Estado miembro.

3.1.4.2. Carácter alternativo de los criterios de competencia

“No hay ninguna norma general de competencia en materia matrimonial. En cambio, el artículo 3 enumera varios criterios de competencia. Estos

¹⁴⁹ Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. Anexo Procedimiento de divorcio en la Unión Europea. Breve resumen de la normativa en materia matrimonial, p. 50, a 52

criterios son **alternativos**, lo que significa que no hay ninguna jerarquía entre ellos.^P

El artículo 3 del nuevo Reglamento Bruselas II enumera varios criterios alternativos de competencia en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial. Ninguno de estos criterios prima sobre los demás y los cónyuges pueden presentar una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de:

- a) su residencia habitual o
- b) su último lugar de residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí o
- c) la residencia habitual de uno de los cónyuges, en caso de demanda conjunta o
- d) la residencia habitual del demandado o
- e) la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda o
- f) la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro; o
- g) la nacionalidad de ambos cónyuges (en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del "domicile" común)" :¹⁵⁰

Además, en lugar del domicilio como criterio de conexión, opta por la residencia habitual. No obstante, el resultado práctico no se aparta mucho. Así, el artículo 3.1 (a) establece que en los asuntos relativos a la nulidad, separación o divorcio serán competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandado. En el ámbito de la responsabilidad parental, la residencia habitual del menor es también el criterio de competencia general que recoge el artículo 8".¹⁵¹

A diferencia de otros Reglamentos Comunitarios, así como de las legislaciones que regulan esta materia de Derecho Internacional Privado, (es el caso del Código Civil peruano) se contempla la residencia habitual del demandante como criterio atributivo de competencia judicial internacional, favoreciendo el forum actoris, que concurre con el criterio general universalmente admitido del domicilio o como en este Reglamento de la residencia del demandado.

Al respecto el concepto de "residencia habitual", ha sido definido en el informe Borrás que acompañaba al convenio original se incluye expresamente una referencia a la noción de residencia habitual empleada por el TJCE¹⁵² (" el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses.... Que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos

¹⁵⁰ Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II.O. Cit., p. 50,a 52.

¹⁵¹ VIRGOS SORIANO Miguel, Ob. Cit. P. 129.

¹⁵² Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

de hecho constitutivos”). Esto conlleva que la concreción del término en cada supuesto corresponde al juez nacional a la luz de esa definición.¹⁵³

“Se mantienen unos foros de competencia alternativos, de carácter subjetivo, que tienden a favorecer al demandante, al facilitar el acceso a la justicia. El planteamiento, como es obvio, es radicalmente distinto al que sostiene la regulación de la competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001 (Reglamento Brusela I), donde se pretende evitar el *forum actoris*, la multiplicidad de foros competentes y la autonomía de la voluntad se concibe como un elemento estructural. Bien distinta es, por el contrario, la regulación en materia de responsabilidad parental”.¹⁵⁴

El Reglamento establece criterios de atribución de competencia alternativos, que posibilitan a los cónyuges su libre elección. De ese modo, queda determinado la competencia judicial internacional de los tribunales de dicho Estado, mas la competencia territorial de éstos y la ley aplicable al proceso se sujeta como se indicara a las normas de derecho interno de cada Estado miembro de la Comunidad, para lo cual se tendrán en cuenta diferentes criterios vinculatorios..

“Una vez que se incoa un proceso matrimonial ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, la ley aplicable se determina sobre la base de las normas de conflicto de leyes nacionales de ese Estado, las cuales se basan en criterios muy diversos.

La mayoría de los Estados miembros determina la ley aplicable sobre la base de una escala de factores de vinculación por la que se intenta garantizar que el proceso se regirá por el ordenamiento jurídico con el que tenga una mayor vinculación. Otros Estados miembros aplican sistemáticamente sus leyes nacionales ("*lex fori*") a los procesos matrimoniales.”¹⁵⁵

3.1.4.3. Litispendencia

Como se ha advertido, todos los foros del artículo tercero son de carácter alternativo entre sí, y se sustentan en los vínculos personales de las partes con el foro, con independencia de la posición procesal que ocupen, a decir de Luis Carrillo Pozo, “Evidentemente, para evitar las consecuencias negativas que pudieran derivarse de esta multiplicidad de

¹⁵³ VIRGOS SORIANO, Miguel, O. Cit. P. 240 a 242

¹⁵⁴ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 286.

¹⁵⁵ Bruselas, 17.7.2006, COM(2006) 399 final, 2006/0135 (CNS), Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, (presentada por la Comisión), {SEC(2006) 949}, {SEC(2006) 950}, p.2.

foros de competencia, el Reglamento introduce el elemento corrector de la "litispendencia"¹⁵⁶.

Éste ha resultado ser un tema de singular importancia, por cuanto, el juez del primer proceso que conoce del asunto principal, lo hace también respecto de las pretensiones conexas, habiéndose constituido en la práctica como un mecanismo que propicia en los hechos una carrera entre partes para acceder al tribunal más flexible o cercano a sus intereses, particularmente atendiendo que en materia legislativa es competente la ley de derecho internacional privado del tribunal que ha radicado competencia.

"De igual modo se contiene una regla similar a la prevista en el reglamento "Bruselas I" en materia de litispendencia (art. 19) que se extiende asimismo a acciones dependientes (divorcio, separación y nulidad), aun cuando no exista identidad de causa ni objeto, y permite al demandante en el segundo proceso reproducir su demanda ante el que se hubiera acudido en primer lugar"¹⁵⁷.

Como lo describe Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. Anexo Procedimiento de divorcio en la Unión Europea:

"Art.19,1

Cuando de conformidad con el artículo 3 del Reglamento, se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional que se ha declarado competente, los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros dejan de ser competentes y deben desestimar toda demanda subsiguiente. El objetivo de la norma "litispendencia" es garantizar la seguridad jurídica, evitar acciones paralelas y la posibilidad de resoluciones inconciliables.

La redacción del apartado 1 del artículo 19 difiere ligeramente de los apartados 1 y 2 del artículo 11 del Reglamento Bruselas II. El cambio se ha hecho para simplificar el texto sin cambiar la sustancia.

El apartado 1 del artículo 19 cubre dos situaciones:

- a) Presentación de demandas que tienen el mismo objeto-materia y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros y
- b) Presentación de demandas que no tienen la misma causa, sino que son "acciones dependientes", ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros"¹⁵⁸.

Se admite pues una jurisdicción permanente ante el Estado que dictó la separación de cuerpos, quien será el competente para dictar el divorcio.

¹⁵⁶ Una aproximación al Reglamento (CE) nº 1347/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, p. 8

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho Internacional Privado, Navarra, Thomson-Civitas, cuarta edición, 2007, p.366.

¹⁵⁸ Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. Ob. Cit., p. 12.

7.28. En cuanto a la modificación de las decisiones, el Reglamento considera aplicables las reglas de CJI generales (art. 3), pero también admite una suerte de *perpetuatio iurisdictionis*: el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución de separación legal será asimismo competente para convertir dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado lo prevé (art. 5).¹⁵⁹

Este tratamiento competencial difiere en los asuntos judiciales de menores de edad, en donde se posibilita una prórroga de competencia más allá de la residencia habitual del menor, en razón de la conexidad o porque exista una vinculación cercana con el tribunal ante el que se plantea la demanda.

3.1.4.4 Prórroga de la competencia

De modo restrictivo, la normativa comunitaria contempla en el artículo 12 una modalidad de prórroga de competencia al prever que un órgano jurisdiccional que conozca de una demanda de divorcio conforme al Reglamento tendrá competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda si se cumplen ciertas condiciones. Al respecto la citada Guía práctica detalla:

“El Reglamento introduce una posibilidad limitada de someter un asunto ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en que el menor no tenga su residencia habitual, porque el asunto está vinculado a un procedimiento pendiente de divorcio, o porque el menor tiene estrechos vínculos con ese Estado miembro.

El artículo 12 abarca dos situaciones distintas:

Situación 1:

Competencia de un órgano jurisdiccional que conoce de la demanda de divorcio en materia de responsabilidad parental

Apartados 1 y 2 del artículo 12

Cuando los procedimientos de divorcio estén pendientes en un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de ese Estado también tienen competencia en materias de responsabilidad parental vinculadas con el divorcio incluso cuando el menor concernido no tenga su residencia habitual en ese Estado miembro. Esto se aplica aunque el menor no sea hijo de ambos cónyuges.

El órgano jurisdiccional que conoce de la demanda de divorcio tiene competencia a condición de que se cumplan las siguientes condiciones:

- Al menos uno de los cónyuges ejerce la responsabilidad parental sobre el menor.
- El juez debe determinar si, en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional, todos los titulares de la responsabilidad parental aceptan la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del divorcio, expresamente o de cualquier otra forma inequívoca.

¹⁵⁹ VIRGOS SORIANO, Miguel, O. Cit. P. 240 a 242.

- La competencia de ese órgano jurisdiccional responde al interés superior del menor.

La competencia del órgano jurisdiccional que conoce del divorcio cesará en cuanto:

- a) la resolución de divorcio sea firme o
- b) se dicte una resolución firme en los procedimientos relativos a la responsabilidad parental que estaban aún en curso cuando la resolución de divorcio se hizo firme o
- c) los procedimientos relativos al divorcio y la responsabilidad parental han concluido por otras razones (por ejemplo se retiran las demandas de divorcio y de responsabilidad parental).

Los redactores no se proponían establecer en la versión inglesa ninguna distinción entre las expresiones "superior interests of the child" (letra b del apartado 1 del artículo 12) y "best interests of the child" (letra b del apartado 3 del artículo 12). Las versiones del Reglamento en otras lenguas emplean la misma expresión en ambos.

Situación 2:

Competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el cual el menor esté estrechamente vinculado

Apartado 2 del artículo 12

Cuando no hay procedimientos pendientes de divorcio, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden tener competencia en materia de responsabilidad parental incluso si el menor no reside habitualmente en él a condición de que se cumplan las siguientes condiciones:

- El menor esté estrechamente vinculado con el Estado miembro en cuestión, en especial porque uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o el menor es nacional de dicho Estado. Estas condiciones no tienen carácter exclusivo, y es posible basar el vínculo en otros criterios.
- Su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto (cf. el mismo requisito en la situación 1).
- La competencia responda al interés superior del menor (según lo indicado anteriormente en el apartado 1 del artículo 12).

El apartado 4 del artículo 12 especifica en qué circunstancias la competencia de conformidad con este artículo se considerará que responde al "interés superior del menor" cuando éste tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la protección de los niños (véase el capítulo XI).¹⁶⁰

¹⁶⁰ Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. Ob. Cit., p. 18, 19.

Aspecto saltante a destacar es que incluso esta prórroga de competencia se extiende hacia Estados que no pertenezcan a la Comunidad Europea, como lo explica Font I Segura:

“La prórroga de competencia prevista en el Reglamento Bruselas II bis se extiende más allá de los límites comunitarios. Como vimos, la prórroga de competencia de competencia se admite no sólo cuando el menor tiene la residencia habitual en otro Estado miembro, sino que también cabe cuando el menor tiene la residencia habitual en un tercer Estado que no es parte contratante del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, declarando que esta competencia se presumirá en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate. El precepto debe ser interpretado como mecanismo para dar entrada a un foro de necesidad. Sin embargo, existe una muy deficiente técnica que puede contaminar esta legítima aspiración. Repárese que el beneficio del menor se da “ en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”, de forma que deja la puerta abierta a que puedan considerarse otras situaciones distintas al foro de necesidad. Esto es, aunque un Tercer Estado atribuya competencia a su propia jurisdicción con base en la residencia habitual del menor, puede que por diversas que por diversas circunstancias se reputa y presuma que la prórroga de competencia de la jurisdicción de un Estado miembro sea en beneficio del menor, en un ejercicio de soberanía típicamente occidental ya que ello no quiere decir que la competencia de la jurisdicción del tercer Estado no puede ser también en beneficio del menor. Probablemente una alusión al derecho a ejercer la responsabilidad parental en condiciones de igualdad en el Tercer estado, sin perjuicio del sexo de los titulares de este derecho, o bien una genérica mención al menoscabo del derecho de la tutela judicial efectiva, por ejemplo, hubiera aportado mayor claridad”.¹⁶¹

Finalmente, cabe acotar una precisión que resulta de interés si lo comparamos con la legislación nacional, esto es que en el régimen europeo no es admisible la prórroga de jurisdicción ni expresa ni tácita por parte de los cónyuges, por cuanto el Reglamento no autoriza a los cónyuges designar, de común acuerdo, el órgano jurisdiccional competente en casos de separación o de divorcio, lo que resulta favorable en casos de divorcio de mutuo acuerdo.

Luis Cruz Pereyra precisa algunos inconvenientes de tal limitación en su sistema:

“La prórroga de la competencia también podría resultar conveniente en situaciones en que los cónyuges no puedan acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro fijados en el reglamento, por no tener una nacionalidad o domicilio en común. Por otra parte, la posibilidad de elegir

¹⁶¹FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 290.

el órgano jurisdiccional competente existe en varios instrumentos comunitarios¹⁶²

El autor propone al respecto una solución similar a la que contempla el Código Civil peruano, exigiendo para admitir tal sumisión una vinculación estrecha de los cónyuges con el Estado al cual someten el litigio matrimonial.

“La prórroga en los divorcios podría limitarse a los tribunales de los Estados miembros con los cuales los cónyuges tienen una vinculación estrecha, por ejemplo, en virtud de la nacionalidad o del domicilio de alguno de los cónyuges o su última residencia habitual común. Si los cónyuges tienen hijos, debería prestarse una atención especial para asegurar la coherencia de tales normas con la regla de la prórroga del art. 12 del nuevo Reglamento Bruselas II”.¹⁶³

3.1.4.5. Carácter exclusivo de las competencias

Los criterios de conexión acotados son exclusivos en tanto los residentes habituales y nacionales de los Estados de la Comunidad, sólo pueden ser demandados en los Estados miembros y no en un tercer Estado.

“Los criterios tienen carácter **exclusivo** en el sentido de que un cónyuge que tiene su residencia habitual en un Estado miembro o que es un ciudadano de un Estado miembro (o que tiene su "domicile" en el Reino Unido o Irlanda) puede sólo ser demandado en otro Estado miembro de conformidad con el Reglamento.

Ejemplo: Un hombre que es un ciudadano del Estado miembro A está casado con una mujer que es un ciudadana del Estado miembro B. La pareja reside habitualmente en el Estado miembro C. Después de algunos años, su matrimonio se deteriora y la esposa quiere divorciarse. La pareja puede sólo solicitar el divorcio ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro C de conformidad con el artículo 3 debido a que tienen su residencia habitual allí. La esposa no puede acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro B debido que es una ciudadana de este Estado, puesto que el artículo 3 requiere la nacionalidad de ambos cónyuges”¹⁶⁴.

¹⁶² El autor acota que la prórroga es posible de conformidad con el art. 23 del Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo. Del mismo modo, el art. 12 del nuevo reglamento de Bruselas II prevé una posibilidad limitada de elegir el órgano jurisdiccional competente en asuntos de responsabilidad parental.

¹⁶³ CRUZ PEREYRA, Luis, Ob. Cit., p. 491, 492.

¹⁶⁴ Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II, Ob. Cit. p. 12.

Son exclusivos, en tanto, la competencia internacional es determinada por los criterios dispuestos en el Reglamento, de modo imperativo, sobre cualquier otra norma de carácter convencional o legislación nacional.

“Los foros de competencia señalados se consideran “exclusivos” en los supuestos que menciona el artículo 6 del Reglamento. Con este discutible adjetivo, el Reglamento viene a señalar que, en determinados supuestos, el Tribunal únicamente puede declararse competente sobre la base de dichos foros, sin que quepa, en ningún caso, el recurso alternativo a cualesquiera otros foros de competencia recogidos en textos convencionales o en los regímenes internos. En consecuencia la “exclusividad” no hace regencia a la naturaleza de los foros – que en realidad son concurrentes entre sí-, sino a su aplicación (C. ESPUGUES MOTA). Concretamente dicha “exclusividad” se produce siempre que el cónyuge requerido o demandado tenga su residencia habitual o la nacionalidad de un Estado miembro (si bien en el caso del reino Unido o Irlanda el concepto de nacionalidad de reducirse al “*domicile*”). En este caso, la competencia sólo puede fundarse en una de las reglas de competencia de los artículos 3 a 5 del reglamento”¹⁶⁵.

Como se puede advertir los criterios de atribución de competencia son de aplicación obligatoria para los residentes y nacionales de la comunidad, frente a los cuales el juzgador en principio no puede aplicarlos ni extensiva ni restrictivamente, como seguidamente nos lo explica Carrillo Pozo:

“Se trata en primer lugar de una lista exhaustiva de foros de competencia, con carácter de “*numerus clausus*”, frente a la que no cabe apreciación subjetiva del Juez de la concurrencia de ninguna otra circunstancia que pueda variar el alcance de la misma, ampliándola (sumisión), ni reduciéndola (*forum non conveniens*). Se explica por su naturaleza imperativa o indisponible, lo que, en cierto modo, choca con el valor que se otorga en la actualidad a la “autonomía de la voluntad”, en materia matrimonial, en algunas normas de derecho internacional privado autónomo, en alguna jurisprudencia (st AP Asturias Sec. 5ª de 12 de diciembre de 1994; auto AP de Madrid de 21 de febrero de 1997), y algunos sectores doctrinales (Palao Moreno), incluso en el propio Reglamento respecto del reconocimiento de actas auténticas y transacciones judiciales, actos puramente recepticios de la voluntad de las partes”.¹⁶⁶

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Ob. Cit., p.365.

¹⁶⁶ Una aproximación al Reglamento (CE) nº 1347/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, p. 8

Frente a esta posición que no admite la posibilidad de que pueda ampliarse o restringirse los alcances competenciales en virtud de la interpretación reglamentaria, algunos autores sostienen que podría discutirse la aplicación del *forum non conveniens*, en algunos supuestos:

¿Puede el tribunal que considera que no existe vinculación razonable con el foro declinar la competencia que le fuera atribuida?

En principio, diremos que no como lo acota Pedro de Miguel ascencio:

“ El empleo en el modelo comunitario de reglas de competencia judicial en las que la previsibilidad y la seguridad jurídica son preocupaciones básicas y en las que no tiene cabida expedientes de flexibilización como el *forum non conveniens*, de gran tradición en el Reino Unido, y también en EEUU¹⁶⁷ “¹⁶⁸

Empero, excepcionalmente un sector de la doctrina admite que al amparo de la Constitución Europea de Derechos Humanos, ello puede ser admisible, cuando se advierte una grave afectación al proceso justo, cuando la atribución de competencia imponga una carga desproporcionada al demandado, en desmedro de las garantías procesales fundamentales.

“Resulta cuestionable con base en el derecho a un juicio justo proclamado en el artículo 6.1 CEDH la atribución de competencia en situaciones en las que no existe vinculación razonable con el foro, de manera que la atribución de competencia imponga una carga desproporcionada al demandado, que menoscaba sus garantías procesales básicas. En situaciones extremas y estrechamente conectadas con algún otro ordenamiento, el artículo 6.1 CEDH – al igual que el 24.1 Const – puede exigir declinar la competencia normalmente atribuida a nuestros tribunales, cuando la misma resulta irrazonable e implica un grave menoscabo para la posición de alguna de las partes. En tales circunstancias excepcionales, el artículo 6.1 CEDH podría justificar en sus Estados miembros un resultado equivalente al *forum non conveniens*, bien conocido en los sistemas anglosajones y en principio rechazado en el marco del CB”¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Forum non conveniens* del common law, esta cláusula, en términos muy genéricos, permite a los jueces del estado en cuestión inhibirse si, pese a poseer CJL según las reglas generales, el asunto presenta vínculos más estrechos con otro Estado, de los que razonablemente se deduzca que, en el caso concreto, los tribunales de ese otro Estado son más apropiados que los del foro para dirimirlo (implica, naturalmente que dichos tribunales sean competentes según sus propias normas de CJL; si no, existiría riesgo de denegación de justicia) . Acota el autor que la Constitución no prohíbe al legislador español formular reglas de CJL flexibles, por ejemplo, abriendo una “cláusula de escape”, incluso acudiendo a una cláusula general del tipo siguiente: “los tribunales españoles podrán declararse incompetentes si el litigio presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la jurisdicción de otro estado; lo único exigible sería cierta explicitación objetiva en los parámetros de concreción de dicha cláusula (así por ejemplo, art. 15 reglamento 2201/2003, infla n° 7.34) en Virgos Soriano, Miguel, Ob. Cit., p. 61.

¹⁶⁸ DE MIGUEL ASCENCIO Pedro, Pluralidad de jurisdicciones y unificación de las reglas de competencia : una visión transatlántica, en Revista Española de derecho Internacional, Boletín Oficial del Estado, 2006 1, Vol. LVIII, p. 44.

¹⁶⁹ DE MIGUEL ASCENCIO Pedro, Ob. Cit., p. 55.

Como se aprecia, la tendencia en los tribunales europeos es identificar los factores vinculantes de la causa con el tribunal, los que deben ser razonables, contemplando tal razonabilidad las garantías procesales fundamentales de las partes, de ahí que la tendencia sea la exclusión de los fueros exorbitantes:

“Sin perjuicio de la aplicación de las reglas de competencia nacionales a las situaciones en que ello sea conforme con las reglas unificadas, el desarrollo de una comunidad jurídica europea fundada en la existencia de estándares comunes en el ámbito de las garantías procesales, debería llevar a la supresión en los regímenes nacionales de los fueros exorbitantes cuando resulten contrarios al estándar mínimo de garantías procesales, incluso en las situaciones no regidas por los instrumentos comunitarios. Ese mismo efecto, al tiempo que un sistema mejor adaptado a las necesidades de la integración, podría lograrse a través de la revisión de las reglas unificadas, para extender a todas las situaciones el régimen unificado, suprimiendo la remisión a la aplicación de los regímenes nacionales para determinados supuestos, que introduce un factor de complejidad en el sistema, así como otros problemas, en particular los asociados a la descoordinación entre los fueros exorbitantes cuando son aplicables las legislaciones nacionales y la ausencia de control de la competencia del tribunal de origen”.¹⁷⁰

De otro lado, cuando los criterios atributivos de competencia puedan ser resultar en los hechos muy restrictivos, en armonía a lo dispuesto por la aludida Constitución Europea, se considera posible habilitar un foro de necesidad. En el caso nacional, este procede únicamente en el caso de medidas cautelares, dirigida a proteger personas naturales que se encuentren en el territorio de la República, habilitándose la competencia en este caso, aunque nuestros tribunales no lo tengan para conocer del fondo del asunto, tal como lo preceptúa el artículo 2063 del Código Civil.

“La exigencia de una garantía de acceso efectivo a la justicia, contenida en el artículo 6.1 CEDH, puede resultar infringida por la utilización de criterios de conexión de los que resulta la necesidad de litigar en países lejanos, pese a tratarse situaciones vinculadas con el foro, cuando la comparecencia y defensa ante esos tribunales extranjeros es irrazonable y equivale a una denegación de justicia. Este planteamiento presenta especial relevancia en la medida en que contribuye a afirmar, en línea con lo que resulta del artículo 24.1 Const., la exigencia de que en determinadas circunstancias, ante el carácter excesivamente restrictivo de nuestras normas de competencia, se haga preciso habilitar a través de un llamado fuero de necesidad el acceso a nuestros tribunales en situaciones excepcionales”.¹⁷¹

¹⁷⁰ DE MIGUEL ASCENCIO Pedro, Ob. Cit., p. 59.

¹⁷¹ DE MIGUEL ASCENCIO Pedro, Ob. Cit., p. 55.

Cabe acotar que en materia de competencia matrimonial, si bien no se admite expresamente la prórroga de competencia, tiende a favorecerse su vinculación competencial en los casos de demandas conjuntas, admitiéndose incluso que los tribunales de justicia de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges pueda conocer la causa, aunque el otro resida en otro Estado.

“Si se trata de una demanda conjunta cabe atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. Con el fin de facilitar la presentación de la demanda al cónyuge que, tras la ruptura, regresa a su país, limitando al mismo tiempo la introducción de un *forum actoris* desmesurado”.¹⁷²

Finalmente, en cuanto al plazo respectivo “debe haberse cumplido en el momento procesal en que el juez decide sobre su competencia; (el de la nacionalidad común de ambos cónyuges (o del “domicilio común” para Gran Bretaña e Irlanda). Además, el Reglamento amplía ese catálogo cuando se trata de una demanda conjunta, en cuyo caso, puede plantearse ante los tribunales donde resida habitualmente cualquiera de los cónyuges. En estos supuestos, el reglamento determina la CJI, no la competencia territorial. Los posibles desajustes entre ambos grupos de reglas pueden resolverse, sin excesivas dificultades, acudiendo a los criterios generales.”¹⁷³

3.1.4.6 Competencia residual: Jurisprudencia del Tribunal de la Comunidad Europea.

Un aspecto importante a considerar dentro del ámbito material del Reglamento, esta dado por lo dispuesto en su artículo 7.1, que prevé la aplicación residual de las reglas de competencia judicial internacional de carácter nacional, si de las normas del Reglamento esto es lo regulado en los arts. 3º, 4º y 5º, no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro.

Este referente, orientará al órgano jurisdiccional a la hora de asumir competencia.

Al respecto Virgos Soriano detalla, “El artículo 6 establece que los residentes en un Estado miembro o que tengan la nacionalidad en un Estado miembro sólo pueden ser llamados ante los tribunales de otro Estado miembro invocando los criterios del Reglamento. Esto significa que frente a los nacionales de su propio Estado o frente a los terceros (i.e., ni residentes en otro Estado miembro, ni nacionales de otro Estado miembro), el Reglamento también es aplicable pero no con carácter exclusivo. En estos casos, cabe la aplicación residual del Derecho nacional prevista por el artículo 7.1. Este precepto está pensado en “litigios extracomunitarios” (aunque el texto no

¹⁷² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, Ob. Cit., p.364.

¹⁷³ VIRGOS SORIANO, Miguel, O. Cit. P. 240 a 242

emplea esta expresión), típicamente cuando el demandado no tiene ni residencia en un Estado miembro, ni es nacional de un Estado miembro (ni se dan los demás criterios de atribución de competencia previstos por el Reglamento, lo que conlleva, que “no haya ningún otro Estado miembro competente”). Por ejemplo, cuando se trata de un matrimonio contraído en E.E.U.U., entre un español y una norteamericana cuya vida matrimonial se ha desarrollado en E.E.U.U. En este caso, si el marido regresa a España y quiere plantear una demanda de separación, conforme al reglamento los tribunales españoles carecerán de competencia salvo que el marido hubiese residido seis meses en España (art. 3.1 a) apdo. 5). Pues bien, el artículo 7.1 permite aplicar las reglas del derecho nacional español; los tribunales españoles basar su competencia en el artículo 22.3^a 3 de la LOPJ, ya que basta la nacionalidad española del demandante y su residencia habitual en España (la LOPJ no condiciona la residencia habitual a ningún plazo). Hay que tener en cuenta, no obstante, que se ha planteado la duda de si este precepto es compatible con el principio de no discriminación comunitario. Otra posible aplicación del Derecho nacional es en los supuestos de sumisión tácita (art. 22.2 LOPJ).¹⁷⁴

Cruz Pereira observa en esta materia como inconveniente: “Consideramos que las normas actuales de competencia residual del nuevo reglamento Bruselas II, pueden llevar a situaciones donde ningún órgano jurisdiccional de la Unión Europea o de ningún otro lugar sea competente para conocer de una demanda de divorcio”.

Carrillo Pozo explicita tal preocupación al interrogarse: ¿Qué ocurriría en el supuesto de que el Reglamento no atribuyera competencia a ese ni a ningún otro tribunal de los Estados miembros?

Para responder a esta cuestión, es necesario según el autor, distinguir dos supuestos claramente diferenciados en el Reglamento:

1.- Si el demandado no es nacional ni tiene su residencia habitual en ningún Estado parte, y el art. 2 del Reglamento no atribuye competencia a ningún Tribunal, el Juez anterior consultará con sus normas autónomas de competencia judicial internacional (en el caso de España, arts. 22.2 y 22.3 de la LOPJ), para determinar, si pese a no considerarlo así el art. 2 del Reglamento, sería competente para conocer de la acción en materia matrimonial (art. 8.1).

2.- Sin embargo, si el cónyuge demandado es nacional de un Estado parte, o en el caso del Reino Unido e Irlanda, tiene allí su “domicile”, aunque el Reglamento no atribuya competencia a los tribunales de ningún Estado miembro, el Juez no podrá consultar con carácter residual sus normas de competencia autónomas, porque se lo prohíbe el art. 7, al establecer textualmente, que en esos supuestos de demandado “integrado” en territorio comunitario mediante el vínculo de la nacionalidad o de la residencia habitual, “**sólo** podrá ser requerido ante los órganos

¹⁷⁴ VIRGOS SORIANO, Miguel, O. Cit. P. 240 a 242

jurisdiccionales de un Estado miembro, en virtud de los arts. 2 a 6". La regla del art.7 cumple así una función preventiva, que no es otra que la de evitar la aplicación de foros exorbitantes, que pudieran contenerse en foros residuales, a los demandados protegidos por razón de su integración.

Salgamos de la teoría, y pasemos a imaginar un ejemplo práctico: un cónyuge nacional francés, con residencia habitual en Argel, es demandado por su esposo/a, nacional español, con residencia en España inmediatamente anterior, inferior a seis meses. En este supuesto, el Reglamento no atribuye competencia a los Tribunales españoles, ni a los de ningún otro Estado miembro y, sin embargo, el juez español tiene que declararse incompetente sin consultar con sus normas autónomas de competencia judicial internacional, que por cierto, en el caso de España, le atribuirían competencia, ex art. 22.3 de la LOPJ, si no fuera aplicable el Reglamento.

Por tanto, en estos supuestos, el Tribunal deberá declararse incompetente de oficio, aunque no se trate de un supuesto contemplado en el art. 9 del Reglamento, puesto que el art. 7 le obliga a ello. Esto es así, salvo que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) del demandante, exija la apertura de un "foro de necesidad" en los casos en que ningún otro Tribunal, que presente una vinculación razonable, se declare competente. Tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el cauce procesal para hacerlo, pues el art. 36.2, sólo obliga al Juez español a declararse incompetente en supuestos de competencia exclusiva de otro Estado, contemplada en un texto internacional, o cuando el demandado no comparezca y el único criterio en que pudiera basar su competencia, fuera la sumisión tácita.

Señalando las dificultades que se pueden generar posteriormente al pretenderse el reconocimiento de tales pronunciamientos en los Estados de origen"¹⁷⁵.

Queda pues evidenciadas las dificultades que importa la exclusividad de estos criterios para efectos del posterior reconocimiento que se pretendiere en algún Estado miembro de la comunidad.

"Debe quedar en claro que en el caso de que un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea competente, la resolución de divorcio subsiguiente no se reconocerá en la Unión Europea de conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II, sino solamente de conformidad con el Derecho nacional o los tratados internacionales aplicables. Esto puede causar dificultades si posteriormente la pareja solicita el reconocimiento y desea que el divorcio se reconozca en sus respectivos países de origen".¹⁷⁶

¹⁷⁵ Una aproximación al Reglamento (CE) nº 1347/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, p. 11

¹⁷⁶ CRUZ PEREYRA, Luis, Ob. Cit, p. 491.

“Frente a los residentes de un estado miembro o quienes tengan la nacionalidad de un estado miembro se pueden aplicar sólo las reglas de competencia del Reglamento en materia matrimonial. En el resto de los casos es también en principio de aplicación el Reglamento, pero la legislación de fuente interna es aplicable con carácter residual, en aquellos supuestos en los que los artículos 3, 4 y 5 del reglamento no se deduzca la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro¹⁷⁷”

En lo relativo a las reglas de competencia sobre responsabilidad parental, los fueros previstos en el reglamento 2201/2003 son los únicos relevantes para determinar la competencia de los tribunales de los Estados miembros, si bien cuando en el caso concreto no atribuyen competencia a ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, el artículo 14 establece que se aplicará con carácter residual en cada estado miembro las normas de su régimen de fuente interna”.¹⁷⁸

“La remisión con carácter residual a las reglas de competencia judicial de la legislación del estado miembro ante cuyos tribunales se ha interpuesto la demanda puede plantear dificultades, según se ha puesto de relieve en relación con las normas en materia matrimonial del Reglamento 2201/2003, sobre todo en la medida en que tratándose de ciudadanos comunitarios – de diferentes nacionalidades- que residan en un tercer Estado. En tales supuestos puede no ser aplicable ninguno de los criterios atributivos de competencia previstos en el reglamento, y la remisión a las normas nacionales, en la medida que no están armonizadas, no garantiza que un órgano jurisdiccional de un estado miembro de la UE (ni un tercer Estado) sea competente, por ejemplo, para decidir sobre el divorcio de esa pareja¹⁷⁹”¹⁸⁰

¹⁷⁷ Acota el autor En el sentido de lo establecido por el TJCE en el asunto Owusu, cabe entender, que el Reglamento 2201/2003 parte de que la conexión con el mercado interior que justifica la aplicación de la normativa unificada de competencia en materia matrimonial está presente siempre que el demandado tenga su residencia en un Estado miembro o sea nacional de uno de esos estados, así como cuando en un Estado miembro concurra cualquiera de las circunstancias determinantes de la atribución de competencia conforme a los artículos 3, 4 y 5.

¹⁷⁸ DE MIGUEL ASCENCIO Pedro, Ob. Cit., p. 50.

¹⁷⁹ El autor acota: A este respecto, aunque en un contexto diferente, resulta también de interés la afirmación del TJCE en su Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006 (ap 141), en el sentido de que una normativa internacional reguladora de la competencia judicial internacional debe ser lo más global posible, pues cualquier laguna puede dar lugar, debido a los diferentes criterios atributivos de competencia empleados por las legislaciones, a que existan órganos jurisdiccionales competentes para resolver un mismo litigio, pero también a una falta de tutela judicial si no se considera competente a ningún tribunal.

¹⁸⁰ DE MIGUEL ASCENCIO Pedro, Ob. Cit., p. 50.

“El reglamento “Bruselas II bis” deja cierto juego a la LOPE. El proceso necesario para determinar la CJI de los tribunales españoles exige, en primer lugar, comprobar que no estemos en el ámbito de aplicación de un reglamento comunitario o convenio internacional. Sólo entonces debe acudir a la LOPJ”.¹⁸¹

Finalmente, Carrillo Pozo concluye en esta materia: “primero, que el ámbito de aplicación personal de sus reglas de competencia en materia matrimonial, es distinto, dependiendo del grado de integración del demandado en la Unión Europea. Cuando el demandado sea nacional (o tenga domicilio anglo-sajón), o tenga su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea (salvo Dinamarca), los tribunales comunitarios sólo podrán conocer en virtud de las reglas de competencia contenidas en el Reglamento. Si el demandado no presenta tal vinculación, también podrán conocer los tribunales comunitarios, en defecto de los criterios de competencia contenidos en el Reglamento, en virtud de sus normas de competencia judicial internacional de fuente internacional interna. En segundo lugar, el Juez tendrá que declararse de oficio incompetente en virtud del Reglamento, en dos ocasiones: cuando compruebe que sus reglas no le atribuyen competencia, y en cambio sí le atribuyen competencia a los tribunales de otro Estado parte (art. 9), y cuando a pesar de que el Reglamento no atribuya competencia a los Tribunales de ningún otro Estado miembro, el demandado presente una vinculación personal relevante con la Unión Europea (criterio de nacionalidad o “domicile”), porque en esos casos no cabrá aplicación residual de los criterios de competencia de fuente internacional o interna de los Tribunales de los Estados miembros (art. 7), quedando siempre a salvo la posibilidad de abrir un “*foro de necesidad*””.¹⁸²

Como se advierte el problema descrito se orienta a plantear las dificultades que se presentan en la aplicación material del Reglamento cuando tratándose de residentes o nacionales de algún Estado miembro de la comunidad, por el carácter exclusivo de sus criterios, ante la inaplicabilidad de sus supuestos, puede dejar a dichos justiciables fuera del ámbito de tutela jurisdiccional, al no tener la posibilidad de aplicación residual de las normas nacionales de competencia judicial internacional del tribunal .

Seguidamente examinaremos la situación opuesta y de solución controvertida que se plantea cuando la demanda de divorcio es dirigida a un no residente ni nacional de algún Estado miembro de la Comunidad, y las discusiones que se proponen para la aplicación o no del Reglamento. A propósito de ello el Tribunal de la Comunidad Europea ha emitido un pronunciamiento reciente sobre la materia:

¹⁸¹ VIRGOS SORIANO Miguel, Ob. Cit. , p. 115.

¹⁸² Una aproximación al Reglamento (CE) nº 1347/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, p. 13

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)¹⁸³

de 29 de noviembre de 2007 (*)

«Reglamento (CE) nº 2201/2003 – Artículos 3, 6 y 7 – Competencia judicial – Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Competencia en materia de divorcio – Demandado que tiene la nacionalidad y es residente de un país tercero – Normas nacionales de competencia que establecen un foro exorbitante»

En el asunto C-68/07,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo a los artículos 68 CE y 234 CE, por el Högsta domstolen (Suecia), mediante resolución de 7 de febrero de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 febrero 2007, en el procedimiento entre

Kerstin Sundelind Lopez y Miguel Enrique López Lizazo,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. A. Rosas, Presidente de Sala, y los Sres. J.N. Cunha Rodrigues, J. Klučka, A. Ó Caoimh (Ponente) y A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. M. Lumma, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por la Sra. W. Ferrante, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. J. Himmanen, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas por el Sr. M. Wilderspin y la Sra. P. Dejmek, en calidad de agentes;

¹⁸³ [Campus.usal.es/dipr/STJPCE%20 sundelind.doc](http://Campus.usal.es/dipr/STJPCE%20sundelind.doc)

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 3, 6 y 7 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DO L 338, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, en lo que respecta a los Tratados con la Santa Sede (DO L 367, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento nº 2201/2003»).
- 2 Dicha petición se ha presentado en el marco de un proceso de divorcio instado por la Sra. Sundelind Lopez frente al Sr. López Lizazo.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 A tenor de los considerandos cuarto, octavo y duodécimo del Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DO L 160, p. 19), que fue derogado por el Reglamento nº 2201/2003 a partir del 1 de marzo de 2005:

«4) La disparidad entre determinadas normas nacionales en cuanto a competencia y reconocimiento hace más difícil la libre circulación de las personas así como el buen funcionamiento del mercado interior. Se justifica, por consiguiente, adoptar disposiciones mediante las que se unifiquen las normas de conflicto de jurisdicciones en las materias matrimoniales y de responsabilidad parental, simplificándose los trámites con el fin de un reconocimiento rápido y automático de las resoluciones judiciales y de su ejecución.

[...]

- 8) El presente Reglamento debe establecer medidas coherentes y uniformes que permitan que la circulación de personas sea tan amplia como resulte posible. Por ello, es necesario que el presente Reglamento se aplique también a los nacionales de terceros países con vínculos suficientemente profundos con el

territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en el presente Reglamento.

[...]

12) Los criterios atributivos de competencia que se incluyen en el presente Reglamento parten del principio de que exista un vínculo real entre una parte y el Estado miembro que ejerce la competencia. La decisión sobre la inclusión de unos determinados criterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y a su aceptación por los demás Estados miembros.»

4 El artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, titulado «Competencia general», dispone:

«En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “domicile”;

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicile” común.»

5 Los artículos 4 y 5 de dicho Reglamento establecen las normas de competencia en materia de demanda reconvenional y de conversión de la separación judicial en divorcio, respectivamente.

- 6 El artículo 6 de este mismo Reglamento, que lleva el título «Carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3, 4 y 5» dispone:

«Un cónyuge que:

- a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien
- b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga “domicile” en el territorio de uno de estos dos Estados miembros,

sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.»

- 7 A tenor del artículo 7 del Reglamento nº 2201/2003, titulado «Competencia residual»:

«1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su “domicile” en el territorio de uno de estos dos Estados.»

- 8 El artículo 17 de dicho Reglamento, que lleva el título «Comprobación de la competencia», dispone:

«El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente.»

Normativa nacional

- 9 La Ley sobre relaciones jurídicas internacionales en materia de matrimonio y tutela [Lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållande rörande äktenskap och förmynderskap, SFS 2005, nº 431] establece, en el artículo 2, apartado 2, de su capítulo 3, que un órgano jurisdiccional sueco puede conocer de un asunto matrimonial si el demandante es ciudadano sueco y tiene su

residencia habitual o ha residido en Suecia en cualquier momento después de haber cumplido dieciocho años.

Litigio principal y cuestión prejudicial

- 10 La Sra. Sundelind Lopez, de nacionalidad sueca, está casada con el Sr. López Lizazo, de nacionalidad cubana. Mientras convivieron, el matrimonio residía en Francia. En la actualidad, mientras que la Sra. Sundelind Lopez sigue residiendo en Francia, su marido reside en Cuba.
- 11 Amparándose en la normativa sueca, la Sra. Sundelind Lopez presentó demanda de divorcio ante el Stockholms tingsrätt (Tribunal de Primera Instancia de Estocolmo). Su demanda fue desestimada mediante resolución de 2 de diciembre de 2005, por ser los órganos jurisdiccionales franceses, en virtud del artículo 3 del Reglamento nº 2201/2003, los únicos competentes y, en consecuencia, por oponerse el artículo 7 de este Reglamento a la aplicación de las normas de competencia suecas.
- 12 Mediante sentencia de 7 de marzo de 2006, el Svea hovrätt (Tribunal de Apelación de Svea) desestimó la apelación interpuesta contra dicha resolución.
- 13 La Sra. Sundelind Lopez interpuso recurso de casación contra dicha sentencia ante el Högsta domstolen (Tribunal Supremo). En este recurso, alega que el artículo 6 del Reglamento nº 2201/2003, que establece el carácter exclusivo de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros con arreglo a los artículos 3 a 5 de este Reglamento cuando el demandado tiene su residencia habitual o cuando tiene la nacionalidad de un Estado miembro, implica que la competencia exclusiva de dichos órganos jurisdiccionales no se aplica cuando el demandado no reúne ninguna de esas dos condiciones. De lo anterior deduce que, en el presente caso, el Derecho nacional puede fundar la competencia de los órganos jurisdiccionales suecos.
- 14 En su resolución de remisión, el Högsta domstolen señala que, en el presente asunto, los órganos jurisdiccionales suecos no pueden fundar su competencia, a diferencia de los franceses, en el artículo 3 del Reglamento nº 2201/2003, sino únicamente en su Derecho nacional. La interpretación del artículo 7 de este Reglamento, por tanto, influye directamente en la solución del litigio. El Högsta domstolen añade que el Tribunal de Justicia todavía no ha interpretado estas disposiciones.
- 15 En estas circunstancias, el Högsta domstolen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Cuando el demandado en un asunto relativo a una demanda de divorcio no tiene su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro ni es nacional de un Estado miembro, ¿puede conocer de la demanda un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente con arreglo al artículo 3 del Reglamento [nº 2201/2003], aunque los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro puedan ser competentes si se aplica alguna de las normas atributivas de competencia establecidas en dicho artículo 3?»

Sobre la cuestión prejudicial

- 16 Con su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6 y 7 del Reglamento nº 2201/2003 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un asunto de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para conocer del asunto, aunque los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro sean competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento.
- 17 En el asunto principal es pacífico que de conformidad con el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, los órganos jurisdiccionales franceses son competentes con arreglo a dicho Reglamento para conocer de la demanda presentada por la Sra. Sundelind Lopez, ya sea en virtud del segundo guión de esta disposición, dado que Francia es el último lugar de residencia habitual de los cónyuges y ella aún reside allí, ya sea en virtud del quinto guión de esta misma disposición, ya que Francia era el lugar de su residencia habitual y había residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda de divorcio.
- 18 Ahora bien, según el tenor inequívoco del artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, únicamente cuando de los artículos 3, 4 y 5 de dicho Reglamento no se deduzca la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo al Derecho nacional.
- 19 Además, según el artículo 17 del Reglamento nº 2201/2003, cuyo tenor tampoco deja lugar a ambigüedades, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual dicho Reglamento no establezca su competencia, debe declararse de oficio incompetente cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sea competente en virtud del mismo Reglamento.

- 20 Por consiguiente, dado que los órganos jurisdiccionales franceses son competentes para conocer de la demanda del asunto principal con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 2201/2003, los órganos jurisdiccionales suecos no pueden fundar su competencia para conocer de dicha demanda en las normas de su Derecho nacional amparándose en el artículo 7, apartado 1, de dicho Reglamento, sino que deben declararse de oficio incompetentes con arreglo al artículo 17 de éste, en favor de los órganos jurisdiccionales franceses.
- 21 Esta interpretación, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno italiano, no queda desvirtuada por el artículo 6 del Reglamento nº 2201/2003.
- 22 Es cierto que esta disposición, según la cual, habida cuenta del carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3 a 5 del Reglamento nº 2201/2003, un demandado que tiene su residencia habitual en un Estado miembro o sea nacional de un Estado miembro sólo puede ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de dichos artículos –lo que, por tanto, excluye la aplicación de las normas de competencia establecidas en el Derecho nacional– no prohíbe, en cambio, que un demandado que no tiene ni su residencia habitual en un Estado miembro ni la nacionalidad de un Estado miembro pueda ser requerido ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en virtud de las normas de competencia prevista en el Derecho nacional de este Estado.
- 23 De conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, así puede suceder cuando no es competente ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro en virtud de los artículos 3 a 5 de dicho Reglamento; el artículo 7, apartado 2, de este Reglamento, por su parte, dispone que, en una situación de esta índole, si el demandante es nacional de un Estado miembro y tiene su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro puede, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas nacionales sobre competencia aplicables en el mismo contra dicho demandado.
- 24 No obstante, no puede inferirse de lo anterior que el artículo 6 del Reglamento nº 2201/2003 establezca una norma general por la que la determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en asuntos relativos al divorcio respecto de un demandado que no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y que no es nacional de un Estado miembro, esté regida, en todos los casos, por el Derecho nacional, incluido el supuesto de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente en virtud de los artículos 3 a 5 de dicho Reglamento.
- 25 Tal interpretación supondría, en efecto, pasar por alto el tenor inequívoco de los artículos 7, apartado 1, y 17, del Reglamento

nº 2201/2003, cuya aplicación no depende, como resulta de los apartados 18 a 20 de la presente sentencia, de las circunstancias del demandado, sino de si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente en virtud de los artículos 3 a 5 del Reglamento nº 2201/2003.

- 26 Además, tal interpretación sería contraria a la finalidad perseguida por este Reglamento. En efecto, como se desprende de los considerandos cuarto y octavo del Reglamento nº 1347/2000, cuyas disposiciones sobre la competencia en asuntos relativos al divorcio han sido retomadas en lo fundamental por el Reglamento nº 2201/2003, éste tiene por objeto establecer normas de conflicto uniformes en materia de divorcio para garantizar que la libre circulación de personas sea lo más amplia posible. Por tanto, el Reglamento nº 2201/2003 también se aplica a los nacionales de Estados terceros que presenten vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en dicho Reglamento, criterios que, según el duodécimo considerando del Reglamento nº 1347/2000, se basan en el principio de que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia.
- 27 En el asunto principal, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 se desprende que ese vínculo existe con Francia y no con Suecia.
- 28 Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 6 y 7 del Reglamento nº 2201/2003 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un asunto de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento.

Costas

- 29 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Los artículos 6 y 7 del Reglamento n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, en lo que respecta a los Tratados con la Santa Sede, deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un asunto de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento.

Comentario:

Este fallo aborda un tema polémico al interior del Reglamento 2201/2003, esto es el ámbito de aplicación personal del texto Comunitario, que para estos efectos parafrasea los contenidos de su Reglamento predecesor, el 1347/2000.

En relación a la interpretación de los alcances de los artículos 6 y 7 del vigente Reglamento y (el 7 y 8 del Reglamento 1347/2000), la doctrina señala que hay hasta tres posiciones al respecto, (la cita alude al articulado del Reglamento precedente, de plena aplicación a la Reglamentación vigente):

“Tesis del ámbito de aplicación personal amplio. Algunos autores entienden que el artículo 7 no sólo se aplica cuando el demandado tiene su residencia habitual en un país parte o es nacional de un Estado parte, también se va a aplicar en el resto de los casos, con independencia de la nacionalidad o de la residencia habitual del cónyuge demandado. Según esta tesis no hay ninguna protección especial respecto de las personas que tienen una vinculación estrecha con el territorio comunitario. Además, en virtud de esta postura, el artículo 7 (actual art. 6 - precisión de la autora)) carece de virtualidad práctica, ya que, si tiene un carácter *erga omnes*, es suficiente con tener en cuenta el artículo 8 (actual art. 7) para poder aplicar el Reglamento. Esto es, si los foros del Reglamento se van a aplicar siempre, sin tener en cuenta las condiciones personales que señala el artículo 7, los tribunales ante los que se interponga una demanda directamente podrían acudir al artículo 8 y comprobar si algún foro del texto comunitario les otorga competencia y, si no es así, deberían verificar si

algún órgano jurisdiccional comunitario podría ser competente en virtud de los foros del Reglamento, de forma que, si ninguno resultara competente, el tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda debería aplicar las normas de producción interna en la materia, tal como recoge el artículo 8.

Tesis del ámbito de aplicación personal limitado. En el lado opuesto, otro sector doctrinal considera que el artículo 8 debe interpretarse en relación con el artículo 7 y, por tanto, se debe entender que ambos preceptos quedan circunscritos a los casos en los que el demandado tiene su residencia habitual en un Estado parte o es nacional de un país miembro. De este modo, el Reglamento se va a aplicar en los casos en los que el cónyuge demandado tiene su residencia habitual en un Estado miembro o es nacional —o tiene su *domicile* en Irlanda o en Gran Bretaña— de un país parte. En esos casos, los jueces competentes vendrán determinados por los artículos 2 a 6 del Reglamento y, en el caso de que ningún tribunal de un Estado parte resultare competente, entonces los órganos jurisdiccionales ante los que se ha interpuesto la demanda podrán acudir a sus normas de producción interna en la materia. Siguiendo esta tesis no se comprende la razón por la que el legislador comunitario dispuso que las competencias del artículo 7 tienen carácter exclusivo y sólo se van a aplicar cuando el demandado tenga su residencia habitual en un Estado parte o sea nacional de un país miembro.

Tesis intermedia del ámbito de aplicación personal. Por último, la teoría intermedia entiende que cada precepto estudiado tiene un ámbito de aplicación diferente. Así, el artículo 7 queda circunscrito a los casos en los que el demandado tiene su residencia habitual en un Estado parte o es nacional de un país miembro. El artículo 8, en cambio, se aplica en los casos en los que el cónyuge demandado no reúne ninguno de los requisitos mencionados, en estos supuestos, los tribunales de un Estado parte podrán conocer conforme al Reglamento y, residualmente, si ningún órgano jurisdiccional de un país miembro resultare competente, por las normas de producción interna de su Estado”¹⁸⁴.

El Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas en el pronunciamiento en estudio, acoge como suya la primera interpretación de carácter extensiva, por la que admite la aplicación del Reglamento comunitario, incluso cuando el demandado no tiene residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, disponiendo que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional, si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 del Reglamento 2201/2003.

¹⁸⁴ Juliana Rodríguez Rodrigo, Reglamento 1347/2000: Ambito de aplicación personal (Arts. 7 y 8), Universidad Carlos III de Madrid. p. 364-366

El profesor Federico F. Garau Sobrino¹⁸⁵ expresando su total discrepancia con este pronunciamiento observa lo siguiente :

“La respuesta de TJUE ha sido que los foros de competencia directa en materia de divorcio contenidos en el Reglamento se aplican aun cuando el demandado no tenga su residencia habitual en un Estado miembro y sea nacional de un tercer país (Fundamento 28)

Convendría empezar por recordar el ABC de las condiciones de aplicación del Reglamento 2201/2003, determinado por la concurrencia de sus tres ámbitos –la falta de uno solo de ellos determinará la inaplicación del Reglamento-. El *material*: en materia de competencia judicial internacional, sus foros serán aplicables a las acciones judiciales que se ejerciten con posterioridad al 1.3.2005, fecha de su entrada en vigor (véase art. 72 e.r. con art. 64.1). Finalmente, el ámbito *personal*, regulado en el artículo 6 y que exige que el demandado deba bien residir habitualmente en un Estado miembro bien tener la nacionalidad de un Estado miembro (en el caso de Reino Unido y de Irlanda, debe tener el *domicile* en el territorio de estos países)... Me parece fundamental retener la elemental y básica idea de que *el artículo 6 del Reglamento fija su ámbito personal de aplicación* Además, la aplicación del resto de preceptos en materia de competencia internacional –en especial, los foros del artículo 3- depende de la concurrencia de los tres ámbitos del Reglamento. Proyectando esta elemental ecuación sobre los hechos de la sentencia del TJUE podemos concluir que ni los tribunales suecos ni los franceses podían aplicar los foros de Reglamento 2201/2003, puesto que la parte demandada, el Sr. López en el momento de presentación de la demanda era nacional cubano y tenía su domicilio en Cuba

Debido al uso reiterado que hace el Tribunal comunitario, es preciso realizar también una breve referencia al contenido del artículo 7 del Reglamento, en especial a su apartado primero. El artículo 7.1 *presupone la aplicación del Reglamento*, sólo que de los foros de los artículos 3,4 y 5 no se deriva la competencia de los tribunales de ningún Estado miembro. De este modo, y para reducir las posibilidades de dejar imprejuizado el asunto, el Reglamento permite la aplicación de los foros contenidos en la normativa interna de los Estados miembros –configura así una *aplicación mediata* de las normativa interna de los Estados miembros –configura así

¹⁸⁵ En Revista española de Derecho Internacional, 2007, 2, Vol LIX, Boletín Oficial del Estado, p. 763,

una *aplicación mediata* de las normas de origen interno-. Por su parte, el artículo 7.2 permite la utilización de las normas de competencia internacional de origen interno de un Estado miembro a los nacionales de otro Estado miembro con residencia habitual en su territorio. Ahora bien, a diferencia del apartado primero, este inciso *parte de la inaplicabilidad del Reglamento*, puesto que, según su propio tenor literal, la parte demandada no deber ser nacional de un Estado miembro ni poseer en él su residencia habitual. De este modo, el artículo 7.2 viene a desempeñar la misma función que el artículo 4 del Reglamento 44/2001.

Teniendo en cuenta la función del artículo 6, a la que me he referido, es obvia mi discrepancia con la conclusión del TJUE y mi rechazo a sus argumentos. Afirmar, como hace el Tribunal, que el artículo 6 no impide que se apliquen los foros del Reglamento a aquellos litigios en los que el demandado ni reside en un Estado miembro ni es nacional de un Estado miembro, o que los foros de los artículos 3, 4 y 5 también son aplicables a los nacionales de terceros países siempre que el litigio presente la vinculación suficiente, requerida en el criterio atributivo de jurisdicción, con el territorio de un Estado miembro, todo ello supone obviar el tenor literal del artículo 6 del Reglamento e ignorar sus elementales principios de aplicación y funcionamiento. Se confunden así ámbitos de aplicación con criterios atributivos de jurisdicción. Los foros de competencia directa de los artículos 3, 4 y 5 no pueden ser aplicados en ausencia del ámbito personal de Reglamento –ni de los ámbitos material o temporal-, y queda claro en la sentencia que el demandado ni era nacional ni residía en un Estado miembro en el momento de presentación de la demanda.

No entiendo la utilización por el TJUE del artículo 7.1 del Reglamento. Como he dicho, este precepto supone la aplicación del Reglamento, lo que no era el caso. Entonces, si la Sra. Sundelind deseaba presentar su demanda ante los tribunales de Suecia, las normas sobre competencia directa contenidas en la legislación sueca eran utilizables por la inaplicabilidad de la normativa comunitaria. Por su parte, el artículo 7.2 permitía a la Sra. Sundelind demandar al Sr. López ante los tribunales franceses en virtud de los foros contenidos en las *normas francesas* de origen interno.

Discrepo también de la afirmación del TJUE de que la aplicación de los artículos 7.1 y 17 no dependen del cumplimiento de los ámbitos de aplicación del Reglamento –concretamente, del ámbito personal establecido en el art. 6-, sino de si un tribunal de un Estado miembro es competente en virtud de los foros de los artículos 3 a 5 (véase el Fundamento 25). El *artículo 17* se aplica porque se utilizan los foros del Reglamento es aplicable –porque concurren los ámbitos de aplicación- y los artículos 3 a 5 establecen la competencia de los tribunales de un Estado miembro, imponiendo entonces el artículo 17 a los tribunales de un Estado miembro que sí lo son de conformidad con los foros del Reglamento. En el caso *Sundelind*, los tribunales franceses no eran competentes en virtud de los foros del artículo 3, por la sencilla razón que

el Reglamento no era aplicable (fallada el ámbito personal), por lo que el artículo 17 no podía ser utilizado y los tribunales de Suecia no tenían ninguna obligación de inhibirse a favor de los órganos jurisdiccionales franceses. Por lo que respeta al *artículo 7.1*, ya he dicho que presupone la aplicación de los artículos 3, 4 y 5 del Reglamento, sólo que activa las normas de origen interno de los Estados (en España, los foros del art. 22.3, inciso 3.º, LOPJ) porque con ello no se sustrae la competencia a los tribunales de ningún otro Estado miembro”.

Como se puede advertir la posición interpretativa que se asuma, determina competencias diferentes, mientras que el Tribunal Europeo ha aplicado el Reglamento incluso contra no nacionales ni domiciliados en un Estado miembro, y por ello atribuido competencia a los tribunales franceses de la última residencia común y por tanto, no es posible disponer la competencia residual en virtud de las normas de derecho interno del estado ante cuyos tribunales acudió la cónyuge, esto es Suecia. De otro lado la posición interpretativa restringida que postula el profesor Garau Sobrino así como otros destacados autores como Calvo Caravaca, A.L. Castellanos Ruiz E. (Dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspecto internacionales*, Madrid, 2004, pp. 400-402¹⁸⁶, nos conduce a una solución distinta. Esto es que al no ser aplicable el Reglamento, los tribunales Suecos en aplicación de su Derecho Internacional Privado serían competentes por ser los de la nacionalidad de la cónyuge pretensora y no tendrían obligación de inhibirse a favor de los tribunales franceses.

3.6. Observaciones al Reglamento Bruselas II bis y propuestas para su reforma

3.6.1. Limitaciones observadas en la aplicación del Reglamento

Si bien es significativo el avance comunitario que representa la unificación de la legislación competencial en materia matrimonial, problemas como los analizados son algunas de las dificultades que se encuentran en la aplicación de la normativa comunitaria, la misma que desde su dación viene siendo reflexionada por parte de diferentes organizaciones representativas de la sociedad civil, entes académicos y gubernamentales, en aras de impulsar sus avances, propiciando los correctivos necesarios.

Desde el punto de vista de las materias que aborda se discute:

“El Reglamento Bruselas II *bis* continúa sin atender a las crisis de pareja, ampliamente consideradas, tal como las ignorara el Reglamento Bruselas II. Los litigios originados por la ruptura de una pareja de hecho no caen

¹⁸⁶ En Revista Española de Derecho Internacional, 2007, 2, Vol LIX, Boletín Oficial del Estado, p. 764.

dentro de su ámbito de aplicación, salvo que el objeto del proceso verse sobre la protección de menores a su cargo”.¹⁸⁷

De igual modo, la integración de los alimentos en el ámbito material del reglamento Bruselas II bis hubiera sido necesario, atendiendo a que se trata de obligaciones legales a favor de una parte débil en el marco de una relación familiar, no obstante continúan mereciendo un tratamiento meramente patrimonial al amparo del Reglamento Bruselas I.

En relación a la legislación aplicable al haberse unificado únicamente los criterios de atribución de competencia judicial, las dificultades continúan en la determinación de la ley aplicable, generando varios inconvenientes, los mismos que transcribiremos y que fueron detallados en el libro verde, siendo materia de consulta en la sociedad civil y comunidad jurídica europea:

“2.1. Falta de seguridad jurídica y de predictibilidad para los cónyuges

Considerando la complejidad y divergencias entre las normas nacionales de conflicto de leyes en asuntos de divorcio, a menudo es difícil predecir qué legislación nacional se aplicará en un caso dado. Éste es concretamente el caso de situaciones familiares en que los cónyuges no tienen una residencia habitual o nacionalidad común, pero el problema puede también plantearse cuando parejas de la misma nacionalidad se separan y se trasladan a diversos Estados miembros.

Ejemplo 1: Pareja italo-portuguesa cuyos cónyuges viven en Estados miembros distintos Un portugués y una italiana se casan en Italia. Tras la boda, el marido vuelve inmediatamente a Portugal por razones profesionales y la esposa permanece en Italia. Al cabo de dos años, deciden divorciarse. La pareja puede solicitar el divorcio en Italia o Portugal de conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II. Los órganos jurisdiccionales de estos Estados aplican, en primer lugar, la legislación de la nacionalidad común de los cónyuges. En este caso, como los cónyuges son de distinta nacionalidad, los tribunales italianos aplicarían la ley del Estado "donde el matrimonio se haya instalado con carácter principal". En cambio, los tribunales portugueses aplicarían la ley de la residencia habitual común de los cónyuges y, a falta de ésta, la ley con la que los cónyuges tienen la "vinculación más estrecha". Los cónyuges encuentran difícil predecir qué legislación será la aplicable en su situación. |

2.2. Insuficiente autonomía de las partes

Las normas nacionales de conflicto de leyes prevén, en principio, solamente una solución en una situación dada, por ejemplo, la aplicación de la ley de la nacionalidad de los cónyuges o la ley del foro ("lex fori"). Esto, en ciertas situaciones, puede no ser suficientemente flexible. Por ejemplo, ignora el hecho de que los ciudadanos puedan sentirse estrechamente vinculados a un Estado miembro aunque no sean ciudadanos del mismo. La introducción de cierto grado de autonomía de las

¹⁸⁷ FONT I SEGURA, Ob. Cit., p. 277.

partes para permitirles elegir la legislación aplicable podría flexibilizar las normas y aumentar la seguridad jurídica y la predictibilidad para los cónyuges.

Ejemplo 2: Pareja italiana que vive en Alemania Una pareja de nacionalidad italiana vive en Munich desde hace veinte años y se siente perfectamente integrada en la sociedad alemana. Cuando sus hijos se van de casa, la pareja decide divorciarse de mutuo acuerdo. Quisieran divorciarse según la legislación alemana, que es con la que se sienten más vinculados y que solamente requiere un año de separación en casos de divorcio de mutuo acuerdo, en lugar de los tres exigidos por la legislación italiana. El nuevo Reglamento de Bruselas II permite a los cónyuges solicitar el divorcio tanto en Alemania como en Italia. Sin embargo, como las normas de conflicto de leyes alemanas e italianas se basan, en primer lugar, en la nacionalidad común de los cónyuges, los órganos jurisdiccionales de ambos países aplicarían la legislación italiana sobre divorcio. |

2.3. Riesgo de obtener un resultado que no corresponde a las legítimas expectativas de los ciudadanos

Los ciudadanos aprovechan cada vez más los beneficios del mercado interior trasladándose a otro Estado miembro por razones profesionales. Probablemente no son conscientes de que las condiciones de divorcio pueden cambiar drásticamente a raíz del traslado. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando dos cónyuges de distinta nacionalidad se trasladan a un Estado miembro del cual ninguno de ellos es nacional. Puesto que el nuevo Reglamento de Bruselas II no permite a los cónyuges solicitar el divorcio en un Estado miembro del cual solamente uno de ellos es nacional a falta de otro factor de vinculación, los cónyuges pueden encontrarse en una situación en que la única posibilidad sea acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de su residencia habitual. Esto podría, en ciertas circunstancias, llevar a resultados que no correspondan a sus legítimas expectativas.

Ejemplo 3: Pareja sueco-finlandesa que se traslada a Irlanda Una pareja sueco-finlandesa se traslada de Estocolmo a Dublín donde les ofrecen puestos de trabajo interesantes. Su matrimonio se deteriora y finalmente deciden divorciarse. La pareja espera que el proceso de divorcio sea bastante simple y rápido, como es en Derecho finlandés y sueco, puesto que ambos quieren divorciarse y no tienen hijos. Sin embargo, solamente los órganos jurisdiccionales irlandeses son competentes según el nuevo Reglamento de Bruselas II y los órganos jurisdiccionales irlandeses aplican la legislación irlandesa ("lex fori") a los procesos de divorcio, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges. La única manera de asegurar la aplicación de la legislación sueca o finlandesa sobre divorcio sería que un cónyuge volviera a su Estado miembro de origen durante al menos seis meses y solicitara entonces el divorcio en ese país. Ninguno de los cónyuges está dispuesto a abandonar su trabajo o en situación de hacerlo y dejar Irlanda durante seis meses por este motivo. Por otra parte, quieren evitar la aplicación de la legislación irlandesa sobre divorcio, que requiere un período de separación de cuatro años para determinar la ruptura del matrimonio. Les sorprende que las condiciones de divorcio sean

tan radicalmente distintas por haber decidido mudarse a otro Estado miembro. |

2.4. Riesgo de dificultades para los ciudadanos de la Comunidad que viven en un tercer Estado

Mientras que las normas de reconocimiento del nuevo Reglamento de Bruselas II se aplican a todas las resoluciones de divorcio dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, las normas sobre competencia no abarcan todas las situaciones. Esto podría dar lugar a dificultades para los ciudadanos comunitarios que vivan en un tercer Estado. Puede haber casos en que no sea aplicable ninguno de los criterios de competencia del Reglamento. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden, en tales circunstancias, invocar las normas nacionales sobre competencia internacional. Sin embargo, el hecho de que estas normas no estén armonizadas puede llevar a situaciones en que ningún órgano jurisdiccional de la Unión Europea o de otro lugar sea competente para divorciar a una pareja de ciudadanos comunitarios de distinta nacionalidad que viva en un tercer Estado. Por otra parte, si se pronuncia un divorcio en un tercer Estado, la pareja puede enfrentarse a serias dificultades para lograr que el divorcio se reconozca en sus respectivos Estados miembros de origen.

Ejemplo 4: Pareja germano-neerlandesa que vive en un tercer Estado Una pareja germano-neerlandesa vive en un tercer Estado desde hace muchos años. Su relación se deteriora y la esposa alemana quisiera divorciarse, preferiblemente ante un órgano jurisdiccional alemán. Sin embargo, no puede solicitar el divorcio en Alemania ni en ningún otro Estado miembro. Ninguno de los criterios de competencia del nuevo Reglamento de Bruselas II es aplicable, puesto que la pareja no es residente habitual en ningún Estado miembro y no tienen nacionalidad común. En tales circunstancias, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden invocar sus normas nacionales de competencia. Sin embargo, la esposa alemana no puede solicitar el divorcio en Alemania con arreglo a las normas alemanas de competencia, puesto que el marido neerlandés solamente puede ser demandado en Alemania según las normas de competencia del Reglamento, cuyo artículo 6 ofrece cierta protección a los demandados. Tampoco puede solicitar el divorcio en los Países Bajos, puesto que la legislación neerlandesa no establece normas internas de competencia en estas circunstancias. Por tanto, la esposa alemana no puede solicitar el divorcio en ningún Estado miembro. Su única esperanza es que los tribunales del tercer Estado sean competentes para conocer del asunto. Aun siendo ése el caso, puede ser difícil lograr que un divorcio pronunciado en el tercer Estado sea reconocido en Alemania. |

2.5. Riesgo de "carrera al tribunal"

La regla sobre litispendencia (véase el punto 3.6.3 del documento de trabajo adjunto) puede inducir a un cónyuge a solicitar el divorcio antes de que lo haga el otro cónyuge para impedir que los tribunales de otro Estado miembro adquieran la competencia ("carrera al tribunal"). Esto puede llevar a situaciones en que un demandante pida el divorcio en un Estado miembro particular para obtener cierto resultado, por ejemplo, eludir la aplicación de

una determinada legislación de divorcio. La "carrera al tribunal" puede tener consecuencias negativas para el demandado si da lugar a la aplicación de una legislación con la que no se siente estrechamente vinculado y que no tiene en cuenta sus intereses. Este riesgo queda ilustrado con el siguiente ejemplo:

Ejemplo 5: Marido polaco que va a trabajar a Finlandia Una pareja polaca, casada desde hace veinte años, vive en Polonia con sus hijos. El marido recibe una oferta interesante para trabajar en Finlandia dos años. La pareja acuerda que el marido acepte la oferta y que la esposa permanezca en Polonia. Al cabo de un año, el marido dice a su esposa que quiere divorciarse. Sabe que el proceso de divorcio según la legislación polaca es largo y que el tribunal debe establecer que el matrimonio ha fracasado total e irremediamente. Sin embargo, los tribunales finlandeses serían competentes según el nuevo Reglamento de Bruselas II, puesto que el marido ha vivido en Finlandia más de un año. Los tribunales finlandeses aplican la legislación finlandesa a los procedimientos de divorcio según el principio de la "lex fori". Como consecuencia, el marido polaco puede obtener el divorcio tras un período de consideración de seis meses, a pesar de las objeciones de su esposa. Como el marido quiere obtener un divorcio lo antes posible, acude al órgano jurisdiccional finlandés inmediatamente, que pronuncia el divorcio a los seis meses, a pesar de la fuerte oposición de la esposa. |¹⁸⁸

3.7.1 Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio

Como se señalara el Libro Verde tuvo como propósito realizar una amplia consulta a las partes interesadas sobre las cuestiones relativas a la legislación aplicable y la competencia en asuntos matrimoniales. En éste se describieron los problemas acotados y se elaboraron algunas soluciones posibles.

“El 14 marzo 2005, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó el “Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio”¹. Dicho Libro Verde fue objeto de observaciones realizadas por diversos Gobiernos y Ministerios de los Estados Miembro, así como por asociaciones de juristas y por particulares interesados. Con fecha 17 julio 2006, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó una “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”², conocida como “Propuesta de Reglamento Roma III”.

Desde esa fecha hasta julio de 2008, los representantes de los Estados miembros se han reunido en numerosas ocasiones en el seno del Comité

¹⁸⁸ Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (COM/2005/0082 final)

de Derecho Civil (Sección Roma III) y la propuesta se ha perfilado de modo muy notable”¹⁸⁹.

Respecto a la **ley aplicable** se propone:

“3.3. Ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir la legislación aplicable

Otra alternativa sería introducir una posibilidad limitada de que los cónyuges elijan la legislación aplicable en procedimientos de divorcio. La posibilidad de elegir la legislación aplicable podría aumentar la seguridad jurídica y la predictibilidad para los cónyuges, en particular, en los divorcios de mutuo acuerdo. Cierta autonomía de las partes también flexibilizaría más las normas en relación con las actuales, que en principio prevén solamente una posible solución. Por último, podría facilitar el acceso a los tribunales en ciertos casos. Esta solución sería particularmente útil cuando los cónyuges se divorcian de mutuo acuerdo, como en el ejemplo de la pareja italo-portuguesa (ejemplo 1) y la pareja italiana que vive en Alemania (ejemplo 2).

El principio de libertad de elección se ha utilizado cada vez más en convenios internacionales relativos a la elección de la legislación en el campo del Derecho contractual, pero en menor grado en Derecho de familia. Sin embargo, hay excepciones, como la reciente legislación belga sobre Derecho internacional privado, que permite a los cónyuges elegir entre la legislación de la nacionalidad de uno de los cónyuges o la legislación belga (es decir, la "lex fori")^[6].

Dejar a las partes una opción ilimitada podría dar cabida a la aplicación de una legislación "exótica" con la que las partes tengan escasa o nula vinculación. Por tanto, parecería preferible restringir la elección a determinadas legislaciones con las que los cónyuges estén estrechamente vinculados (por ejemplo, la nacionalidad de uno o ambos cónyuges, la última residencia habitual común o la "lex fori"). Una posibilidad sería restringir la elección a la legislación del Estado del foro ("lex fori"), para asegurar que no se obligue a los órganos jurisdiccionales a aplicar una legislación extranjera.

Obviamente, habría que seguir explorando las modalidades de la elección. Podría requerirse que ésta se consignara explícitamente y por escrito en el momento de presentación de la demanda de divorcio. También habría que considerar si se necesitarían salvaguardias especiales para proteger a un cónyuge contra la presión indebida del otro cónyuge para optar por una particular legislación. Igualmente podrían requerirse consideraciones especiales si los cónyuges tienen hijos.

La elección de una legislación por las partes implicaría obviamente la elección de las normas sustantivas del foro del divorcio, y no sus normas

¹⁸⁹ CALVO CARAVACA Alfonso Luis, La ley aplicable al Divorcio en Europa: El futuro Reglamento Roma III, en CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (Marzo 2009), Vol. 1, N° 1, pp. 36-71, ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

sobre Derecho internacional privado (exclusión de la llamada "remisión"). Lo contrario comprometería el objetivo de crear seguridad jurídica.¹⁹⁰

Sobre competencia

“3.4. Revisar los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 del Reglamento n° 2201/2003

Los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 del Reglamento del Consejo n° 2201/2003 se diseñaron originalmente para cumplir requisitos objetivos, corresponder a los intereses de las partes, implicar normas flexibles de tratar la movilidad y cubrir las necesidades de los individuos sin sacrificar la seguridad jurídica.[7]

Podría alegarse que las normas sobre competencia no cumplen enteramente estos objetivos. A falta de normas uniformes de conflicto de leyes, la existencia de varios criterios alternativos de competencia puede llevar a la aplicación de una legislación que no sea necesariamente la más cercana a los cónyuges (ejemplo 5). Por otra parte, los criterios de competencia pueden en ciertos casos no ser suficientemente flexibles para cubrir las necesidades de los individuos (ejemplo 3).

Una posibilidad podría ser revisar las normas de competencia. Sin embargo, habría que sopesar cuidadosamente las consecuencias de cualquier revisión. Por tanto, una restricción de los criterios de competencia puede tener consecuencias adversas en términos de flexibilidad y acceso a los tribunales, a menos que se dé a las partes la oportunidad de elegir el tribunal competente (véase el punto 3.6 infra). Por otra parte, añadir nuevos criterios de competencia puede exacerbar aún más la falta de seguridad jurídica.

Pregunta 10: Según su experiencia, ¿la existencia de varios criterios de competencia da lugar a una "carrera al tribunal"? Pregunta 11: ¿Cree que deberían revisarse los criterios de competencia? En ese caso, ¿cuál sería la mejor solución? |

3.5. Revisar la norma de competencia residual del artículo 7 del Reglamento n° 2201/2003

Otra cuestión es si debe revisarse la norma de competencia residual del nuevo Reglamento de Bruselas II. Las normas actuales pueden llevar a situaciones donde ningún órgano jurisdiccional de la Unión Europea o de ningún otro lugar sea competente para conocer de una demanda de divorcio (ejemplo 4). En caso de que un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea competente, la resolución de divorcio subsiguiente no se reconoce en la Unión Europea de

¹⁹⁰ Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (COM/2005/0082 final)

conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II, sino solamente de conformidad con el Derecho nacional o los tratados internacionales aplicables. Esto puede causar dificultades si posteriormente la pareja solicita el reconocimiento y desea que el divorcio se reconozca en sus respectivos países de origen.

Pregunta 12: ¿Considera que la armonización de las normas de competencia debe aumentarse y que el artículo 7 del Reglamento n° 2201/2003 debe derogarse o, al menos limitarse a los casos en que no haya ningún ciudadano de la UE envuelto? En caso afirmativo, ¿cómo deberían ser estas normas? |

3.6. Ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente

Otra vía podría ser permitir a los cónyuges decidir conjuntamente el órgano jurisdiccional competente en casos de divorcio ("prórroga de la competencia"). Permitir a las partes decidir conjuntamente que un órgano jurisdiccional o que los tribunales de determinado Estado miembro sean competentes en un proceso de divorcio entre ellos podría aumentar la seguridad jurídica y la flexibilidad y ser particularmente útil en casos de divorcio de mutuo acuerdo.

La prórroga de la competencia también podría resultar útil en situaciones en que los cónyuges no puedan acudir a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro bajo las actuales normas de competencia por no tener una nacionalidad o domicilio en común. Por ejemplo, permitiría a la pareja sueco-finlandesa que vive en Irlanda decidir conjuntamente que un órgano jurisdiccional finlandés o sueco fuera competente en su proceso de divorcio (ejemplo 3). Del mismo modo, permitiría a la pareja germano-neerlandesa que vive en un tercer Estado decidir de mutuo acuerdo el órgano jurisdiccional competente (ejemplo 4). El órgano jurisdiccional designado por las partes aplicaría la legislación designada con arreglo a sus normas nacionales sobre conflicto de leyes.

La posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente existe en varios instrumentos comunitarios. La prórroga es posible de conformidad con el artículo 23 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo. Del mismo modo, el artículo 12 del nuevo Reglamento de Bruselas II prevé una posibilidad limitada de elegir el órgano jurisdiccional competente en asuntos de responsabilidad parental.

La prórroga en los divorcios podría limitarse a los tribunales de los Estados miembros con los cuales los cónyuges tienen una vinculación estrecha, por ejemplo, en virtud de la nacionalidad o del domicilio de alguno de los cónyuges o su última residencia habitual común. Si los cónyuges tienen hijos, debería prestarse una atención especial para asegurar la coherencia de tales normas con la regla de la prórroga del artículo 12 del nuevo Reglamento de Bruselas II. Obviamente, habría que seguir examinando las modalidades y momento de la elección.

Pregunta 13: ¿Cuáles son los argumentos a favor y en contra de introducir la posibilidad de prórroga en casos de divorcio? Pregunta 14: ¿Debería la prórroga limitarse a determinadas competencias? Pregunta 15: ¿Cuáles deberían ser los requisitos formales para el acuerdo de prórroga de las partes? |

3.7. Introducción de la posibilidad de remitir un asunto

Como se ha mencionado supra (punto 2.5.), un cónyuge puede en determinadas circunstancias tener un motivo para “correr al tribunal” antes de que lo haga el otro cónyuge. Esto puede explicarse en parte por la norma sobre litispendencia del nuevo Reglamento de Bruselas II, que se ha criticado por su excesiva rigidez y por incitar a los cónyuges a “dar el primer golpe”. Una solución podría ser prever la posibilidad de remitir un asunto de divorcio, en circunstancias excepcionales, a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. El artículo 15 del nuevo Reglamento de Bruselas II establece tal posibilidad en los asuntos de responsabilidad parental.

Podría preverse la remisión en circunstancias excepcionales y bajo estrictos requisitos si un cónyuge solicita el divorcio en un Estado miembro, pero el demandado pide que el asunto se remita a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro basándose en que el matrimonio estaba establecido principalmente en ese Estado. Para salvaguardar la seguridad jurídica, el “centro de gravedad” de un matrimonio podría determinarse en función de una lista exhaustiva de factores de vinculación, que incluya, por ejemplo, la última residencia habitual común de los cónyuges si uno de ellos aún vive allí y la nacionalidad común de los cónyuges.

Está claro que deberían seguir detallándose las modalidades de un posible mecanismo de remisión para asegurar, en particular, que no fuera causa de retrasos excesivos. Las salvaguardias adicionales pueden ser necesarias si los procesos de divorcio están ligados a procesos sobre responsabilidad parental para garantizar la coherencia con el artículo 15 del nuevo Reglamento de Bruselas II.

La posibilidad de remitir un asunto podría solucionar los problemas que puedan suscitarse cuando un cónyuge solicite unilateralmente el divorcio contra la voluntad del otro cónyuge. Por ejemplo, permitiría a la esposa polaca mencionada en el ejemplo 5 solicitar al órgano jurisdiccional finlandés la remisión del asunto a un tribunal polaco alegando que dada la nacionalidad común polaca de los cónyuges y su última residencia habitual común, el “centro de gravedad” del matrimonio se sitúa en Polonia.”¹⁹¹

El documento en consulta denominado Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, fue objeto de un

¹⁹¹ Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (COM/2005/0082 final)

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *COM(2005) 82 final* (2006/C 24/08), cuyos principales acuerdos fueron los siguientes:

“1.15 El Comité aprueba las orientaciones de trabajo que propone el Libro Verde, aunque sugiere que se evite todo procedimiento de remisión a un tercer país cuando uno de los cónyuges tenga nacionalidad europea, sea cual sea la ley que rige el matrimonio.

1.16 Además del reconocimiento del divorcio, debe considerarse también la cuestión del reconocimiento de la nulidad del matrimonio y de la separación judicial. Los Derechos nacionales difieren en lo relativo a las condiciones y efectos de la nulidad (en particular en el problema del matrimonio putativo).

Por otra parte, aun cuando su propio Derecho nacional no prevea el divorcio, todos los Estados miembros han de reconocer en su territorio no sólo la validez de un divorcio obtenido en otro Estado miembro, sino también la totalidad de sus consecuencias jurídicas, patrimoniales y sobre el estado de las personas....

2.3 El problema se plantea especialmente cuando los cónyuges no tienen en común ni la nacionalidad ni la residencia o cuando, teniendo la misma nacionalidad, residen en un país distinto de aquél del que son nacionales.

C 24/22 ES Diario Oficial de la Unión Europea 31.1.2006

(2) En algunos Estados miembros basta con un período de seis meses de residencia continuada.

(3) Salvo la invocación de una posible reserva de orden público, que debería interpretarse en sentido estricto.

2.4 En tales situaciones, el Comité comparte la opinión de que debería dejarse a las partes una cierta flexibilidad para elegir cuál es el Derecho aplicable o para que la parte demandante pueda invocar sus expectativas en materia de Derecho aplicable o bien solicitar la remisión a otro órgano jurisdiccional con el cual el matrimonio tenga más vinculación objetiva.

En el caso de que el demandante invoque un órgano jurisdiccional y la legislación nacional ordinaria que éste aplica, y si, por su parte, el demandado invoca otro órgano jurisdiccional competente u otra legislación aplicable, la decisión previa relativa a la jurisdicción o a la legislación competente debería corresponder al tribunal de primera instancia al que recurrió en primer lugar el demandante y ser objeto de un procedimiento de urgencia.

2.5 Si el único factor de vinculación fuese la nacionalidad de una de las partes, el Reglamento obliga a recurrir a la competencia del tribunal de su lugar de residencia habitual, donde el Derecho aplicable podría no responder a sus expectativas conjuntas (por ejemplo, el deseo de aplicar el Derecho del país con el que el matrimonio tiene una mayor vinculación).

2.6 Así pues, debería dejarse un margen a la autonomía de la voluntad de las partes, en vez de tener que someterse a la aplicación mecánica de los criterios de vinculación. Por ejemplo, podría permitirse la elección entre la ley del país del que se tiene la nacionalidad y la ley del foro, aunque sin posibilidad de remisión.....

2.13 El Comité cree que la prórroga de competencias debería admitirse en caso de recurso conjunto, siempre que exista un criterio de vinculación respecto del foro elegido. Para la demanda conjunta de prórroga podría exigirse un documento público (notarial, etc.).¹⁹²

3.6.2. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003, por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial o Propuesta de Reglamento Roma III

En esta propuesta se pretende proporcionar un marco jurídico claro y completo con relación a los asuntos matrimoniales en la Unión Europea y ofrecer soluciones adecuadas a los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, predictibilidad, flexibilidad y acceso a los tribunales.

Dicho documento emergió de una consulta a las partes interesadas y evaluación de impacto

“La Comisión presentó un Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio el 14 de marzo de 2005. Este Libro Verde identificó una serie de deficiencias en la situación actual y señaló varias posibles opciones políticas para abordar los problemas. Entre tales opciones figuran el *statu quo*, la armonización de las normas de conflicto de leyes, la introducción de una posibilidad limitada de que los cónyuges elijan la ley aplicable, la revisión de los criterios de competencia numerados en el artículo 3 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, la revisión del artículo 7 sobre competencia residual del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, la introducción de una posibilidad limitada de que los cónyuges elijan el órgano jurisdiccional competente, la introducción de una posibilidad limitada de trasladar un asunto y, por último, una combinación de las diversas soluciones.

La Comisión recibió aproximadamente 65 aportaciones en respuesta a las preguntas del Libro Verde⁷.

En su dictamen de 28 de septiembre de 2005 sobre el Libro Verde, el Comité Económico y Social Europeo acogió satisfactoriamente esta iniciativa de la Comisión.

La Comisión organizó una audiencia pública el 6 de diciembre de 2005. Se celebró 6 COM (2005) 82 final.

¹⁹² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio» COM(2005) 82 final (2006/C 24/08)El Diario Oficial de la Unión Europea 31.1.2006

Posteriormente una reunión de expertos el 14 de marzo de 2006. Los debates giraron en torno a un documento de trabajo elaborado por los servicios de la Comisión.

En la mayoría de las respuestas se reconoció la necesidad de aumentar la seguridad jurídica y la predictibilidad, de introducir una autonomía limitada de las partes y de prevenir la "carrera a los tribunales". Algunas partes expresaron su preocupación ante la posibilidad de que la armonización de las normas de conflicto de leyes obligue a los órganos jurisdiccionales a aplicar una ley extranjera, con el consiguiente riesgo, para los procesos matrimoniales, de ulteriores retrasos y costes adicionales.

La consulta de las partes interesadas se ha tenido en cuenta a la hora de elaborar la presente Propuesta¹⁹³.

La presente Propuesta modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo por lo que se refiere a la competencia y la ley aplicable en materia matrimonial con el fin de lograr los siguientes objetivos

“• Consolidación de la seguridad jurídica y de la predictibilidad

La Propuesta introduce unas normas de conflicto de leyes armonizadas en materia de divorcio y separación judicial para permitir que los cónyuges puedan predecir fácilmente qué ley que se aplicará a su proceso matrimonial. La norma propuesta se basa en primer lugar en la elección de los cónyuges. Esta elección está circunscrita a las leyes con las que el matrimonio presenta una estrecha vinculación para evitar la aplicación de leyes "exóticas" poco o nada vinculadas a los cónyuges. A falta de elección, la ley aplicable se determina sobre la base de una escala de factores de vinculación que garantice que el proceso matrimonial se regirá por un ordenamiento jurídico con el que el matrimonio tenga una estrecha vinculación. Aumentará así considerablemente la seguridad jurídica y la predictibilidad para los cónyuges afectados, así como para los profesionales de la justicia.

• *Mayor flexibilidad mediante la introducción de una limitada autonomía de las partes*

Actualmente, el espacio dado a la autonomía de las partes en los asuntos matrimoniales es muy limitado. En principio, las normas nacionales de conflicto de leyes sólo prevén una solución en una situación determinada, como por ejemplo la aplicación de la ley de la nacionalidad común de los cónyuges o la ley del foro ("lex fori"). La propuesta flexibiliza el marco jurídico, ofreciendo a los cónyuges una posibilidad limitada de elegir (a) la ley aplicable y (b) el órgano jurisdiccional competente en los procesos de

¹⁹³ Bruselas, 17.7.2006, COM(2006) 399 final, 2006/0135 (CNS), Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, (presentada por la Comisión), {SEC(2006) 949}, {SEC(2006) 950}, p.6.

divorcio y separación judicial. El permitir a los cónyuges llegar a un acuerdo sobre estos asuntos podría resultar particularmente útil en los casos de divorcio por consentimiento mutuo. Se introducen especiales salvaguardias para garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección.

- **Garantizar el acceso a los tribunales**

La propuesta intenta asimismo mejorar el acceso a los tribunales en los procesos matrimoniales. La posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente en los procesos de divorcio y separación judicial ("prórroga de la competencia") mejorará el acceso a los tribunales para los cónyuges de distinta nacionalidad. La norma sobre la prórroga de la competencia se aplica independientemente de si la pareja vive en un Estado miembro o en un tercer Estado. Además, la propuesta aborda específicamente la necesidad de garantizar el acceso a los tribunales para los cónyuges de distinta nacionalidad que residen en un tercer Estado. La propuesta introduce una norma uniforme y completa sobre competencia residual para aumentar la seguridad jurídica y garantizar el acceso a los tribunales en asuntos matrimoniales para los cónyuges que residen en un tercer Estado pero quisieran que el proceso se desarrollara en un Estado miembro con el que tienen una estrecha vinculación.

- **Impedir la "carrera a los tribunales" por parte de uno de los cónyuges**

Por último, la propuesta aborda el problema de la "carrera a los tribunales" por parte de uno de los cónyuges, es decir, el caso en que un cónyuge solicita el divorcio antes de que el otro cónyuge lo haga para asegurarse así de que el proceso se regirá por una ley que favorezca sus propios intereses. Esto puede conducir a la aplicación de una ley con la que el demandado no se siente estrechamente vinculado, o que no tiene en cuenta sus intereses. Dificulta, además, los esfuerzos de reconciliación y deja poco margen para la mediación. Es probable que la introducción de unas normas de conflicto de leyes armonizadas reduzca considerablemente el riesgo de "carrera a los tribunales", puesto que cualquier órgano jurisdiccional de la Comunidad al que se acuda aplicaría la ley designada sobre la base de normas comunes".¹⁹⁴

El Comité Económico y Social Europeo emitió un dictamen sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se pretende

¹⁹⁴ Bruselas, 17.7.2006, COM(2006) 399 final, 2006/0135 (CNS), Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, (presentada por la Comisión), {SEC(2006) 949}, {SEC(2006) 950}, p.3-5.

modificar el Reglamento (CE) no 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial» COM(2006) 399 final.(2006/C 325/17)

“El 20 de septiembre de 2006, de conformidad con el artículo 262 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Consejo decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta mencionada. La Sección Especializada de Empleo, Asuntos Sociales y Ciudadanía, encargada de preparar los trabajos del Comité en este asunto, aprobó su dictamen el 7 de noviembre de 2006 (ponente: **Sr. Retureau**).

En su 431o Pleno de los días 13 y 14 de diciembre de 2006 (sesión del 13 de diciembre de 2006), el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado por 108 votos a favor, 2 en contra y 1 abstención el presente¹⁹⁵

“2. Propuestas de la Comisión

2.1 La Comisión acaba de presentar al Consejo dos iniciativas relativas a la legislación aplicable en materia matrimonial. La primera se refiere a la separación de las parejas casadas y propone modificaciones del Reglamento no 2201/2003, que entró en vigor el 1 de enero de 2005. La segunda aborda la cuestión del reparto de los bienes comunes, independientemente de que se trate de la liquidación del régimen matrimonial o de una separación, ya sea de parejas unidas mediante un contrato distinto del matrimonio o de parejas de hecho.

2.2 El fundamento jurídico de la propuesta es la letra c) del artículo 61 del Tratado, que confiere a la Comunidad atribuciones para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, según lo previsto en el artículo 65.

2.3 En relación con estas dos iniciativas, el Comisario Frattini ha afirmado que *simplificarán la vida a las parejas en la UE (...). Mejorarán la seguridad jurídica y permitirán a los cónyuges saber qué legislación se aplicará a su régimen matrimonial y a su divorcio. El objetivo no es armonizar las legislaciones nacionales en materia de divorcio, que son muy variadas, sino garantizar la seguridad jurídica, la flexibilidad y el acceso a la justicia.*¹⁹⁶

¹⁹⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial» COM(2006) 399 final (2006/C 325/17)

¹⁹⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial» COM(2006) 399 final (2006/C 325/17)

3.4 El Comité ya emitió un dictamen sobre la legislación aplicable en materia de divorcio con ocasión de la reciente presentación del Libro Verde dedicado a la cuestión y, por tanto, su opinión sobre la actual propuesta se basa esencialmente en dicho dictamen. El Comité, una vez más, subraya la importancia del Reglamento en cuestión para los cónyuges de diferente nacionalidad, ya que clarifica y simplifica las condiciones de acceso a los tribunales y la libre circulación de las sentencias judiciales en el mercado interior.

3.5 El Comité subraya que la propuesta admite dos situaciones diferentes dependiendo de que los cónyuges estén o no de acuerdo en relación con la competencia y la legislación aplicable, y destaca que el Reglamento modificado ofrece ventajas notables y una mayor flexibilidad en el primer caso, mientras que en el segundo aplica un modelo bastante mecánico. En esto, la propuesta difiere de las situaciones contempladas en el Libro Verde sobre el divorcio, que proponía soluciones más flexibles en caso de desacuerdo entre los cónyuges. El Comité habría deseado que se antuviera esta noción de flexibilidad, pero reconoce que la propuesta de la Comisión es más sencilla e impide que se dilaten los procedimientos.¹⁹⁷

3.6 La propuesta permite la «prórroga de la competencia» en caso de acuerdo de las partes sobre este punto. La propuesta excluye por completo el procedimiento de remisión, que el Comité, no obstante, consideraría aceptable en determinadas condiciones (competencia del primer tribunal al que se haya solicitado la remisión, juez del procedimiento de urgencia), como señaló ya en su dictamen sobre el Libro Verde relativo al divorcio.¹⁹⁸

Resumen observación

1.3 Quizá hubiese resultado más lógico tratar, por una parte, todas las consecuencias que se derivan de la disolución del vínculo matrimonial y de la custodia de los hijos comunes en un Reglamento no 2201/2003 completo, y, por otra, y en un nuevo reglamento, todas las consecuencias de la separación de las parejas que, no habiendo contraído matrimonio, vivan en un régimen contractual o sean parejas de hecho. Sin duda se habría mejorado así la claridad y la inteligibilidad de la legislación aplicable y se habría facilitado el reconocimiento de las resoluciones judiciales, que con frecuencia regulan todas las condiciones y consecuencias del divorcio o de la separación mediante una única sentencia definitiva.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 Ob. Cit.

¹⁹⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, Ob. Cit.

¹⁹⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, Ob. Cit.

4. Observaciones particulares

4.1 El hecho de que la Comisión presente dos iniciativas distintas es resultado de la diferencia de alcance del ámbito de aplicación *rationae personae* de cada una de las propuestas legislativas.

La propuesta relativa al reparto de bienes se refiere a todas las parejas, casadas o no.

4.2 No obstante, cabe preguntarse qué interés tiene hacer esta distinción. En efecto, la liquidación del régimen matrimonial requiere soluciones específicas, en función del régimen de que se trate (régimen legal sin contrato matrimonial o régimen contractual legal) y de las posibles donaciones entre cónyuges, que pueden obedecer a disposiciones específicas respecto de otras donaciones, en particular en materia de herencia.

4.3 Quizá hubiese sido más lógico tratar, por una parte, todas las consecuencias, incluidas las de tipo económico, que se derivan de la disolución del vínculo matrimonial y de la custodia de los hijos comunes en un Reglamento no 2201/2003 completo, y, por otra, y en un nuevo reglamento, todas las consecuencias de la separación de parejas –en su caso, del mismo sexo– que, no habiendo contraído matrimonio, vivan en un régimen contractual (como el PACS, en Francia) o sean parejas de hecho (concubinato).

4.4 Sin duda se habría mejorado así la claridad y la inteligibilidad de la legislación aplicable y se habría facilitado el reconocimiento de las resoluciones judiciales, que con frecuencia regulan todas las condiciones y consecuencias del divorcio o de la separación mediante una única sentencia, sobre todo si se tiene en cuenta que debe resolverse también la situación de los hijos de las parejas «atípicas», y no sólo la de sus bienes. Bruselas, 13 de diciembre de 2006.

El Presidente

del Comité Económico y Social

Dimitris DIMITRIADIS

C 325/72 ES Diario Oficial de la Unión Europea 30.12.2006 ²⁰⁰

²⁰⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, Ob. Cit.

3.7.1 Libro Verde el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, 17.07.2006 COM(2006) 400 final **LIBRO VERDE SOBRE EL CONFLICTO DE LEYES EN MATERIA DE RÉGIMEN MATRIMONIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y RECONOCIMIENTO MUTUO** (presentado por la Comisión) {SEC(2006) 952}

La adopción de un instrumento europeo en materia de "regímenes matrimoniales" ya figuraba entre las prioridades del Plan de acción de Viena 2 de 1998. El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³, adoptado por el Consejo y la Comisión a finales del año 2000, preveía la elaboración de un instrumento sobre la competencia jurisdiccional y el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de "regímenes matrimoniales y consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas". El Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004, que estableció como primera prioridad la aplicación de este Programa de reconocimiento mutuo, así como el Plan de acción del Consejo y la Comisión relativo a dicha aplicación, invitaba a la Comisión a presentar un Libro Verde sobre "el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que incluya la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo"^{4 5}. Con el fin de abordar todos los aspectos patrimoniales del Derecho de familia, el Libro Verde incluye las cuestiones que afectan tanto al ámbito de los regímenes matrimoniales como al de los efectos patrimoniales de las otras formas de unión existentes. En efecto, en todos los Estados miembros son cada vez más numerosas las parejas que se forman al margen de todo vínculo matrimonial. Para tener en cuenta esta nueva realidad social, el citado Programa de reconocimiento mutuo se refiere a la necesidad de tratar asimismo la cuestión de las consecuencias patrimoniales de la separación de las parejas no casadas. El espacio de justicia debe en efecto responder a las necesidades concretas de los ciudadanos.²⁰¹

Como se puede advertir en el proceso integrador europeo relativo a estas materias matrimoniales hay una vorágine de esfuerzos tendentes a su evolución, desde las normas que fijan comunitariamente los criterios de competencia judicial internacional, a la unificación de factores de conexión en las materias familiares, así como a un esfuerzo unificador de su

²⁰¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Bruselas, 17.07.2006 COM(2006) 400 final **LIBRO VERDE SOBRE EL CONFLICTO DE LEYES EN MATERIA DE RÉGIMEN MATRIMONIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y RECONOCIMIENTO MUTUO** (presentado por la Comisión) {SEC(2006) 952}

regulación sustantiva, comprendiendo las dificultades que ello importa por su diversidad en comunidad y ello lo podemos comprobar en la siguiente cita, que patentiza la concurrencia e incluso simultaneidad en propuestas de renovación reglamentaria.

“El 17 de julio de 2006, la Comisión presentaba en Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, que, por su propia naturaleza, no puede calificarse como un logro de la unificación del DIPr de familia en el seno de la UE, pero que sí permite vislumbrar el futuro de este proceso.....

No es casual que, el mismo día, la Comisión presentara una propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, y unos meses antes, hubiera publicado un Libro Verde sobre sucesiones y testamentos.

Sin duda, parafraseando a P. Lagarde, la codificación del DIPr comunitario en materia de familia, ha dejado de ser una *conjetura*, pues nos encontramos en la fase de pleno desarrollo de este proceso armonizador”²⁰²



²⁰² Vaquero López, Carmen, Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia, en Anuario Español de Derecho Internacional Privado, tomo VI, Iprolex, 2006., p. 195,196.

CAPÍTULO IV

SELECCIÓN COMPARADA DE SENTENCIAS SOBRE DETERMINACIÓN DE CJI DIRECTA A PROPÓSITO DEL DIVORCIO INTERNACIONAL

4.1. Aspectos metodológicos del estudio de casos.

4.1.1 Criterios para la selección de las sentencias y ordenamientos extranjeros examinados

Se han considerado:

- 1- Dentro de los Estados miembros de la Comunidad se ha identificado aquellos países con los cuales nuestros nacionales tienen un movimiento migratorio significativo y en consecuencia presentan mayor incidencia aplicativa a nivel judicial.
- 2.- Se ha seleccionado países regulados por un sistema legal de Derecho Internacional Privado.
- 3.- Se examinarán sentencias relativas a CJI sobre divorcio de Alemania y España.

4.1.2 Características de la muestra:

Las sentencias extranjeras seleccionadas corresponden a las copias de las traducciones de las sentencias de origen, acompañadas a las solicitudes de reconocimiento de sentencias extranjeras, tramitados ante la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, conservadas en parte en sus archivos. Se ha revisado además, una muestra aleatoria de 250 expedientes, que corresponden a procesos tramitados ante dicho órgano jurisdiccional entre los años 1997 a 2009.

En el caso de las sentencias españolas y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se consideró necesario incorporar a las resoluciones en examen las publicadas en la Revista Española de Derecho Internacional correspondiente a los años 2004 a 2008, así como el Anuario Español de Derecho Internacional Privado del año 2006, como también en algunas hojas web en internet.

4.1.3. Características del análisis:

A partir del estudio del Reglamento Comunitario 2201/2003 o Bruselas Bis, se presentarán las particularidades de los ordenamientos tanto Alemán como Español relativo a Derecho internacional Privado, Derecho Civil y Procesal Civil, insertando las sentencias seleccionadas, sumilladas y sistematizadas, para luego en la parte del análisis realizar un comentario comparado de dichas regulaciones y experiencias judiciales con la nuestra, desde el examen de algunos casos prácticos con supuestos similares, que han merecido respuestas judiciales divergentes o similares desde el punto de vista del Derecho a la Tutela Jurisdiccional.

4.2. Alemania

4.2.1. Régimen jurídico sobre competencia judicial internacional

Pluralidad de fuentes normativas:

a) Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis), (Examinado en el capítulo precedente).

b) Código Procesal Civil alemán (ZPO):

El Código Procesal Civil alemán (ZPO)²⁰³ en su libro 6, Procesos en materia de Familia, en su Parte 1, Disposiciones generales para lo procesos en materia matrimonial en el artículo 606a regula lo relativo a competencia judicial internacional.

- 1) Para los procesos matrimoniales son competentes los juzgados y tribunales alemanes:

Quando uno de los cónyuges sea alemán o lo fuera al tiempo de celebrarse el matrimonio;

Quando ambos cónyuges tengan su residencia habitual en Alemania;

Quando uno de los cónyuges sea apartida con residencia habitual en Alemania; o

Quando uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en Alemania, salvo que la resolución judicial no pudiera ser reconocida conforme al derecho del país al que pertenezca alguno de los cónyuges.

Esta competencia no es exclusiva.

²⁰³ PEREZ RAGONE, Alvaro y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, Código Procesal Civil alemán. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo, Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamerica, 2006, p. 312, 313.

c) Regulación convencional.

No existe convenio sobre temas vinculados a la competencia judicial internacional entre Perú y Alemania.

4.2.2. Selección de sentencias alemanas relativas a competencia judicial internacional

a.- Casos resueltos durante la vigencia de los Reglamentos Comunitarios

Juez alemán se declara competente internacionalmente para conocer del divorcio de una ciudadana peruana y un ciudadano alemán, cuya residencia habitual se encuentra en Alemania, en atención a lo dispuesto por el Reglamento de la Comunidad Europea N° 2201/2003

1.- Exp.:984 F 364/06 Fecha: 24 de mayo del 2007.²⁰⁴

“El Juzgado de Primera Instancia de Hamburgo- St Georg, División 984, en base al acuerdo tomado en la audiencia del 24 de mayo del 2007, presidida por el juez Dr. Müller- Horn del Juzgado de Primera Instancia.

Ha resuelto lo siguiente:

Se disuelve el vínculo matrimonial contraído por las partes el 13 de setiembre del 2003 ante el funcionario del Registro Civil de Lima, Perú.....

Antecedentes

Las partes han contraído matrimonio, tal como se indica en la sentencia. La cónyuge es de nacionalidad peruana. El cónyuge es de nacionalidad alemana.

Ambas partes tienen su residencia habitual dentro de Alemania.

Las partes viven separadas desde octubre del 2006.

En octubre 2006, la cónyuge reveló a su marido que había empezado una relación con otro hombre, del cual además esperaba un hijo.

El matrimonio no tuvo hijos en común.

Las partes expresan que no están dispuestas a retornar la vida conyugal.

El cónyuge solicita la disolución del vínculo matrimonial.

La cónyuge está de acuerdo con la petición.

Las partes han sido escuchadas en persona, tal como estipulado en el &613 del Código procesal Civil. Se remite a las actas de la audiencia.

²⁰⁴ Exp. 00354- 2008 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

Con respecto a las consecuencias del divorcio, las partes han llegado a un acuerdo, el cual consta en actas judiciales, según el cual renuncian mutuamente a una pensión de alimentos.

Fundamentos de la sentencia

La solicitud de divorcio es procedente.

Este Juzgado tiene facultades internacionales en relación a este divorcio, ya que ambos cónyuges tiene su residencia habitual en Alemania (Artículo 3, párrafo 1, inciso a 1, punto sobre el reglamento de la Comunidad Europea N° 2201/2003).

La jurisdicción del Juzgado de Hamburgo – St Georg – Juzgado de familia- resulta como consecuencia de que la última residencia habitual conjunta de las partes estuvo ubicada en el distrito del presente juzgado y que por lo menos una de las partes residía habitualmente en el distrito de este juzgado al momento de iniciarse el proceso.
(& 606, párrafo 2, oración 1 del código Procesal Civil Alemán).

II.

La solicitud de divorcio está también fundamentada.

La sentencia se rige por el derecho alemán.

Pues los cónyuges no tuvieron una nacionalidad en común y tienen su residencia habitual dentro del país (art 17,14, párrafo 1, inciso 1 del Libro Introdutoria del Código Civil Alemán en la versión publicada el 21 de setiembre de 1994, ojetín legislativo I 1994 de la República Federal Alemana, pag. 2494).

Según el &1565, párrafo 1 del Código Civil Alemán aplicable en este caso, un matrimonio que ha fracasado debe ser disuelto en caso de ser solicitado ello.

Si los cónyuges no viven separados por lo menos un año, el vínculo matrimonial sólo puede ser disuelto, si la continuación del matrimonio puede ser considerada totalmente inadmisibile para el demandante, por causas relacionadas a la persona del otro cónyuge. El matrimonio ha fracasado, cuando la convivencia matrimonial de los cónyuges ha concluido y no se puede presumir que se restituya. En base a los alegatos presentados por la demandante, el Juzgado se ha convencido de que estas condiciones están dadas. Las partes viven separadas hace más de año y medio. Ambas partes han expuesto fehacientemente, que no quieren restituir de ninguna manera el vínculo matrimonial.

La circunstancia de que la cónyuge hay quedado embarazada de otro hombre antes de concluir el año de separación justifica en este caso que se suponga que es totalmente inadmisibile mantener el matrimonio y que por lo

tanto se acepte la disolución del vínculo matrimonial antes del término del año de separación (cfr OLG Frankfurt, Resolución del 06 de junio del 2005, expediente N^o 1 WF 89/05)”

En el mismo sentido se pronunció:

2.- N^o de registro: 512 F 00483/7, fecha: 21 de marzo de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia de Munich. ²⁰⁵

3.- N^o de registro: 15 F 3729/09, fecha: 17 de setiembre de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia de Pankow/Weibensee. ²⁰⁶

Juez alemán se declara competente internacionalmente para conocer del divorcio de una ciudadana peruana y un ciudadano peruano, cuya residencia habitual del demandado se encuentra en Alemania, en atención a lo dispuesto por el Reglamento de la Comunidad Europea N^o 2201/2003, aplica para resolver el divorcio la legislación peruana sobre la materia.

3.- Exp: 2F 84/07 S Fecha: 23 de agosto del 2007. ²⁰⁷

Sentencia

El juzgado de Primera Instancia de Burgdorf, representado por la Jueza del Juzgado de Primera Instancia Kühn, habiéndose realizado juicio oral en fecha 23 de agosto del 2007, **ha resuelto:**

I. declarar disuelto el vinculo existente entre las partes en virtud del matrimonio celebrado por ante el Registrador del Registro Civil de Miraflores, Lima (Perú) el 11 de abril del 2003, y asentado en la Partida de Matrimonio 00646392.

II ordenar que no se disponga compensación de las expectativas a fondos previsionales

III disponer que ambas partes sufraguen las costas del proceso.

Divorcio

Hechos

²⁰⁵ Exp. 00119- 2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

²⁰⁶ Exp. 00052- 2010 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

²⁰⁷ Exp. 01095- 2008 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

Los dos cónyuges son de nacionalidad peruana.

Al momento en que se corrió traslado de la demanda de divorcio, uno de los cónyuges el demandado, vivía habitualmente en Alemania; el otro, en los Estados Unidos (EE.UU.). La última residencia común habitual de los cónyuges estuvo fijada en el extranjero, pero no en los Estados Unidos (EE.UU.).

Contrajeron matrimonio el 11 de abril del 2003.

La cónyuge demanda
el divorcio

La cónyuge está de acuerdo con que se declare el divorcio.

En el interrogatorio se ha establecido que los cónyuges viven separados desde hace por lo menos un (1) año, pero aún no tres años.

Ninguno de los dos cónyuges está dispuesto a retomar la comunidad conyugal.

Observando el Párrafo (sic.) 630 del Código Procesal Civil, los cónyuges se han puesto de acuerdo en relación a los aspectos derivados del divorcio.

En cuanto a los detalles se remite al Acta del juicio oral.

Considerandos

El Juzgado al cual se ha recurrido es competente internacionalmente de conformidad con el Art. 3 de la Directiva UE N° 2201/2003 del 27 de noviembre del 2003, sobre la Competencia y el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial y en Procedimientos relativos a la Responsabilidad Paterna, y sobre la Derogación de la Directiva (UE) N° 1347/2000.

A tenor del Artículo 17, Párrafo 1, Inciso 1 de la Ley Introductoria al Código Civil en concordancia con el artículo 14, Párrafo 1, Numeral 1 de la Ley Introductoria al Código Civil, ciertamente corresponde en sí aplicar la legislación del país al cual los dos cónyuges pertenecen o han pertenecido durante el matrimonio.

Se aplicaría el derecho de divorcio reglamentado en los Artículos 349, 333, Numerales 1-12 del Código Civil Peruano del 24 de julio de 1984 (CC).

A tenor de los Artículos 2081, 2082 CC, el derecho a divorcio y los aspectos derivados del divorcio se sujetan al derecho aplicable en el lugar de residencia del matrimonio. De vivir los cónyuges separados, se considera decisiva la última residencia común (Artículo 36 CC). Se aplica entonces el principio del domicilio.

Correspondía declarar el divorcio de las partes con arreglo a los Párrafos (sic.) 1564, 1565, Párrafo 1 del Código Civil en concordancia con el Párrafo (sic.) 1566, Párrafo 1 del Código Civil, en vista de que las partes viven separadas desde hace más de un (1) año, y porque se cumplen los

requisitos contemplados en el Párrafo (sic.) 630 del Código Procesal Civil para el caso de divorcio por mutuo disenso.

A tenor del Artículo 17, Párrafo 1, Inciso 1 de la Ley Introductoria al Código Civil en concordancia con el Artículo 14, Párrafo 1, Numeral 1 de la Ley Introductoria al Código Civil, ciertamente corresponde en sí aplicar la legislación del país al cual los dos cónyuges pertenecen o han pertenecido durante el matrimonio.

Se aplicaría el derecho de divorcio reglamentado en los Artículos 349, 333, Números 1-12 del Código Civil Peruano del 24 de julio de 1984 (CC).

A tenor de los Artículos 2081, 2082 CC, el derecho a divorcio y aspectos derivados del divorcio se sujetan al derecho aplicable en el lugar de residencia del matrimonio. De vivir los cónyuges separados, se considera decisiva la última residencia común (Artículo 36 CC). Se aplica entonces el principio domicilio.

Correspondía declarar el divorcio de las partes de conformidad con los Párrafos (sic.) 1564, 1565 del Código Civil por cuanto el matrimonio ha fracasado. Ello se concluye de las declaraciones fiables de las partes acerca del tiempo que están separadas y la negativa a restituir la comunidad conyugal.

Compensación de las expectativas a fondos previsionales

Fundamentos

De conformidad con el Artículo 17, Párrafo 3, Inciso 1 de la Ley Introductoria al Código Civil corresponde aplicar el derecho de la Compensación de las expectativas a fondos previsionales, en razón de que el divorcio está sujeto a la legislación alemana.

Sin embargo, ya que la legislación del país de origen de los cónyuges no conoce una compensación de las expectativas a fondos previsionales y considerando que ninguna de las partes ha solicitado que se realice la compensación de las expectativas a fondos previsionales, al amparo del Artículo 17, Párrafo 3, Inciso 1, segundo punto, de la Ley Introductoria al Código Civil, no ha lugar a una compensación de las expectativas a fondos previsionales.

Costas

El pago de las costas se ordena de conformidad con el Párrafo (sic.) 93a del Código Procesal Civil.

El pago de las costas significa que las partes deben sufragar cada una el 50% de las costas judiciales, y que cada una de ellas se encargue de pagar sus costas extrajudiciales”.

Juez alemán se declara competente internacionalmente para conocer del divorcio de un ciudadano peruano y una ciudadana alemana, cuya residencia habitual se encuentra en Alemania, en atención a lo dispuesto por el Reglamento de la Comunidad Europea N°

1347/2000, del Consejo del 29 de mayo del 2000 conocido como Bruselas II, sobre la facultad y el reconocimiento de fallos en asuntos conyugales y en procesos concernientes a la responsabilidad de los padres sobre los hijos comunes de los cónyuges. (Este Reglamento fue sustituido desde el 1 de marzo del 2005 por el reglamento 2201/2003 conocido como Bruselas II bis, actualmente vigente).

4.- Exp: 511 F 08582/04 Fecha: 24 de mayo del 2007. ²⁰⁸

El Juzgado de Munich presidido por la jueza del Juzgado, Sra. Reichert, en base a la audiencia del 17 de noviembre del 2004 en nombre de la Nación ha resuelto:

SENTENCIA FINAL

1. Se disuelve el vínculo matrimonial contraído por las partes el 04 de setiembre de 1992 ante el funcionario del registro Civil de Munich IV (Partida de Matrimonio N^a 906)
2. No se fija pensión compensatoria.
3. los gastos del proceso se anularán recíprocamente.

MOTIVOS

Antecedentes:

Las partes han contraído matrimonio el 04 de setiembre de 1992 ante el funcionario del Registro Civil de Munich IV (Partida de Matrimonio N^a 906) El demandante es de nacionalidad peruana, la demandada es de nacionalidad alemana.

Durante el matrimonio nació el hijo Paul Enzo henning de Souza, el 12 de Octubre de 1993, el cual es aún menor de edad.

Las partes viven separadas desde setiembre del 2000.

La solicitud de divorcio le fue entregada a la demandada el 13 de octubre del 2004. En ese momento la demandada junto con el hijo de ambas partes tenía como domicilio habitual el distrito del Juzgado de Munich (& 606, párrafo 1, inciso 2 del Código Procesal Civil alemán).

El demandante declara que el matrimonio ha fracasado y solicita que se disuelva el vínculo matrimonial. La demandada acepta la solicitud de divorcio.

La celebración del matrimonio y la nacionalidad de las partes se han verificado por medio de las partidas legalizadas.

El Juzgado ha escuchado personalmente a la demandada según lo establecido en el % 613, párrafo 1, inciso 1.1 del código Procesal Civil Alemán.

Ninguna de las partes ha interpuesto una demanda por patria potestad. La demandada ha declarado durante la audiencia, que las partes están de acuerdo en cuanto al trato.

²⁰⁸ Exp. 00906- 2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

Las partes han llegado a un acuerdo sobre las consecuencias del divorcio mencionadas en el párrafo 1, N° 3 del &630 del Código procesal Civil Alemán. Respecto al mismo se hace referencia al certificado del 24 de agosto de 1992 de la Notaría Rüdiger Graf zu Castell en Munich. (N° de certificado 1706/92).

Fundamentación de la sentencia:

La solicitud de divorcio es procedente. El Juzgado de Primera Instancia en Munich tiene facultades internacionales y locales (Artículo 2 de la Resolución (CE) N° 1347/2000 del Consejo del 29 de mayo del 2000 sobre la facultad y el reconocimiento de fallos en asuntos conyugales y en procesos concernientes la responsabilidad de los padres sobre los hijos comunes de los cónyuges, & 606 del Código Procesal civil Alemán).

El divorcio se rige por el Derecho alemán. Ambas partes tuvieron su residencia habitual en la república Federal de Alemania durante su matrimonio y uno de los cónyuges sigue teniendo su domicilio habitual aquí (artículo 17, párrafo 1, pág 1; 14 párrafo 1, N° 2 de la Ley Introdutoria al Código Civil Alemán).

La solicitud está fundamentada, porque el matrimonio de las partes ha fracasado (&1584, párrafo 1,3; 1565, párrafo 1, 1 del Código Civil Alemán).

En base al resultado de la Audiencia el Juzgado está convencido de que las partes están separadas en el sentido del & 1567 del Código Civil Alemán desde setiembre del 2000.

Hace más de tres años que ya no existe una vida conyugal. El matrimonio debe separarse porque irrefutablemente se puede suponer que ha fracasado (& 1566, párrafo 2 del Código Civil Alemán)

No se ha presentado ningún argumento a favor de que por razones excepcionales sea necesario, según el &1568 del Código Civil Alemán, que el vínculo matrimonial subsista por el bien del niño menor nacido en el matrimonio, ni es de suponer que ocurra.

II PENSIÓN COMPENSATORIA

No hay lugar a una pensión compensatoria, porque las partes lo han rechazado en un contrato notarial según & 1408, párrafo 2, 1 del Código Civil Alemán y dado que la solicitud de disolución del vínculo matrimonial se presentó recién pasado un año (&1408, párrafo 2, 2 del código Civil Alemán)".

b.- Casos resueltos antes de la vigencia de los Reglamentos Comunitarios:

Juez alemán se declara competente internacionalmente para conocer del divorcio de una ciudadana peruana y un ciudadano alemán, cuya residencia habitual se encuentra en Alemania, en atención a lo dispuesto por el art. 606ª inciso 1 Nr. 1 ZPO (código Procesal Civil)

5.- Exp.: 281 F 114/96 Fecha: 26 de setiembre de 1996.²⁰⁹

“El Juzgado de Primera Instancia de Hamburgo, Departamento 281, por intermedio del Juez Kusche del Juzgado de Primera Instancia ha juzgado en base a la audiencia del 26.9.96:

El matrimonio contraído ante el funcionario del Registro Civil en Hamburgo-Norte el 31.3.93 se divorcia.

No se realiza una compensación de alimentos.

El acuerdo de las partes respecto a la compensación de alimentos queda autorizado.

Las costas del litigio serán compensadas entre las partes.

Determinación de los hechos

Tal como se indica en la sentencia, las partes han contraído matrimonio.

La cónyuge tiene nacionalidad peruana, el cónyuge es de nacionalidad alemana.

Ambas partes tiene su residencia permanente en el país.

Desde Octubre de 1993, las partes viven por separadas. En aquel entonces la cónyuge se mudó del departamento conyugal.

Las partes no tiene hijos en común de este matrimonio.

La cónyuge está de acuerdo con esto.

La demanda de divorcio se ha notificado el 21.08.96.

Para el régimen de las consecuencias del divorcio, celebraron un convenio de compensación el 20.6.96 ante la oficina pública de asesoría legal y conciliación en Hamburgo, en el cual desisten mutuamente a los alimentos y se pusieron de acuerdo con respecto a la situación jurídica del departamento y enseres conyugales.

El 24.7.1996 firmaron un acuerdo notarial en el cual reglamentan la compensación por alimentos.

El Juzgado ha escuchado a ambas partes de manera personal. Se hace referencia al acta.

Conclusiones de Ley

I.

La demanda de divorcio es admitida.

²⁰⁹ Exp. 01881- 1997 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

Este juzgado es internacionalmente competente ya que uno de los cónyuges, es decir el cónyuge es alemán (Art. 606ª inciso 1 Nr. ZPO (Código Procesal Civil)).

La competencia del Juzgado de Primera Instancia de Hamburgo –Juzgado de familia- resulta del hecho que el último domicilio permanente común de las partes fue en el Distrito de este Juzgado y que – en la fecha de la litispendencia – por lo menos una de las partes residía en el Distrito de este Juzgado (Art. 606 inciso 2 Párrafo 1 ZPO (Código Procesal Civil)).

II

La demanda de divorcio también está fundamentada.

La decisión está de acuerdo al derecho alemán, ya que los cónyuges no tenían una nacionalidad común durante el matrimonio y tiene su residencia permanente en el país. (Art, 14 Inciso 1 Nª 2 1.Alt. EG BGB).

De acuerdo con el artículo 1565 inciso 1 del Código Civil Alemán (BGB), a solicitud, un matrimonio que ha fracasado, debe obtener el divorcio.

El matrimonio ha fracasado cuando ya no existe la vida conyugal y no es de esperarse que las partes la reanuden.

El Juzgado está convencido que estas condiciones previas están dadas. Las partes viven separadas por más de un año. Las partes han declarado de manera fehaciente que de ninguna manera desean reanudar la vida conyugal.

La admisión del acuerdo referente a la compensación por alimentos se basa en el artículo 1587 o BGB (Código Civil)

La decisión sobre las costas del proceso se basa en el artículo 93ª inciso 1 S.1 ZPO (Código Procesal Civil)".

En el mismo sentido se pronunciaron:

6.- N° de registro: F 00277/00, fecha: 30 de agosto de 2000, por el Juzgado de Leonberg.²¹⁰

7.- N° de registro: 513 F 7326/98, fecha: 27 de enero de 1999, por el Juzgado de Primera Instancia de Munich.²¹¹

8.- N° de registro: 169 F 3929/97, fecha: 11 de setiembre de 1997, por el Juzgado de Primera Instancia de Tempelhof- Kreuzberg.²¹²

9.- N° de registro: 544 F 1779/97, fecha: 7 de mayo de 1997, por el Tribunal Municipal de Manchen.²¹³

²¹⁰ Exp. 00215- 2001 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²¹¹ Exp. 00211- 2008 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²¹² Exp. 00064- 1997 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

10.- N ° de registro: 18 F 3452/95, fecha: 11 de setiembre de 1996, por el Juzgado de Primera Instancia de Pankow/ Weissensee.²¹⁴

11.- N ° de registro: 47 F 129/91, fecha: 21 de enero de 1992, por el Juzgado de Primera Instancia de Friburgo en Brisgovia.²¹⁵

Juez alemán se declara competente internacionalmente para conocer del divorcio de un ciudadano peruano y una ciudadana española, cuya residencia habitual de ambos cónyuges se encuentra en Alemania, en atención a lo dispuesto por el artículo 606, párrafo 2, 1º frase, Ley de Enjuiciamiento Civil de Alemania (o Código Procesal Civil Alemán ZPO), aplica para resolver el divorcio la legislación alemana sobre la materia.

12.- Exp: 4F 25/02 Fecha: 1 de agosto del 2002.²¹⁶

“En los autos de juicio oral del 1ª de agosto 2002, seguido en el Juzgado de PRIMERA INSTANCIA EN LO FAMILIAR con sede en 76133 Karlsruhe, el Juez, Sr. Batz, ha dictado la siguiente sentencia:

Se declara disuelto por divorcio el matrimonio contraído por las partes el día 22 de febrero de 1977 ante el oficial de Registro Civil en Lima (Perú).

Las costas del proceso se repartirán equitativamente entre las partes.

Antecedentes y fundamentos de derecho **Divorcio del matrimonio**

Como se desprende de la parte dispositiva de la sentencia (número 1), las partes contrajeron matrimonio el 22 de febrero de 1997, siendo entonces ambas partes de estado civil soltero.

La solicitante es de nacionalidad española, el oponente es de nacionalidad peruana.

De dicho matrimonio no hubo descendencia.

Ambas partes viven separadas desde el mes de julio de 2000, fecha en la cual la cónyuge pasó a residir a otro domicilio distinto del que fuera hasta entonces el domicilio conyugal, situado este último en el inmueble de Erprinzenstrasse 20, Karlsruhe. Por su parte, el cónyuge aún sigue viviendo en dicho domicilio.

²¹³ Exp. 00022- 1997 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²¹⁴ Exp. 01282- 1997 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²¹⁵ Exp. 00012- 1997 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²¹⁶ Exp. 00148- 2004 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

Desde entonces las partes ya no han vuelto a reconciliarse, en el sentido de que hubiesen deseado volver a vivir juntos.

La cónyuge solicita el divorcio del matrimonio, el cual considera fracasado.

También el cónyuge considera fracasado el matrimonio y expresa su consentimiento para que la unión matrimonial se disuelva por divorcio.

Las partes han sido oídas respecto al divorcio de su matrimonio, conforme al artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de Alemania (al : Zivilprozessordnung).

Se hacen las advertencias respecto a la protocolización de sus declaraciones.

La solicitud de divorcio es procedente y admisible.

En particular, los tribunales alemanes son internacionalmente competentes puesto que ambos cónyuges tiene su residencia habitual en el territorio nacional de este país (Art.606, párrafo 2, 1ª frase, Ley de Enjuiciamiento Civil de Alemania).

Al haber sido este país el lugar de residencia habitual de ambos cónyuges durante su matrimonio, el divorcio está sujeto a la aplicación del derecho alemán. (Véase artículo 17, párrafo 1, frase 1 y artículo 14, párrafo 1, nº 2 de la Ley Introductoria al Código Civil de Alemania (EGBGB).

Se decreta el divorcio del matrimonio conforme a los artículos 1565, párrafo 1 y 1566, párrafo 1 del Código Civil de Alemania.

El matrimonio de las partes ha fracasado.

Las partes viven ya más de un año separadas – concretamente dos años- y al ser oídas, cada una de ellas ha manifestado de manera inequívoca que no desea volver a vivir con el otro cónyuge.

En opinión del Tribunal, lo anteriormente expuesto permite pronosticar con certeza que las partes no restablecerán el vínculo matrimonial (Artículo 1565, párrafo 2, frase 2 del Código Civil de Alemania).

Compensación de derechos adquiridos durante el matrimonio a percibir pensiones de vejez e invalidez

En esta causa no procedía la compensación de derechos adquiridos durante el matrimonio a percibir pensiones de vejez e invalidez.

El derecho nacional respectivo de los cónyuges no conoce ninguna institución jurídica equiparable a la compensación arriba señalada, tal y como la define el derecho alemán. Por lo tanto, la ejecución de la misma en conformidad con el derecho de este país solo hubiera sido posible a solicitud de uno de los cónyuges. (Artículo 17, párrafo 3, Ley Introductoria al Código Civil).

Tal solicitud no ha sido presentada.

La decisión sobre las costas resulta del artículo 93 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de Alemania”.

En el mismo sentido se pronunció:

13.- Nº de registro: 35F 10274/96-64, fecha: 5 de febrero de 1997, por el Juzgado de Francfort del Meno.²¹⁷

Juez alemán no expresa consideraciones por las que se declara competente internacionalmente para conocer del divorcio de una ciudadana peruana y un ciudadano alemán, cuya residencia habitual se encuentra en Alemania, pero fundamenta en las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en la Ley Introductoria al Código Civil Alemán, la aplicación del derecho peruano para declarar el divorcio.

14.- Exp.: 12 F 24/00 Fecha: 29 de noviembre de 2001.²¹⁸

“En la causa familiar seguida por divorcio y otros por doña Elena BARRANTES TAPE, domiciliada en Via Cravero 218, 1600 Génova/ITALIA, Demandante, mandataria: Sra. DÔRRFUSS, abogada, con domicilio legal en Emil-Münz-Str. 21, 71332, Waiblingen, contra Gunter Wolfgang KÛNHARDT, domiciliado en Beinsteiner Str. 36, 11394 Kernen /ALEMANIA, Demandado, mandatario: Sr. Strauss, abogado, con domicilio legal en Lange Str.50, 71332 Waiblingen.

El juzgado de primera Instancia de Waiblingen (Tribunal de Familia), en base al juicio oral del 23 de agosto del 2000 y del 08 de noviembre del 2001, respectivamente, y a través de la Sra. Huber, jueza del Juzgado antes mencionado, se pronuncia con el siguiente fallo:

1.- Queda disuelto el vínculo matrimonial de las partes, contraído el 11 de abril de 1980 ante el Registro Civil de Miraflores, Lima/ PERÚ.

2.- Se otorga la Patria Potestad de Andree Wolfgang KÛNHARDT BARRANTES, nacido el 11 de abril de 1984, a la madre del menor.

3.- La pensión compensatoria se establecería para el periodo comprendido entre el 01 de abril de 1980 y el 30 de junio de 1982.. Por lo demás, no se fijará una pensión compensatoria.

4.- Las costas del proceso serán asumidas por ambas partes.

Valor de la demanda:

²¹⁷Exp. 00051- 1997 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²¹⁸ Exp. 00047- 2007 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

Divorcio : 13,500.00.- marcos alemanes.
Pensión compensatoria : 1,000.00.- marcos alemanes.
Patria Potestad : 1,500.00.- marcos alemanes.

DEL DIVORCIO:

La demandante, nacida el 28 de agosto de 1962 en Lima/PERÚ, y el demandado, nacido el 25 de setiembre de 1954, contrajeron matrimonio el día 11 de abril de 1980 ante el Funcionario del Registro Civil del Consejo Distrital de Miraflores del Perú.

La demandante es de nacionalidad peruana y el demandado de nacionalidad alemana.

Después de contraer matrimonio, las partes vivieron en el Perú. Posteriormente, de mayo de 1980 a junio de 1982, vivieron en Alemania y luego se mudaron nuevamente al Perú donde vivieron conjuntamente hasta 1985 ó 1986. Las partes se separaron en 1985 ó 1986 y permanecieron por lo pronto en el Perú. El Demandado regresó a Alemania en 1992 y, antes de ello, la Demandada se fue a vivir a Italia.

De este vínculo matrimonial nació un hijo, Andree, nacido el 11 de abril de 1984, el cual siempre ha vivido en el Perú con sus abuelos.

Ambas partes opinan que su matrimonio ha fracasado. Ambos exponen que no se entendían y que por ello decidieron separarse. A más tardar desde 1986, no restablecieron la comunidad conyugal.

Ambas partes solicitan la disolución del vínculo matrimonial.

El demandado tuvo que declarar según lo estipula el art. 613 del Código Procesal Civil Alemán. Con respecto a los demás pormenores en relación a las declaraciones de las partes se hace referencia a los alegatos que ambos presentaron, a lo expuesto en el juicio oral, así como a los documentos presentados.

El derecho material aplicable en materia de divorcio se determina de acuerdo a lo estipulado por el Art. 17, inciso 1, en concordancia con el Art. 14 de Ley introductoria al Código Civil Alemán. Dado que ambas partes poseen una nacionalidad distinta y residen en Estados diferentes, en los cuales no se había establecido el lugar de residencia de las partes durante su vida conyugal, se determinó que el derecho a ser aplicado será de aquel Estado con el cual las partes tenían un vínculo más estrecho (Artículo 14, inciso 1, numeral 3 de la ley Introductoria al Código Civil Alemán). Por ello, deberá aplicarse el Derecho peruano. Las partes contrajeron matrimonio en el Perú y posteriormente también vivieron en dicho país. Durante su vida en conjunto pasaron más tiempo en el Perú y su hijo aún reside en ese país. Por ello, puede concluirse que los dos tienen un vínculo más estrecho con dicho Estado. Asimismo, están dados los requisitos para el divorcio estipulados en

el Art. 349 en concordancia con el Art. 333, numeral 11 del CO'DIGO CIV IL (sic). Existen desavenencias mutuas entre las partes. Las partes contrajeron matrimonio hace más de dos años se separaron, a más tardar, en 1986, ya no se entendían. Desde ese momento han vivido separadas de manera ininterrumpida y no puede esperarse que se restablezca la comunidad conyugal. Asimismo, el proceso de divorcio también muestra que ya no existe nada en común entre las partes, de forma que se puede partir del hecho de que el matrimonio ha fracasado. Por ello, están dados los requisitos para el divorcio tal como lo estipula el Art.348 Cc (sic)

DE LA PATRIA POTESTAD

Del vínculo matrimonial de las partes nació su hijo común, Andree, nacido el 11 de abril de 1984. Los padres de la Demandante que viven en Lima se encargan del cuidado del hijo de las partes. Su madre lo visita como mínimo una vez al año. Por otro lado, el hijo de las partes no tiene ningún tipo de contacto con el Demandado.

Por ello, la Demandante solicita que se le otorgue la patria potestad del menor.

El Demandado no está en contra de dicha solicitud.

El hijo de las partes manifestó que se le debería transferir a su madre la patria potestad, o en todo caso, a favor de sus abuelos. El hijo posee la nacionalidad alemana.

Según lo estipula el Art. 21 de la Ley Introductoria al Código Civil Alemán, se aplicará también el derecho peruano para determinar la patria potestad, ya que el hijo de las partes tiene su domicilio habitual en dicho país. Por ello, según el Art. 355 en concordancia con el Art. 340 y 345 de Cc.(sic) se otorga la patria potestad a favor de la madre, ya que esto corresponde al bienestar del menor. Hasta la fecha, la madre se ha preocupado de que su hijo crezca con sus padres, mientras que el Demandado nunca se preocupó por la educación del menor. Tampoco existen motivos para que la patria potestad que le fuera otorgada a la demandante, quien, a su vez, nombró como apoderados a sus padres, no le sea concedida.

C. DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA:

Durante el tiempo en que duró el matrimonio, ambas partes adquirieron derechos de pensión en la República Federal de Alemania.

El demandado obtuvo 2.4364 puntos para el cálculo de pensiones entre el 3 de junio de 1980 y el 30 de junio de 1982, así como en el periodo comprendido desde 1992 hasta el final del matrimonio, calculado al día 31 de diciembre de 1999. La demandante obtuvo en total 0.2159 puntos para el cálculo de pensiones, lo que correspondería a 10.43.-marcos alemanes.

Asimismo, la demandante también adquirió por lo menos desde 1990 derechos de pensión en el Seguro Social Italiano. Durante la estadía conjunta en el Perú, las partes no percibieron ningún tipo de rentas compensatoria.

La solicitud para realizar la pensión compensatoria se admite en base al Art. 17, inciso 3 de la Ley Introdutoria al Código civil Alemán. Ambas partes adquirieron derechos de pensión internos durante su vida en conjunto en la República Federal de Alemania. Esta solicitud contradice el principio de equidad en base al cálculo de tiempo en que las partes vivieron juntas o que adquirieron derechos de pensión en Alemania. Para el periodo comprendido desde el 06 de agosto de 1992 (a partir de esta fecha el Demandado volvió a adquirir derechos de pensión en la República Federal de Alemania), ya no sería equitativo contemplar las aportaciones respectivas, ya que ambas partes se habían separado desde hacía mucho tiempo y cada uno había seguido su propio camino. Tampoco se puede determinar con exactitud qué profesión ejerció la demandante ni el Demandado durante este tiempo ni qué tipo de derechos de pensión adquirieron. Por lo tanto no valdría la pena determinar una pensión compensatoria sólo para el periodo de tiempo en el cual las partes vivieron juntas, ya que en este periodo de tiempo sólo adquirieron derechos de pensión de modo irregular en Alemania. Inclusive cuatro años después de la separación ambos tampoco adquirieron derechos de pensión de forma regular. El demandado obtuvo 2.4364 puntos para el cálculo de la pensión en el periodo comprendido entre el 03 de junio de 1980 y el 30 de junio de 1982. Este número, multiplicado por el valor actual de la pensión ascendente a 48.29.- marcos alemanes da como resultado 117.65.- marcos alemanes. La demandante obtuvo rentas ascendentes a 10.43.- marcos alemanes, por lo que tendrían que compensar 53.61.- marcos alemanes. Sin embargo, no se determinará una pensión compensatoria, ya que sería antieconómica puesto que la demandante que reside en Italia posiblemente nunca cumplirá con los periodos mínimos de afiliación para el seguro de pensiones alemán. Debido a que el demandado posee ingresos relativamente bajos, no se considera otra posibilidad que no sea no determinar una pensión compensatoria por ahora y, en todo caso, esperar hasta que ambas partes se hayan jubilado para realizar dicha compensación.”

Juez alemán no expresa consideraciones por las que se declara competente internacionalmente para conocer del divorcio de una ciudadana peruana y un ciudadano alemán, cuya residencia habitual de ambos se encuentra en Alemania, pero fundamenta en las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en la Ley Introdutoria al Código Civil Alemán, la aplicación del derecho alemán para declarar el divorcio.

15.- Exp.: 60 F 225/98 Fecha: 23 de abril de 1998.²¹⁹

²¹⁹ Exp. 00914- 2007 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

“El Juzgado de Primera Instancia de Hanau – Juzgado de Familia- Sala 60, en base al juicio oral del 23 de abril de 1998, y a través del director del Juzgado antes mencionado, Dr. Hein, se pronuncia con el siguiente fallo:

1.- Queda disuelto el vínculo matrimonial de las partes, contraído el día 27 de abril de 1990 ante el funcionario del Registro Civil de Glinde/ distrito de Stormarn, Partida de matrimonio N^o 17/1990.

2.- Las costas serán asumidas por el demandante.

Determinación de Hechos:

Las partes (el demandante es ciudadano alemán y la demandada posee la nacionalidad peruana) contrajeron matrimonio el día 27 de abril de 1990. De esa unión no se ha procreado hijo alguno. Las partes exponen que viven separadas desde mediados de 1993.

El demandante solicita la disolución del vínculo matrimonial.

La demandada está de acuerdo con la solicitud de divorcio.

El día 19 de marzo de 1993, las partes firmaron un acuerdo notarial con relación a las consecuencias del divorcio (registro notarial N^o 44/1993, notario, Dr. Horst BREBURDA, con sede en Bensheim), al que se hace referencia.

Asimismo, se hace referencia tanto a las declaraciones de las partes por separado, contenidas en el acta, como al resultado de la audiencia contenido en el acta del juzgado del día 23 de abril de 1998.

Conclusión de Derecho:

Las partes solicitan la disolución el vínculo matrimonial, porque éste ha fracasado.

De acuerdo con el Art. 17, inciso 1 de la Introducción al Código Civil Alemán, en concordancia con el Art. 14, inciso 1, numeral 2 de la Introducción al Código Civil Alemán, se aplicará en el presente proceso el derecho Alemán. De acuerdo con el Art. 1565, inciso 1 del Código Civil Alemán, se puede proceder a disolver el vínculo matrimonial si el matrimonio ha fracasado. El matrimonio fracasa cuando ya no existe vida conyugal entre las partes o no se puede esperar que éstas la restablezcan. De acuerdo al art. 1566, inciso 1 del código Civil Alemán, se presume irrefutablemente que el matrimonio entre las partes ha fracasado cuando éstas viven separadas desde hace un año y la otra parte está de acuerdo con el divorcio. En este caso se cumplen dichos requisitos. Según el resultadote la audiencia, ambas partes manifiestan que viven separadas desde mediados de 1993.

Consideran que el matrimonio ha fracasado y rechazan la continuación del mismo. Las partes se han puesto de acuerdo sobre los puntos señalados en el Art. 630 del Código Procesal Civil. Asimismo, renunciaron a cualquier pensión compensatoria en el acuerdo notarial suscrito el día 19 de marzo de 1993”.

En el mismo sentido se pronunció:

16.- Nº de registro: 14F 429/95, fecha: 8 de noviembre de 1996, por el Juzgado de Primera Instancia de Duisburg Ruhrort -29-.²²⁰

Juez alemán no expresa consideraciones respecto a la competencia internacional y conoce del divorcio de una ciudadana peruana y un ciudadano alemán, cuya residencia habitual se encuentra en Alemania, fundando la sentencia directamente en las normas de Derecho de familia del Código Civil Alemán como si se tratara de una relación jurídica nacional y no internacional.

17.- Exp.: 2 F 0307/95 Fecha: 17 de octubre de 1995.²²¹

“El Juzgado de Primera Instancia de Schwandorf por intermedio del Juez Leupold del Juzgado de primera Instancia en base a la audiencia del 17.10.1995 ha dictado la siguiente:

SENTENCIA DEFINITIVA

El matrimonio de las partes celebrado el 25.01.1991 ante el funcionario del registro Civil Neunburg vorm Wald- Registro de matrimonios N°3/1991 se divorcio.

No se realiza una compensación por alimentos.

Las costas del proceso se compensan mutuamente.

1. Referente divorcio

Determinación de los hechos:

Las partes han contraído matrimonio el 25.01.1991 ante el funcionario del Registro Civil de Neunburg Vorm Wald- registro de Matrimonios N° 3/1991.

²²⁰Exp. 00188- 1997 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²²¹ Exp. 01600- 1997 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

El Demandado es de nacionalidad alemana y la Demandante es de nacionalidad peruana.

Las partes han tenido su último domicilio común en el distrito del Juzgado de familias de Schwandorf y el Demandante aún sigue viviendo acá.

Las partes viven separadas desde mayo de 1994.

Las partes consideran que su matrimonio ha fracasado y desean el divorcio.

La demandante solicita:

Que el matrimonio de las partes celebrado ante el funcionario del registro Civil de Neunburg vorm Wald se divorcie.

El demandado está de acuerdo con el divorcio.

Se ha oído a las partes de acuerdo al & 613 del Código Procesal Civil.

La partida de matrimonio y los certificados de nacionalidad de las partes se han presentado al juzgado.

Se hace referencia a los escritos preparatorios de la Demandante y las declaraciones registradas del demandado.

Se hace referencia al acta de la audiencia del 17.10.1995

Conclusiones de Ley:

La demanda de divorcio de la demandante es admisible y está fundamentada. El matrimonio de las partes debe ser divorciado ya que fracasó (& 1565 Inciso 1 Código Civil). Desde mayo de 1994 ya no existe la vida conyugal entre las partes (&1567 Código Civil). El Juzgado está convencido en base a las declaraciones de las partes. Que según el & 1565 Inciso 2 del Código Civil, el año de separación ha vencido.

Al oír a las partes resultó que éstas se han separado de manera definitiva.

En base a estas circunstancias, el Juzgado ha llegado a la conclusión que la reanudación de la vida conyugal entre las partes ya no es posible.

Por consiguiente se divorcia el matrimonio de las partes”.

En el mismo sentido se pronunció:

18.- N° de registro: 2F 932/06, fecha: 4 de enero de 2008, por el Juzgado de Familia de Ulm.²²²

19.- N° de registro: 10F 5804/00, fecha: 27 de mayo de 2002, por el Juzgado de Primera Instancia de Pankow/Weibensee – Sala de familia.²²³

²²²Exp. 00035- 2010 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²²³Exp. 00133- 2005 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

4.2.3 Marco normativo de Derecho Internacional Privado, Procesal Civil y Derecho Civil invocado en las resoluciones examinadas.

Código Procesal Civil Alemán ²²⁴

Art. 606 a Competencia judicial internacional

1) Para los procesos matrimoniales son competentes los juzgados y tribunales alemanes:

Cuando uno de los cónyuges sea alemán o lo fuera al tiempo de celebrarse el matrimonio;

Cuando ambos cónyuges tengan su residencia habitual en Alemania;

Cuando uno de los cónyuges sea apartida con residencia habitual en Alemania; o

Cuando uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en Alemania, salvo que la resolución judicial no pudiera ser reconocida conforme al derecho del país al que pertenezca alguno de los cónyuges.

Esta competencia no es exclusiva.

Art. 606 Competencia

Para el proceso de divorcio o de anulación de un matrimonio, de determinación judicial de la existencia o inexistencia de un matrimonio entre las partes o para la acreditación de la relación conyugal es competente en exclusiva el juzgado de familia (*familiengericht*) del lugar en el que tengan su residencia habitual los cónyuges. En defecto de residencia habitual en territorio nacional, será competente el juzgado de familia del lugar en el que tenga su residencia habitual uno de los cónyuges, si tuviera a su cargo hijos comunes del matrimonio menores de edad.

A falta de competencia conforme al apartado primero, será competente en exclusiva el juzgado de familia del lugar en el que hubieran tenido los cónyuges su última residencia habitual, si alguno de los cónyuges tuviera allí su residencia habitual al tiempo de interponerse la demanda. En su defecto, será competente el juzgado del lugar en el que tenga su residencia habitual del demandado, y si este no la tuviera en territorio nacional, el lugar de residencia del demandante. Si ambos hubieran iniciado el proceso, de los órganos judiciales competentes según el apartado segundo, será exclusivamente competente el juzgado que hubiera conocido del proceso en primer lugar. Si varios juzgados hubieran conocido del proceso en el mismo

²²⁴ PEREZ RAGONE, Alvaro y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, Ob. cit., p. 312, 313, 326, 327, 314, 222, 177.

día, entonces se aplicará lo dispuesto en el &36 (determinación de la competencia por el tribunal superior jerárquicamente).

Si la competencia no pudiera fundamentarse conforme a los apartados anteriores, será competente el juzgado de familia del partido judicial de Schönenberg en Berlín.

Art. 630.- Divorcio de mutuo acuerdo

Para el proceso de divorcio conforme al &1565 en relación con el & 1566 apartado 1, del Código Civil, el escrito de petición de un cónyuge debe contener:

La comunicación de que el otro cónyuge está de acuerdo con el divorcio o que va a solicitar la misma forma de divorcio.

O bien declaraciones concordantes de los cónyuges de que no se interponen pretensiones sobre trasmisión de la patria potestad o de una parte de la patria potestad a uno de los cónyuges o sobre la regulación del derecho de visitas de los padres, porque los padres están conformes con la subsistencia de la patria potestad y con el derecho de visitas, o bien las pretensiones correspondientes y el consentimiento del otro cónyuge para el caso de que deba efectuarse una regulación judicial;

El acuerdo de los cónyuges sobre la regulación del deber de manutención del hijo, sobre la regulación de la manutención derivada del matrimonio, así como sobre la regulación del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico.

El consentimiento para la separación puede ser revocado hasta la conclusión de la vista tras la cual se dicta sentencia. El consentimiento y la revocación pueden ser expuestos ante la secretaría del tribunal o en la vista oral para que conste en el acta de la vista.

El tribunal debe admitir la solicitud de divorcio sólo si los cónyuges hubieran aportado un título de deuda ejecutable sobre los objetos señalados en el número 3 del apartado 1

Art. 613.- Comparecencia personal de los cónyuges. Interrogatorio de las partes

El tribunal debe ordenar la comparecencia personal de los cónyuges y escucharlos. También puede interrogarlos como partes. Si hubier hijos comunes del matrimonio menores de edad, el tribunal oirá a las partes acerca de la patria potestad y les asesorará sobre las posibilidades de asesoramiento a la juventud. Si uno de los cónyuges estuviera imposibilitado para comparecer ante el tribunal o se encontrara a una distancia mayor de lo razonable como para acudir a la comparecencia, podrá ser oído o interrogado por un juez exhortado.

Contra el cónyuge que no compareciera a la audiencia o al interrogatorio se procederá igual que contra el testigo que no hubiera comparecido a una declaración; el arresto sustituto no puede ser ordenado.

Art. 261 párrafo 3.- Litispendencia:

La litis pendencia tiene los siguientes efectos:

Durante la duración de la litis pendencia, la causa no puede ser promovida de otra manera por las partes:

La competencia del tribunal del proceso no resultará alterada por modificaciones de las circunstancias vinculadas a aquella.

Art. 93 a, inciso 1, numeral 1 Costas en cuestiones matrimoniales

En el caso de separación de un matrimonio, las costas de la separación y de sus consecuencias que fueran decididas de manera simultánea, o hayan sido decididas de acuerdo con el apartado 1, serán dejadas y no impuestas contra la otra partes, cuando en relación con las consecuencias de la causa sea susceptible de arribarse a un desglose del expediente de acuerdo con el apartado 1, primera oración, para ser decidido en forma especial. El tribunal puede dividir las costas de acuerdo con su discreción equitativa cuando:

1. La división de las costas de acuerdo con la primera oración, uno de los cónyuges sea afectado de manera desproporcionada en modo normal

Libro Introdutorio del Código Civil Alemán ²²⁵

Art. 17. Divorcio.

(1) 1. El divorcio se regirá por la ley que regule los efectos generales del matrimonio en el momento del inicio de la litis pendencia de la solicitud de divorcio.

2. Si el matrimonio no pudiese divorciarse de esta manera, el divorcio estará sujeto al Derecho alemán si el cónyuge que solicita el divorcio es alemán en este momento o lo fue en el momento de la celebración del matrimonio.

(2) Un matrimonio sólo podrá divorciarse en territorio nacional a través de un tribunal.

(3) 1. La pensión compensatoria está sujeta a la ley aplicable conforme al párrafo 1^a, inciso 1; sólo tendrá lugar si la reconoce la ley de uno

²²⁵ EIRANOVA ENCINAS, Emilio, Código Civil Alemán, comentado, BGB, Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, p.

de los Estados a los que los cónyuges pertenecen en el momento del inicio de la litis litis pendencia de la solicitud de divorcio.

2. Si una pensión compensatoria pudiere tener lugar de esta forma, se ejecutará conforme al Derecho alemán a petición de uno de los cónyuges:

1ª Si el otro cónyuge adquiriere durante el periodo conyugal expectativas de pensión nacionales, o

2ª Si durante un tiempo del periodo conyugal los efectos generales del matrimonio estuviesen sujetos a una ley que reconociese la pensión compensatoria, en tanto en cuanto su ejecución con respecto a las relaciones económicas de ambas partes de ambas partes no contradiga la equidad, incluso durante el periodo no transcurrido en territorio nacional.

Art. 14.-Numeral 1. Efectos generales del matrimonio.

(1) Los efectos generales del matrimonio se registrarán por:

1. La ley del Estado al que pertenecen ambos cónyuges o al que pertenecieron por última vez durante el matrimonio, si uno de ellos todavía perteneciere a ese Estado.

2. De lo contrario la ley del Estado en el que ambos cónyuges tiene su residencia habitual o en el que la tuvieron por última vez durante el matrimonio, si uno de ellos tuviere todavía allí su residencia habitual, subsidiariamente.

3.- La ley del estado con la que los cónyuges conjuntamente estén más estrechamente vinculados de otra manera.

Art. 21 Efectos de la relación paterno-filiales.

La relación jurídica de un hijo y sus padres está sujeta a la ley del Estado en el que el hijo tenga su residencia habitual.

Código Civil Alemán ²²⁶

Art. 1564 (Divorcio por sentencia judicial)

El divorcio sólo podrá obtenerse por sentencia judicial, a petición de uno o ambos cónyuges. El matrimonio se disuelve con la firmeza de la sentencia. Los requisitos para la petición del divorcio se derivan de los párrafos siguientes.

²²⁶ EIRANOVA ENCINAS, Emilio, Ob.Cit. , p.

Art. 1565.- (Principio de desavenencia conyugal; duración mínima de la separación)

1. Podrá obtenerse el divorcio en caso de ruptura del matrimonio. La ruptura del matrimonio tiene lugar ante la inexistencia de vida conyugal común y la presumible imposibilidad de reconciliación de los cónyuges.
2. En caso de que los cónyuges vivan separados desde hace menos de un año sólo podrá obtenerse el divorcio cuando por razones relativas a la persona del otro cónyuge la prolongación del matrimonio supusiese una carga inexigible para el cónyuge solicitante.

Art. 1566.- (Presunción de desavenencia).

1. Se presumirá irrefutablemente la ruptura del matrimonio cuando los cónyuges vivan separados desde hace un año y ambos soliciten el divorcio o el cónyuge demandado lo consienta.
2. Se presumirá irrefutablemente la ruptura del matrimonio cuando los cónyuges vivan separados desde hace tres años.

Art. 1567.- (Separación).

1. Los cónyuges viven por separado cuando ya no exista entre ellos ninguna comunidad doméstica y cuando uno de los cónyuges claramente no desea restablecerla, puesto que renuncia a la vida conyugal común. Tampoco existe comunidad doméstica cuando ambos cónyuges vivan por separado dentro del mismo domicilio conyugal.
2. Una corta convivencia temporal que pretenda la conciliación de los cónyuges no interrumpe ni suspende los plazos determinados en el &1566.

Art. 1568.- (Cláusulas de rigor)

- 1.-No habrá lugar al divorcio, si bien existe ruptura matrimonial, siempre y cuando la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente necesaria por razones de especial interés para los hijos menores de edad nacidos gracias al mismo, o cuando el divorcio supondría, a causa de las circunstancias extraordinarias, una carga tan grave para el cónyuge opuesto al mismo que haga que la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente imprescindible, incluso teniendo en cuenta los intereses del cónyuge solicitante.

4.2.4. Estudio de sentencias alemanas y su referencia a casos nacionales sobre CJI

“Cabe señalar, a título de ejemplo, que alrededor del 15 % de las demandas de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio que se presentan en Alemania tienen un componente internacional. Se desconoce la cifra de divorcios en los distintos Estados miembros que presentan, además, un componente europeo”.²²⁷

4.2.4.1 Estructura de las sentencias, incidencia, periodo de las resoluciones

Se ha podido observar en las sentencias identificadas que en su mayoría 15 de las 19, presentan la siguiente estructura: Descripción de las partes y órgano jurisdiccional interviniente, Sentencia Definitiva, Considerandos I del Divorcio: determinación de hechos, Conclusión de derecho en la que se ha distinguido la fundamentación jurídica para sustentar la competencia judicial internacional, diferenciándola de la competencia interna del órgano jurisdiccional, para inmediatamente determinar la ley aplicable al caso, adicionalmente se contempla: II De la compensación por manutención, III De las Costas.

Dicho contenido se ha advertido en las sentencias como una constante tanto en las causas falladas de antigua data (enero de 1992 - Caso 11), como hasta la más reciente (agosto de 2007 - caso 3).

4.2.4.2. Determinación de la CJI antes y después de la Reglamentación comunitaria

Como nuestro objetivo de estudio se centra en los criterios para la determinación de la competencia judicial internacional, las sentencias se diferenciaron temporalmente a partir de la vigencia de los Reglamentos Comunitarios sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental esto es mayo 2000, con la vigencia del Reglamento 1347/2000 Bruselas II, derogado desde el 1 de marzo del 2005 por el Reglamento 2201/2003 o Bruselas II bis.

Se distinguieron así dos bloques de pronunciamientos, en los que se observó el estricto acatamiento a la norma comunitaria vigente, aspecto que destacamos, ya que como lo examinaremos más adelante, eso no ha ocurrido necesariamente con los pronunciamientos españoles identificados.

²²⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio» COM(2005) 82 final (2006/C 24/08)El Diario Oficial de la Unión Europea 31.1.2006

4.2.4.3. Distinción entre competencia judicial internacional y competencia interna

Como se ha señalado las sentencias alemanas han distinguido el criterio atributivo de competencia judicial internacional de la competencia interna.

La competencia judicial internacional sustentada en algún supuesto del art. 3 del reglamento de la CE 2201/2003 o del derogado Reglamento 1347 /2000

Los supuestos invocados han sido:

- 3 Residencia habitual de ambos cónyuges en Alemania.
- 4 Residencia habitual del demandado

En tanto, antes de la vigencia de dichos Reglamentos, se ha invocado como sustento de la competencia judicial internacional lo dispuesto en el Código Procesal Alemán, artículo 606 a, habiéndose invocado como supuestos más frecuentes:

- 5 Cuando uno de los cónyuges sea alemán o lo fuera al tiempo de celebrarse el matrimonio.
- 6 Cuando ambos cónyuges tengan su residencia habitual en Alemania.

Una vez fundamentada la competencia judicial internacional, se ha procedido a verificar si el Juzgado de familia en el que se ha planteado la demanda tiene competencia, para lo cual ha establecido si se encuentra en alguno de los dos supuestos del artículo 606 del Código Procesal Civil Alemán, resultando relevante para estos efectos el último domicilio permanente de las partes en la jurisdicción o por lo menos que una de ellas residiera en el Distrito de Juzgado.

4.2.4.5 Supuestos de CJI comparación con casos nacionales

Las resoluciones alemanas son claras al distinguir el ámbito de la competencia judicial tanto internacional como interna, de la determinación de la ley aplicable. Por ello, ha brindado tutela jurisdiccional no sólo a sus nacionales, sino también a extranjeros domiciliados y no domiciliados, como ha podido apreciarse de los casos presentados, cumpliendo con verificar si algunos de los criterios atributivos de competencia asignados actualmente por la normatividad comunitaria o antes los provenientes de su ordenamiento procesal civil se habían configurado en los hechos acreditados en autos. Desvinculando la competencia alemana a la aplicación de su ley al fondo del asunto, tal es así que si bien en la mayoría de las sentencias es el derecho alemán el aplicable, no lo es en todos, admitiendo por ejemplo en las ejecutorias 2, 3 y 14 la aplicación del derecho peruano. En estos casos para efectos de la competencia, el elemento atributivo fue el domicilio del demandado al momento de incoarse la demanda, o el domicilio habitual de los cónyuges en Alemania.

En la dimensión de atribución de competencia queremos hacer referencia a algunos casos nacionales en los cuales a diferencia del procedimiento

observado, se ha subordinado la competencia de los tribunales peruanos a la aplicación de la ley nacional, para apreciar cómo en la práctica pueden confundirse la dimensión competencial de la ley aplicable, si no son claramente distinguidas como lo han precisado los pronunciamientos alemanes observados.

No habiéndose acreditado fehacientemente la constitución del domicilio conyugal en el Perú, el demandante carecería de derecho a interponer la presente acción ante los Tribunales Peruanos, conforme a la norma contenida en el Art. 2081 del C.C.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE MAYO DE 1990 ⁽²²⁸⁾

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

El actor solicita la disolución del vínculo conyugal en razón de que la ..emplazada ha incurrido en la causal de abandono injustificado de la casa conyugal. Sostienen que contrajeron matrimonio el 29 de noviembre de 1967 por ante el Registro Civil de la ciudad de Puente Alto, República de Chile, el mismo que fue inscrito en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, llegando a procrear un menor y constituyendo el hogar conyugal en la ciudad de Barcelona en España; hasta que en el año de 1972 sin motivo justificable hizo abandono del hogar regresando en el mes de julio .de 1977 durante un mes para luego abandonarlo. Fundamenta su acción en el inc. 5 del Art. 333 del C.C.

Citadas las partes a comparendo, esta diligencia se llevó a cabo a fs. 44, con asistencia del apoderado de la demandada el mismo que niega y contradice la demanda en todas sus partes manifestando que ella viaja a la ciudad de Chile con consentimiento de su esposo y que al regresar al hogar su esposo se lo impidió...

A este respecto, el Art. 33 del C.C., señala que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar; y más concretamente para el caso materia de autos, el numeral 36 del mismo cuerpo de leyes, define al domicilio conyugal, como aquel en que los cónyuges viven de consuno o en su defecto, el último que compartieron.

Bajo esta premisa, y, de la revisión y examen de lo actuado, se llega a la conclusión que el actor no ofrece prueba idónea suficiente, de que haya constituido el hogar conyugal en el Perú, toda vez que en su recurso de demanda, señala que por razones de trabajo residieron en la ciudad de Barcelona hasta marzo de 1972, y que en julio de 1977, ambos residieron en esta capital, sin señalar de modo concreto y específico, el tiempo que duró este hogar en el Perú, resultando irrelevantes para el caso, las testimoniales de fojas 150, 151 y 152, al margen de que las mismas resultan demasiado escuetas, sin mayor explicación de sus dichos.

⁽²²⁸⁾ Exp. 581 - 87 / Lima.

Aún cuando en el comparendo, la emplazada a través de su apoderado, admite haber vivido en esta ciudad con el demandante; éste no aporta elemento probatorio idóneo de que se hubiese constituido el domicilio legal en la forma que precisan las citas legales ya glosadas, al margen de que de las instrumentales que en fotocopia obran a fs. 84 y 114, no observados por el demandante, es éste quien se dirige a la demandada con expresiones de una separación definitiva entre ellos. Cabe agregar que el reconocimiento que del primer documento se lleva a cabo a fs. 108, carece de mayor significación, por cuanto no era el llamado a hacerlo según mandato de fs. 88, y porque de otro lado, el apoderado del actor como es obvio no podía reconocer como suya una firma que no le pertenece.

Cabe significar por otra parte que no habiéndose acreditado fehacientemente la constitución del domicilio conyugal en el Perú, el demandante carecería de derecho a interponer la presente acción ante los Tribunales Peruanos, conforme a la norma contenida en el Art. 2081 del C.C.

Al margen de las consideraciones expuestas, y habida cuenta que el matrimonio se celebró en la República de Chile; a la fecha de la interposición de la demanda (29 de abril de 1985) dicho acto no se encontraba inscrito en los Registros de Estado Civil del Perú, lo que recién se hace según la partida de fs. 172, el 8 de setiembre de 1986, el actor por su condición de ciudadano peruano, se encontraba imposibilitado de reclamar derecho alguno.

Pronunciamientos de la judicatura de Primera Instancia especializada de Familia

2.-Resolución del 16 de mayo de 2006²²⁹

“**TERCERO:** Que, de conformidad con el art. 14 catorce del Código Procesal acotado, cuando se demanda una persona natural, es competente el juez del lugar del domicilio; **CUARTO:** que, de la revisión de la presente demanda se advierte que las partes tienen como domicilio real en Mie Ken, Suzuka, Shi, Okada 2-4-22. Apato Coop. Winfield 2-A, Japón; **QUINTO.-** Que, siendo así esta judicatura deviene en incompetente para el conocimiento de la presente acción. Por tales consideraciones y de conformidad con lo previsto por el artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código procesal Civil; **SE RESUELVE: Declarar IMPROCEDENTE** la presente demanda

3.- Resolución del 27 de octubre del 2005²³⁰

“**Tercero.-**Que, de la revisión de la presente demanda se advierte que según lo estipulado en el art. 2081 del Código Civil, el derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rige por la ley del domicilio conyugal; **Cuarto.-** que de los autos se desprende que los cónyuges codemandantes domicilian en Villa Zoia 105, Milán – Italia; **Quinto.-**Que siendo así esta judicatura es incompetente para el conocimiento del presente proceso. por tales

²²⁹ Exp. 183519-2006-00320/ Materia: Separación convencional

²³⁰ Exp. 183519-2005-00756-0 / Materia: Separación convencional

consideraciones y de conformidad con lo previsto en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del código adjetivo; se resuelve: declarar IMPROCEDENTE la presente demanda

4.- Resolución del 2 de noviembre del 2006²³¹

Tercero: Que, el artículo 427 inciso 4 del Código procesal Civil, prescribe que el juez declarará improcedente la demanda cuando carece de competencia.-----

Cuarto: Que, del tenor de la (Sic) se desprende que la demandada señala domicilio en México; país donde se ubicó también el último domicilio conyugal, según lo afirmado por el demandante en su demanda, por lo que, conforme los artículos 14 y 24 del Código Procesal Civil concordante con los artículos 2081 y 2082 del Código Civil; **este Juzgado no es competente: SE RESUELVE:** declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta

En la Ejecutoria Suprema citada se enfatiza que si bien el apoderado de la demandada admite que la cónyuge ha vivido en Lima, tratándose de no domiciliados a la interposición de la demanda es necesario verificar que el derecho peruano es el aplicable de conformidad al art. 2081 del C.C., resultando necesario por tanto que se acredite que el domicilio conyugal estuvo fijado en el país, en caso contrario es improcedente la demanda incoada.

Al respecto queremos acotar dos temas, el primero relativo a la falta de cuestionamiento por parte de la emplazada de la jurisdicción nacional y por tanto su sometimiento tácito a la misma, lo que ha debido importar en principio en virtud del art. 2062 segundo párrafo, teniendo en cuenta los vínculos que se habían mantenido con el territorio de la República, que el juez peruano esté en aptitud de conocer del proceso de divorcio, cuestión distinta es la determinación de la ley aplicable, que en todo caso es de conformidad al art. 2081 del C.C. la ley del domicilio conyugal, que no era la nacional.

El segundo aspecto, que deseamos acotar es el relativo a la fundamentación jurídica para desestimar la competencia judicial internacional de los tribunales peruanos, esto es que de conformidad al art. 2081 del C.C. la ley aplicable es la del domicilio conyugal, como éste no estuvo fijado aquí, no siendo la ley peruana la aplicable, no le corresponde a los tribunales peruanos conocer del asunto. En todo caso, para desestimar la demanda por falta de competencia judicial internacional, el fundamento legal se encuentra en los artículos 2057 o 2062 del C.C. relativos a la competencia jurisdiccional y no el 2081 que es la norma de conexión para la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto.

El criterio expuesto en el referido pronunciamiento, si bien tiene alguna data, se puede apreciar que conceptualmente viene siendo acogido en similares términos contemporáneamente, al requerir la constitución del hogar conyugal en el Perú como criterio atributivo de competencia judicial internacional,

²³¹ Exp. 183520-2006-00784 Materia: Divorcio por causal

como se puede apreciar en las referidas decisiones de Jueces de Primera Instancia de la especialidad de Familia.

El primero de dichos casos, es tratado como una relación de derecho nacional justificando su denegatoria de jurisdicción únicamente en lo que dispone el Código Procesal Civil en materia de competencia interna; el segundo y tercer caso, si bien se identifica como una relación jurídica internacional y se le aplica lo dispuesto en el Libro X sobre Derecho Internacional Privado, se desvía la aplicación de la normativa relativa a competencia jurisdiccional contemplada en el título II del mismo Libro, invocándose indebidamente en primer término lo dispuesto en el título III sobre Ley Aplicable, estableciendo así que como el domicilio conyugal estuvo en el extranjero no son competentes los tribunales nacionales para conocer del asunto.

Al respecto, siguiendo la técnica desarrollada en los fallos alemanes presentados, precisaremos como en efecto distinguiendo ambas dimensiones del derecho internacional privado, la competencia judicial internacional y el conflicto de leyes, los tribunales nacionales pueden conocer tales pleitos, sin afectar el derecho a la tutela judicial efectiva que tienen tanto los ciudadanos peruanos como extranjeros sean domiciliados o no domiciliados.

En los tres últimos casos se trata de nacionales que han contraído matrimonio en el Perú, y que fijaron su domicilio conyugal en el extranjero. En los dos primeros se plantean separaciones convencionales y el tercero es una demanda de divorcio por causal específica en el que la demandada no domiciliada no objeta la competencia. Advertida la presencia de elementos extranjeros como el domicilio conyugal, el juzgador nacional debe aplicar las normas de Derecho Internacional Privado, de acuerdo al mandato del art. 2047 se debe verificar si hay algún tratado que regule el tema competencial sobre la materia, lo que no ocurre en los casos mencionados, luego ha de verificarse si alguno de los criterios de atribución de competencia contemplados en el Título II del Libro X resulta aplicable. En los casos en examen si bien el art. 2057 no es de aplicación porque se trata de no domiciliados, el art. 2062 en su segundo numeral resulta pertinente, al tratarse del supuesto de prórroga tácita de la competencia territorial, admitida en nuestro régimen competencial internacional con la condición que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República y que en los casos sub judice se evidencia por la nacionalidad de los cónyuges y ser el lugar de celebración del matrimonio. Por los argumentos expuestos consideramos que en los expedientes reseñados en Primera Instancia se denegó indebidamente el derecho al acceso a la justicia., no aplicándose las normas de competencia pertinentes, privilegiando como criterio denegatorio de competencia, la imposibilidad de que se aplique la ley nacional para regular el fondo del asunto.

Es aquí precisamente, que debe comprenderse el quiebre, que distingue la competencia judicial de la determinación de la ley aplicable.

Una vez establecido la competencia internacional de nuestros tribunales en los casos en referencia, seguiremos el análisis realizado en los pronunciamientos alemanes sobre determinación de la ley aplicable.

4.2.4.4. Aplicación de la ley competente

En el régimen Alemán de Derecho Internacional Privado previsto en la parte introductoria del Código Civil, como se detallara en apartados precedentes, radicada la competencia el juzgador deberá establecer cuál es la ley competente al caso con elemento extranjero. En 13 de las 18 sentencias examinadas, se determinó que la ley alemana era la competente, teniendo en cuenta como factor de conexión: La ley del Estado al que pertenece uno de ellos o la ley del Estado en que uno de ellos tiene su residencia habitual, tal como lo establece el art 17 concordado con el art. 14 de la ley de introducción al Código Civil alemán.

Aplicó el Derecho extranjero en dos casos, estableciendo que el Derecho peruano era el aplicable, esto ocurrió en los casos 3, y 14, de acuerdo a los siguientes criterios:

Ejecutoria 3 , del 23 de agosto del 2007.-

Se trata de dos cónyuges de nacionalidad peruana, uno de los cónyuges vivía habitualmente en Alemania y el otro en E.E.U.U., la última residencia habitual de los cónyuges estuvo fijada en el extranjero. Ante estos hechos, invocando lo dispuesto en el artículo 17 párrafo 1, inciso 1, en concordancia al art. 14, párrafo 1, numeral 1 de la Ley Introductoria al Código Civil, esto es aplicar la legislación del país al cual los dos cónyuges pertenecen o han pertenecido durante el matrimonio. Consideró así el pronunciamiento alemán que era la ley peruana la competente y aplicó directamente los artículos relativos al divorcio contemplados en el Libro III del Código Civil peruano.

Ejecutoria 14, del 29 de noviembre del 2001.-

La cónyuge es peruana y el demandado de nacionalidad Alemana, contrajeron matrimonio en el Perú, vivieron en el Perú, luego en Alemania, para posteriormente separarse el ciudadano alemán reside en Alemania, en tanto la ciudadana peruana reside en Italia. El juzgado alemán atendiendo a lo dispuesto por el art. 17 inc 1 concordante con el art 14 de la Ley Introductoria al Código Civil Alemán, considerando que ambas partes poseen una nacionalidad distinta y residen en Estados diferentes, en los cuales no se había establecido el lugar de residencia de ambas partes durante su vida conyugal, se determinó que el derecho a ser aplicado será el de aquel Estado con el cual las partes tenían un vínculo más estrecho (Art. 14, inciso 1, numeral 3 de la Ley Introductoria del Código Civil. Advirtiendo que su vida en conjunto transcurrió más en el Perú, en el que incluso reside el hijo común de ambos, deciden aplicar la normativa pertinente al divorcio del Código Civil peruano.

El juzgador alemán examina en sus normas de Derecho internacional Privado, sus normas de conflicto, que determinarán la ley competente con la deberá resolverse el fondo de la causa.

Situación similar es la que tiene que observar el juez nacional, luego de haber establecido su competencia judicial internacional e interna para el conocimiento del proceso. En los tres casos nacionales examinados siendo los tribunales peruanos competentes, corresponde determinar la ley aplicable, recién en este momento, de acuerdo a la materia deberá remitirse al artículo 2081 y 2082 del C.C., esto es la ley del Estado donde se fijó el domicilio conyugal, aplíquese lo señalado en el capítulo precedente al respecto, siendo la ley de derecho interno del Estado declarado competente según la norma peruana de Derecho Internacional Privado. En los casos en referencia como lo hicieron los juzgadores alemanes en su oportunidad, el Juez peruano aplicará la norma italiana y japonesa de divorcio, que admiten la convención incluso como modalidad para declarar el divorcio directamente, así como la norma mexicana correspondiente al divorcio por causal alegado.

Ante lo examinado, coincidimos con Virgos Soriano en su apreciación al régimen español, que en este aspecto resulta extensible a nuestra normatividad de Derecho Internacional Privado:

“Aunque el Dipr conflictual español sólo será aplicable si los tribunales españoles poseen CJI, el legislador ha regulado esos sectores por separado e independientes uno del otro. Nuestro sistema no responde ni a un “modelo de forum legis”, esto es, un modelo según el cual son competentes los tribunales españoles cuando el fondo del litigio sea aplicable el Derecho material español; ni tampoco a un “modelo de lex fori in foro propio”, esto es, a un modelo según el cual si los tribunales españoles son competentes para resolver el litigio, aplicarán automáticamente el derecho material español”.²³²

Finalmente, en materia de ley aplicable, sólo acotaremos que en el aspecto procesal siempre será de aplicación la norma del foro, ello como bien se afirma “Una distinción fundamental fue introducida por Jacobus Balduinus - también en el siglo XIII- entre procedimiento y decisión sobre el fondo. Según las investigaciones de Meijers, es la primera distinción cronológicamente. El procedimiento se rige por la lex fori y la decisión sustancial no siempre por dicha ley, pero Balduinus no estableció cuándo la lex fori debía ceder en materia de fondo”.²³³

4.2.4.5 Resoluciones alemanas que no analizan la CJI, y se avocan como si se tratara de una causa sin elementos internacionales.

Como se ha podido apreciar de esta muestra aleatoria, ha sido mínimo el número de casos (sólo se identificaron 2) en que la justicia alemana no ha

²³² VIRGOS SORIANO, Miguel, Ob. Cit. P. 56.

²³³ DELGADO BARRETO, César.O. Cit.. tomo I, 2da Edición p.139.

detenido en el carácter internacional de una relación jurídica, aplicando directamente normas de competencia interna y las de derecho material alemán, es una observación importante máxime si como apreciaremos seguidamente, la proporción en las sentencia españolas es inversa en este aspecto. Lo que evidencia que no sólo en nuestro medio, sino también en otras latitudes es frecuente la inobservancia de la presencia de elementos extranjeros en la relación jurídica a considerar, a efectos de darle el tratamiento de Derecho Internacional Privado que le corresponde.

4. 3. España

4.3.1 Régimen jurídico sobre competencia judicial internacional

Concurrencia normativa:

“Una de las características más significativas del sector de la CJI es la pluralidad de fuentes normativas. En el Derecho español vigente, las reglas de competencia judicial (CJI) se encuentran en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ), en normas de origen comunitario (básicamente reglamentos) y en diversos convenios internacionales”²³⁴

- a) Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis), (Examinado en el capítulo precedente).
- b) Reglamento Bruselas I es inaplicable por razón de la materia, salvo por lo que hace a las obligaciones alimenticias. (p. 232 Virgos)

b) Ley Orgánica del Poder Judicial:

Artículo 22.3.3ª LOPE inciso a 1-6 y 10

El artículo 22.3ª 3 LOPJ establece tres foros especiales en materia de relaciones entre cónyuges, sean patrimoniales o personales, nulidad, separación o divorcio:

cuando ambos tengan su residencia habitual en España al tiempo de la demanda;

(b) cuando el demandante sea español y resida habitualmente en España;

(c) cuando ambos tengan la nacionalidad española, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.

Son tres foros alternativos entre sí: i.e., es suficiente cualquiera de esas tres circunstancias para atribuir CJI a los tribunales españoles.....

La amplitud de las atribuciones y la formulación de un forum actoris (residencia habitual+ nacionalidad española del demandante) se explican por el interés del legislador español, en este ámbito, en favorecer el acceso a la jurisdicción del actor frente al derecho del demandado a su propio foro. Desde la perspectiva del demandado, la lógica de estos foros obedece a razones materiales mas que a razones localizadoras o conflictuales, la

²³⁴ VIRGOS SORIANO, Miguel, Ob. Cit., p.79

sujeción jurisdiccional se extiende hasta donde viaja la otra persona parte en la relación...

Ni la nacionalidad española común, por sí sola, ni la residencia del demandante, por sí sola, son causas suficientes para atribuir CJI. Sin embargo, esta afirmación es matizable. En primer lugar, los jueces españoles deben abrir un foro de necesidad cuando existan riesgos de denegación de justicia (p. ej., ante una denegación del reconocimiento de un divorcio extranjero), y en este ámbito, el principio de favorecer el acceso a la justicia del actor prevalece sobre el de garantizar el foro natural del demandado. Por otro lado, frente a aquel cónyuge que resida en el extranjero puede invocarse la CJI de los tribunales españoles si el domicilio conyugal se conserva en España ex artículo 22.2 LOPJ

Dentro del ámbito material de esta regla se comprenden:

La CJI para resolver sobre las “crisis matrimoniales”: acciones de nulidad, separación o divorcio y sus efectos (por ejemplo, la liquidación del régimen económico), aunque como hemos advertido, hay que tener en cuenta la prevalencia del Reglamento comunitario en su ámbito de aplicación.²³⁵

c) Regulación convencional:

No existe convenio sobre temas vinculados a la competencia judicial internacional entre Perú y España.

3.3.2. Selección y comentario de sentencias españolas relativas a competencia judicial internacional

I Sentencias españolas de divorcio no publicadas

a.- Decisiones judiciales que se pronunciaron por el divorcio como un asunto de carácter nacional, tratándose de cónyuges de diferente nacionalidad cuya residencia habitual es España

Juez español declara el divorcio de ciudadanos peruanos y de peruanos y españoles, cuya residencia habitual de ambos cónyuges se encuentra en España, aplica las normas procesales y de derecho civil español²³⁶

²³⁵ Virgos Soriano, Miguel, Ob. Cit., p. 237 a 240.

²³⁶ Como refiere Carmen Vaquero López, en su artículo Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia, (AEDIPr, t.VI, 2006, pp. 195,208), en la doctrina civilista

1.- Exp.:399/2005 Fecha: 15 de diciembre del 2006.²³⁷

SENTENCIA

En Madrid a 15 de diciembre de 2006.

La Sra. D^a **Susana Trujillano Sánchez, MAGISTRADO-JUEZ** del Juzgado de Primera Instancia N° 75 de Madrid, habiendo visto y oído los autos de juicio divorcio contencioso seguidos en este Juzgado al N° 399/2005 a instancia de D^o. GLADYS RAQUEL CHAVARRI ÁLVAREZ representada por la procuradora Sra. Ruiz de Luna González y defendida por la letrado Sra. Remesal Bárcena, contra D. JALBERTO LUCIANO ESPINOSA representado por el procurador Sr. Ferrer Recuero y defendido por el letrado Sr. De Frutos Arribas, con intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de D^a. Gladis Raquel Chavarrí Álvarez se formuló demanda de divorcio contencioso con base en los siguientes hechos:

Alegaba que los litigantes contrajeron matrimonio en fecha 24-8-1984 en San Juan de Lurigancho (Perú), de cuya unión han nacido 3 hijos: Gerson Alberto mayor de edad, Ayrton Armando y Luis Renzo, estos dos últimos de 17 y 12 años de edad respectivamente, que la actora se vio obligada a abandonar la vivienda familiar en fecha 27-6-2005, no residiendo ninguno de los cónyuges en dicha vivienda en la actualidad.

Terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dictara sentencia por la que se acuerde la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, con adopción de las siguientes medidas: atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a la madre; pensión de alimentos de 600 euros mensuales, pensión compensatoria a favor de la actora de 200 euros mensuales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó sustanciarla por los trámites establecidos en los artículos 753 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades contenidas en el mismo precepto, dando traslado por veinte días al demandado.

Mediante escrito presentado en fecha 29-9-06 por el demandado se contestó a la demanda, mostrando conformidad con la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, con atribución de guarda y custodia de los hijos menores a la actora, solicitando régimen de visitas concretado en escrito de contestación; ofreciendo 50 euros mensuales de

española, se adopta la expresión “régimen matrimonial primario” para designar el conjunto de disposiciones que se contienen en el Capítulo I del Título III del Código Civil.

²³⁷ Exp. 00210- 2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

pensión de alimentos a favor de los hijos, y oponiéndose al establecimiento de pensión compensatoria a favor de la actora.

TERCERO.- Mediante providencia dictado en fecha 17-10-06, se convocó a las partes para celebración de vista el día 12/12/06 las 12,40 horas, siendo celebrada en la fecha indicada con asistencia de ambas partes, asistidas de letrado y representadas por procurador, quienes manifestaron haber llegado a un acuerdo que se recogió en acta de vista, ratificado por ambos cónyuges, y con informe favorable del Ministerio Fiscal, quedando los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones y solemnidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Establece el art. 86. del Código según redacción efectuada por Ley 15/2005 de 8 de julio que “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. Este último artículo, recoge en su número 2° como causa de separación: “A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”.

De la documental aportada junto con la demanda resulta acreditado el transcurso del referido plazo desde la celebración del matrimonio por lo que procede decretar la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes.

SEGUNDO.- Establece el artículo 774.1 de la LEC que “EN la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges, podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia”.

Esta regulación se completa con lo establecido en el artículo 90 del Código Civil según el cual “Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencia de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

En el caso de autos el acuerdo alcanzado por los litigantes, que consta en acta de vista celebrada en el día de la fecha, 13 de diciembre de 2.006, se considera beneficioso para ambos y protege adecuadamente el interés de los hijos menores, por lo que procede su aprobación.

TERCERO.- No procede hacer pronunciamiento expreso sobre costas. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de D° GLADYS RAQUEL CHAVARRI ÁLVAREZ contra D LUIS ALBERTO LUCIANO ESPINOSA debo DECLARAR Y DECLARO LA DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO DE LOS EXPRESADOS con todos los efectos legales inherentes, y con aprobación del acuerdo alcanzado por ambos litigantes en acto de vista de fecha 13 de diciembre de 2.006, que forma parte integrante de la presente resolución. No se hace expresa condena en costas.

Esta resolución no es firme, contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid (art. 455 LEC). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna. (art. 457.2 LEC).

No constando inscrito el matrimonio en Registro Civil Español, no procede acordar de oficio la anotación de la presente resolución en Registro Civil.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

LA MAGISTRADO-JUEZ

En el mismo sentido se pronunciaron:

2.- N° de Exp. 2606 1 0202232 /2008, fecha: 01 de setiembre de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Viveiro (Lugo).²³⁸

3.- N° de Exp. 705/07 A, fecha: 08 de julio de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.²³⁹

4.- N° de Exp. 1656/2007, fecha: 19 de junio de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla.²⁴⁰

5.- N° de Exp. 28079 1 0021837/2008, fecha: 27 de febrero de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid.²⁴¹

6.- N ° de Exp. 28006 1 0104457/2007, fecha: 18 de diciembre de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia de Alcobendas.²⁴²

²³⁸Exp. 00040- 2010 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²³⁹Exp. 00036- 2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁴⁰Exp. 01213- 2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁴¹ Exp. 00991- 2008 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁴² Exp. 00667- 2007 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

7.- N° de Exp. 637/2006, fecha: 21 de noviembre de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada, Madrid.²⁴³

8.- N° de Exp.:811/2006, fecha: 29 de octubre del 2007, por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid.²⁴⁴

9.- N° de Exp.:603/2007, fecha: 2 de octubre del 2007, por el Juzgado de Primera Instancia de Santa cruz de Tenerife.²⁴⁵

10.- N ° de Exp. 360/06, fecha: 28 de julio de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia de Vendrell.²⁴⁶

11.- N° de Exp. 472/2004, fecha: 17 de marzo de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia de Manacor.²⁴⁷

12.- N ° de Exp. 1698/03, fecha: 26 de enero de 2004, por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid.²⁴⁸

13.- N ° de Exp. 225/96, fecha: 16 de mayo de 1996, por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.²⁴⁹

b.- Decisiones judiciales que pronunciaron por el divorcio como un asunto de carácter nacional, tratándose de cónyuges de diferente nacionalidad y Estado de residencia habitual.

²⁴² Exp. 00154- 2006 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁴³ Exp. 01185- 2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁴⁴ Exp. 01204- 2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

²⁴⁵ Exp. 00053- 2010 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

²⁴⁶ Exp. 00360- 2006 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁴⁷ Exp. 00120- 2007 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁴⁸ Exp. 00154- 2006 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁴⁹ Exp. 00004- 2007 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

Juez español declara el divorcio de ciudadanos peruanos o de peruano y españoles, cuya residencia habitual de uno de ellos se encuentra en España, y el otro en el extranjero, aplica las normas procesales y de derecho civil español

14- Exp.:300/2006 Fecha: 30 de marzo del 2006.²⁵⁰

SENTENCIA N° 292/06

En Sevilla a treinta de marzo de dos mil seis

Vistos por la Iltrma Sra. D^a MARÍA NUÑEZ BOLAÑOS, MAGISTRADA - JUEZ de 1^a Instancia (Familia) N° 17 de Sevilla y su partido, los presentes autos de divorcio consensual, seguidos en este Juzgado con el número **300/06** a instancia de D/D^a. MANUEL EDUARDO RUIZ HUIDROBO CUBAS Y D/D^a INMACULADA VERA VALENCIA, de mutuo acuerdo, representados por el/la Procurador/a D/D^a. JESÚS LEÓN GONZALES 234 y dirigidos por Letrado, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación actora, se presentó demanda de divorcio consensuado de su matrimonio contraído en **Sevilla**, el día **05/07/97**, de cuyo matrimonio existen hijos menores de edad, exponiendo los hechos y fundamentos legales aplicables, aportando la certificación de su matrimonio expedida por el Registro Civil correspondiente, propuesta de convenio regulador y los demás documentos pertinentes.

Segundo.- Dictado auto por el que se acordó admitir a trámite la solicitud, y requeridos los cónyuges, ratificaron en legal forma la solicitud de divorcio y propuesta de convenio regulador. El Ministerio Fiscal en su informe de fecha **20/03/06**, estima que el convenio regulador ampara suficientemente los intereses de la descendencia del matrimonio y solicita su aprobación.

Tercero.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La propuesta de convenio regulador aportada y ratificada por los cónyuges no contiene cláusula alguna gravemente perjudicial para ninguno de ellos ni para sus hijos comunes menores de edad.

Segundo.- No procede hacer pronunciamiento especial sobre las costas de este procedimiento al no apreciarse temeridad o mala fe.

²⁵⁰ Exp. 00908- 2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

Visto todo lo cual y vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que, estimando la demanda de divorcio consensual presentada por el/la Procurador de los Tribunales D/D^a. JESUS LEON GONZÁLES234, en nombre y representación de D/D^a. INMACULADA VERA VALENCIA, debo declarar y declaro la disolución a efectos civiles, por **divorcio** del matrimonio por ellos contraído, con los efectos inherentes a tal declaración, aprobando la propuesta de convenio regulador suscrito por los esposos el **6/01/06**, y ratificado a presencia judicial, sin hacer condena en costas

CONVENIO REGULADOR

En Sevilla a 06 de Enero de 2006

REUNIDOS

De una parte **D. Manuel Eduardo Ruiz Huidobro Cubas**, mayor de edad, casado, DNI N° 06997297, peruano, vecino de Chorrillos (Lima), con domicilio en Malecón de Chorrillos 1279, dpto. 301 Lima 9.

Y de otra, **Doña Inmaculada Vera Valencia**, DNI N° 28912048-J, mayor de edad, casada, con domicilio en Sevilla, Cl Don Juan n° 29, C.P. 41007.

Intervienen ambos en su propio nombre y derecho y reconociéndose mutua y recíprocamente plena capacidad legal para contratar y obligarse e, en especial, para otorgar el presente convenio,

EXPONEN

Que contrajeron matrimonio canónico en Sevilla el día 05 de Julio de 1997, Inscrito en el Registro Civil de Sevilla, al tomo de 260, pág. 454, y en fruto de su matrimonio han nacido y viven dos hijos, Manuel Federico y Marina Ruiz Huidobro Vera, nacidos respectivamente los días 11 de diciembre de 1998 y 19 de agosto de 2000.

Que el régimen económico por el que se ha regido el matrimonio ha sido el de sociedad legal de gananciales.

Que los otorgantes ante la imposibilidad de continuar con la vida matrimonial dadas las diferencias conyugales existentes, libremente acuerdan su separación matrimonial, por lo que proceden a ordenar los efectos de la misma, a tenor de lo establecido en el artículo 90 del Código Civil, conviniendo regular sus relaciones futuras mediante los siguientes.

PACTOS

De la separación

Primero.- Ambas partes acuerdan interrumpir definitivamente la vida en común, dispensándose del deber legal previsto en el Art. 68 del código Civil, comprometiéndose a no molestarse ni inmiscuirse en la vida privada del otro, guardándose total respeto en sus relaciones y las mantenidas con los hijos del matrimonio.

De la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas.

Segundo.- La patria potestad sobre los hijos del matrimonio, será ejercida por el padre y la madre conjuntamente, siendo la guarda y custodia atribuida a la madre, Doña Inmaculada Vera Valencia.

Ambos progenitores se comprometen a facilitar en todo cuanto sea posible, las relaciones entre ambos con sus hijos, y dado que el padre reside en Lima (Perú) y la madre en Sevilla, ambos acuerdan el siguiente Régimen de Visitas mínimo para el caso de desacuerdo:

Hasta el 31 de Diciembre de 2007

-Vacaciones escolares de verano: El padre podrá estar en compañía de sus hijos durante un mes de las vacaciones escolares de verano de los menores, dicho periodo será el que el padre elija entre la fecha que va desde el inicio de las citadas vacaciones, hasta el fin de las mismas.

-Navidad: Periodo que comprenderá desde el día 23 de diciembre hasta el 1 de enero, ambos inclusive, y que se distribuirá en la siguiente forma:

Navidad 05/06: Los menores permanecerán dichas fiestas con su padre.

Navidad 06/07: Los menores permanecerán con la madre.

Navidad 07/08: Nuevamente con el padre.

-Semana Santa: Periodo que comprenderá desde el Viernes de Dolores hasta el Domingo de Resurrección, ambos inclusive y que se distribuirá en la siguiente forma.

Semana Santa 06: Los menores pasarán dicho periodo en compañía de la madre.

Semana Santa 07: En compañía del padre.

Semana Santa 08: Nuevamente en compañía de la madre.

Durante esta etapa, y dada la corta edad de los menores, la madre acompañada siempre que le sea posible a los mismos durante los viajes, sin que su imposibilidad de viaje impida el de los menores.

A partir del 1 de Enero de 2008:

- Vacaciones escolares de verano: El padre podrá estar en compañía de sus hijos durante dos meses de las vacaciones escolares de verano de los menores, dicho periodo será en el que el padre determine la fecha que va desde el día de inicio de las vacaciones escolares de verano, hasta el fin

de las mismas, comunicando el mismo a la madre con la suficiente antelación.

- Navidad: Periodo que comprenderá desde el día 23 de diciembre hasta el 07 de Enero ambos inclusive.

- Semana Santa: Periodo que comprenderá desde el Viernes de Dolores hasta el Domingo de Resurrección, ambos inclusive.

Dichos periodos vacacionales se alternarán anualmente, conviviendo los menores un periodo con cada progenitor, de forma que si los menores disfrutaran las vacaciones de Navidad con el padre, el siguiente periodo vacacional, que será la Semana Santa, lo pasarán con la madre.

Los traslados entre países de los menores por motivo del régimen de visitas pactado, serán en todo caso sufragados por el padre.

No obstante lo anterior y siempre en caso de acuerdo de los progenitores, el padre podrá visitar a sus hijos en Sevilla si gozara de permiso laboral o situación que se lo permita, comprometiéndose la madre a cuya guarda quedan a facilitar dichos encuentros en la medida de lo posible.

De la vivienda familiar

Tercero.- En cuanto al uso de la que fuera vivienda familiar ubicada en Lima, (Perú) propiedad privativa del esposo, queda su uso atribuido al mismo, dado que desde hace más de un año que los cónyuges libremente residen en distintos domicilios, siendo el del esposo en Lima y el de la esposa y los hijos del matrimonio en Sevilla (España) Cl. Don Juan nº 29.

De los alimentos de los hijos y pensión compensatoria.

Cuarto.- Dado el volumen de ingresos del padre y la situación de inestabilidad laboral de la madre y, atendiendo a los recursos y nivel de vida familiar mantenido durante el matrimonio, ambas partes estiman procedente señalar a cargo del padre en concepto de pensión de alimentos para sus hijos las siguientes:

Hasta Septiembre de 2006 (inclusive): Se estipula la cantidad de la cantidad de 360,00 euros mensuales por cada uno de ellos, contribuyendo la madre con su trabajo personal de atención, cuidado y la ocupación de todas las necesidades de los menores.

De octubre de 2006 a Octubre 2007 (inclusive): se estipula la cantidad de la cantidad de 450.00 euros mensuales por cada uno de ellos, contribuyendo la madre con su trabajo personal de atención, cuidado y la ocupación de todas las necesidades de los menores.

A partir de Noviembre de 2007: se estipula la cantidad de la cantidad de 500.00 euros mensuales por cada uno de ellos, contribuyendo la madre con su trabajo personal de atención, cuidado y la ocupación de todas las necesidades de los menores.

La pensión de alimentos se hará efectiva entre los días 1 y 5 de cada mes, mediante transferencia o ingreso en la cuenta corriente que la madre, mantiene abierta con N° 2071 0968 50 0162144030.

A partir de Noviembre de 2007, la citada pensión será revisada anualmente, de acuerdo con el incremento que experimente el índice de precios al consumo en España, a tenor del coeficiente que publique el Instituto Nacional de Estadística o el Organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios de los hijos, serán satisfechos al 50 por ciento entre ambos progenitores, siempre que se acrediten suficientemente, hayan sido previamente consultados con el otro cónyuge o sean autorizados por el juzgado, en caso de discrepancia de los cónyuges.

Quinto.- La esposa en este caso expresa su renuncia a recibir del esposo pensión compensatoria que pudiera corresponderle por su dedicación a la familia y al cuidado del hogar durante los años de matrimonio.

De la situación económica del matrimonio:

Sexto.- Pese a haberse contraído el matrimonio en régimen legal de gananciales, no existen bienes comunes que repartir entre ambos, por lo que no procede a realizar liquidación.

Para que conste y en prueba de conformidad con todo cuanto antecede, ambas partes suscriben el presente documento por duplicado y a un solo efecto en el lugar y fecha al inicio indicados.

En el mismo sentido se pronunciaron:

15- N° de Exp. 410/05, fecha: 14 de setiembre de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.²⁵¹

16- N° de Exp. 372/2007, fecha: 21 de setiembre de 2007, por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.²⁵²

17- N ° de Exp. 175/06, fecha: 28 de abril de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia de Granollers.²⁵³

18- N ° de Exp. 306/2004, fecha: 29 de octubre de 2004, por el Juzgado de Primera Instancia de La Laguna.²⁵⁴

²⁵¹ Exp. 00069- 2008 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁵² Exp. 01246- 2007 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁵³ Exp. 00242- 2006 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

19- N° de Exp. 1590/01, fecha: 12 de noviembre de 2002, por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid.²⁵⁵

c.- Decisiones judiciales que se pronunciaron por el divorcio como un asunto de carácter internacional, aplicando inclusive derecho extranjero.

Se declaró el divorcio como si se tratara de un divorcio nacional, empero mediante una resolución aclaratoria se señaló que la legislación peruana era la aplicable

20 Exp.:579/03 Fecha: 17 de octubre de 2003.²⁵⁶

SENTENCIA

En Barcelona, a diecisiete de octubre de dos mil tres.

Vistos por el Ilmo./a. Sr./a. Don/ña. Jorge Maza Domingo, Magistrado Juez del Juzgado Primera Instancia 14 Barcelona, los autos seguidos bajo el n° 579/2003 sobre disolución de matrimonio por causa de divorcio, promovidos por el procurador Don/ña. JOAN GRAD MARTI en nombre y representación de Magali del Rosario Castro Zegarra con el consentimiento de Carlos Enrique Muñoz Viale y en los que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante demanda, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, el indicado Procurador, en la representación invocada, formuló solicitud de divorcio del matrimonio mencionado, en base a los hechos que expuso, acreditando la fecha de aquel documentalmente, alegando la separación de hecho de los cónyuges por el tiempo y con las circunstancias que permiten subsumir tal realidad fáctica en los supuestos del Artículo 86 del Código Civil, y tras citar los fundamentos de derecho que estimo oportunos, y relacionar el convenio que preceptivamente acompaña, terminó suplicando se le tuviera por parte, se admitiese a trámite la demanda y se dictase sentencia conforme a sus pedimentos.

²⁵⁴ Exp. 00099- 2005 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁵⁵ Exp. 00102- 2007 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL

²⁵⁶ Exp. 0099- 2006 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

Segundo. Tenida por formulada la solicitud de divorcio y ratificadas ambas partes en la misma y en el convenio, se admitió a trámite la demanda y se ordenó, dentro del plazo legal, traer los autos a la vista para Sentencia, con citación de las partes.

Esta sentencia cabe recurso de apelación, que sólo podrá interponer el Ministerio Fiscal en interés de los hijos menores, que deberá prepararse, ante este mismo Juzgado en el plazo de 5 días siguientes a su notificación y que se sustanciará ante la Audiencia Provincial.

Y firme que sea esta resolución, expídase el oportuno despacho por la inscripción marginal de la misma en la inscripción de matrimonio, en el Registro Civil correspondiente.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el propio Magistrado Juez que la suscribe, hallándose celebrado Audiencia Privada en el mismo día de su pronunciamiento, de lo que doy fe.

AUTO

Barcelona, a 27 de octubre 2003

HECHOS

PRIMERO.- Por el procurador Sr. Grau Martí se solicitó la aclaración de la sentencia dictada en los presentes autos, respecto a la omisión de haberse aplicado en el presente procedimiento, la ley peruana por ser ésta la ley nacional común de los solicitantes.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Establece el artículo 267 de la L.O.P.J, en relación con el 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece la posibilidad de que las resoluciones judiciales puedan ser aclaradas cuando contengan algún concepto oscuro o proceda suplir cualquier omisión que contengan, siempre que alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo interesen dentro de los dos días siguientes a la notificación de la resolución cuya aclaración se pretenda, o se trate de rectificar algún error material notorio; en cuyo caso podrá el juez practicar de oficio la rectificación, “en cualquier momento”, como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1986.

SEGUNDO.- En el caso de autos aun cuando la presunta omisión que se pretende suplir no es tal pues ni la aplicación de la ley peruana figuraba prevista en la demanda inicial y por tanto no hay apartamiento de lo

resuelto respecto de lo solicitado ni tampoco hay error material alguno en los Fundamentos de Derecho de la sentencia, es conveniente expresar cual es la norma examinada para apreciar la legalidad de los pactos convenidos entre las partes que, efectivamente, es la Ley peruana.

En consecuencia, vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

RESUELVO: Que procede la aclaración de la Sentencia dictada en estos autos, de fecha 17 de octubre de 2003 de manera que en la línea última del Fallo y entre las palabras “27 de mayo de 2003” y “cuyo tenor es el siguiente” se entenderá añadido “(que se encuentra procedente en virtud de lo dispuesto por la actual legislación civil peruana, que es la nacional común de ambos cónyuges, dado lo dispuesto por el art. 107 C.C.)”

Notifíquese a las partes, advirtiéndoles que, a partir de la notificación de esta resolución, comenzará, de nuevo, a computarse el plazo para la linterposición del recurso de apelación procedente contra la resolución principal.

Líbrense testimonio de esta resolución que se unirá a los autos principales, dejando el original en el libro de Sentencias, y junto ala resolución que se aclara.

Se declaró el divorcio, no se expresó los criterios para establecer la competencia internacional, empero se invocó el derecho peruano para resolver los distintos extremos de la causa.

21 Exp.2056/08 Fecha: 12 de enero de 2009.²⁵⁷

Fallo de Primera Instancia:

Sentencia núm. 1/2009

En Cáceres, a doce de enero de dos mil nueve.

Vistos por mí, Francisco Matías Lázaro, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Cáceres y su partido, los autos de divorcio tramitados en este Juzgado bajo n° 384 / 2008 a instancia de D. Riquelme Nazario Román, representado por D^a María Pilar Simón Acosta y defendido por D. Enrique Harto Trujillo contra D^a María Magdalena Cruz Bustamante, representada por D. Jorge Campillo Álvarez y defendida por la Sra. Díaz Sanabria y de acuerdo con los siguientes:

²⁵⁷ Exp. 00155-2009 Primera Sala Especializada de Familia, CSJL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Riquelme Nazario Román, representado por D^a. María Pilar Simón Acosta interpuso demanda de divorcio contra D^a. María Magdalena Cruz Bustamante.

SEGUNDO.- Presentada la demanda se emplazó a la demandada para que en el plazo de veinte días la contestase.

TERCERO.- La demanda formuló declinatoria de jurisdicción, que fue desestimada, contestando con posterioridad a la demanda.

CUARTO.- El día señalado se celebró el acto del juicio, y, solicitado por ambas partes, se recibió el pleito a prueba y se practicó la que, propuesta, fue declarada pertinente, con el resultado que obra en autos, informando ambas partes en defensa de sus intereses y quedando los autos definitivamente conclusos.

Y de acuerdo con los siguientes:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- D. Riquelme Nazario Román ejercita acción de divorcio contra D^a. María Magdalena Cruz Bustamante. Al ostentar ambos la nacionalidad peruana, es de aplicación, tal y como dispone el art. 107 del Código Civil, la ley nacional común a ambos, es decir, la peruana, en concreto el Código Civil del Perú. Cuando la acción de divorcio se ejercita por uno de los cónyuges contra el otro, el Código Civil peruano, a diferencia nuestro Código Civil tras la reforma de julio de 2.005, exige la concurrencia de una causa que lo justifique. En concreto el art. 349 de este texto legal dispone que puede demandarse el divorcio por las causales de la separación de cuerpos previstas en el art. 333, incisos del 1 al 12, y, a su vez, éste incluye entre las mismas la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años (nº 12), el adulterio (nº 1) o el abandono injustificado de la casa conyugal por mas de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo (nº 5). Ambos cónyuges están de acuerdo en que se declare la disolución de su matrimonio por divorcio, aunque difieren de la causal aplicable, pues mientras que D. Riquelme invoca la separación de hecho durante dos años, D^a. María Magdalena invoca el adulterio. Es cierto que, como mínimo, desde enero de 2.007, momento en que D. Riquelme viajó a España, según afirmó D^a. María Magdalena, existe una separación de hecho entre uno y otro, y en el escrito de declinatoria D^a. María Magdalena reconoce que existe tal separación, ahora bien, todo parece indicar que no se trata de una separación de hecho mutuamente pactada sino impuesta por la relación extramatrimonial que mantuvo D. Riquelme con otra mujer, fruto de la cual nació una niña. No puede invocarse el adulterio como causal del divorcio, porque el art. 339 del Código Civil peruano señala que

no puede invocarse tal causal transcurridos seis meses desde que fue conocido por el otro cónyuge y, en el caso que nos ocupa, D^a. María Magdalena ya tenía conocimiento del mismo en enero de 2.007, cuando D. Riquelme vino a España. En cualquier caso el n° 12 del art. 333 no distingue entre separación pactada y no pactada, por lo que debe decretarse el divorcio de los cónyuges.

SEGUNDO.- En cuanto a los efectos del divorcio, dispone el art. 350 del Código Civil Peruano que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignara una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquel. El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio. En el supuesto que nos ocupa, D^a. M^a. Magdalena carece de ingresos por trabajo propios, mientras que D. Riquelme percibe una pensión por jubilación como policía que, según su propia declaración, ascendería a unos 900 soles y, al mismo tiempo, trabaja como portero o vigilante en Madrid, percibiendo casi 900 euros, como consta en las nóminas más recientes aportadas a las actuaciones. En tales condiciones, teniendo en cuenta los gastos fijos de alimentación y vivienda que puede tener en Madrid, así como los bienes gananciales que pueden corresponder a D^a. M^a. Magdalena una pensión alimenticia de 250 euros mensuales.

TERCERO.- Por último, en cuanto a la atribución a D^a. M^a. Magdalena del domicilio conyugal, no consta que tal previsión exista en el Código Civil peruano, y, en cualquier caso, no existen hijos menores que convivan con aquella, por lo que lo procedente es la liquidación y adjudicación del régimen patrimonial.

CUARTO.- Por la especial naturaleza de estos procesos no ha lugar a hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes corriendo cada una con las causadas a su instancia y con la mitad de las comunes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, en virtud de la autoridad que me ha sido conferida por el pueblo español y en nombre del Rey,

FALLO

Que según lo legalmente previsto en el art. 86 del Código Civil declaro la disolución civil por divorcio del matrimonio celebrado entre D^a. María Magdalena Cruz Bustamante y D. Riquelme Nazario Román acordando las siguientes medidas:

Establezco una pensión alimenticia de 250 euros a cargo de D D. Riquelme Nazario Román a favor de D^a. María Magdalena Cruz Bustamante. Esta

pensión se revalorizará conforme a los incrementos del IPC coincidiendo con la fecha de esta resolución, debiendo ingresarse los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que señale D^a. María Magdalena.

Notifíquese a las partes la presente resolución.

Contra esta resolución podrá anunciarse recurso de apelación en el plazo de cinco días desde su notificación del que conocerá en su caso la Audiencia Provincial de Caceres

Firme esta Sentencia, comuníquese al encargado del Registro Civil en el que conste la inscripción del matrimonio.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones originales, lo pronunció, mando y firmo.- Francisco Matías.- Rubricado. **PUBLICACIÓN.-** La anterior Sentencia ha sido dada, leída y publicada por el I^lmo. Sr. Magistrado que la suscribe, hallándose celebrando audiencia publica en el día de la fecha, de lo que doy fe.- Josefina Amarilla.- Rubricado.

Lo anteriormente inserto concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y para que conste y surta los efectos procedentes, expido la presente que firmo en Caceres a uno de Abril de dos mil nueve.

Sentencia que resuelve apelación:

Habiendo vista ante esta Audiencia Provincial de Caceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Divorcio Contencioso núm. 384/08 del Juzgado de 1^a núm. 2 de Caceres, siendo partes apelantes-apeladas, la demandada, DOÑA MARÍA MAGDALENA CRUZ BUSTAMANTE, representada tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Campillo Álvarez, viniendo defendida por el Letrado Sra. Díaz Sanabria, y el demandante, DON RIQUELME NAZARIO ROMÁN BUENO, representado tanto en la instancia como en la alzada por el Procurador de los Tribunales Sra. Simón Acosta, viniendo defendido por el Letrado Sr. Harto Trujillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 2 de Caceres, en los Autos núm. 384/108, con fecha 12 de Enero de 2009, se dictó sentencia cuya por te dispositiva es del tenor literal siguiente:

“FALLO: Que según lo legalmente previsto en el art. 86 del Código Civil declaro la disolución civil por divorcio del matrimonio celebrado entre D^a. María Magdalena Cruz Bustamante y D. Riquelme Nazario Román acordando las siguientes medidas:

Establezco una pensión alimenticia de 250 euros a cargo de D. Riquelme Nazario Román a favor de D^a. María Magdalena Cruz Bustamante. Esta pensión se revalorizará conforme a los incrementos del IPC coincidiendo

con la fecha de esta resolución, debiendo ingresarse los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que señale D^a María Magdalena”.

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución y por las respectivas representaciones procesales de las partes demandante y demandada, se solicitó la preparación de sendos recursos de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 457.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- Admitida que fue la preparación de los recursos por el Juzgado, se emplazó a las partes recurrentes, conforme a lo dispuesto en los arts. 457.3 de la L.E.C. por veinte días por a la interposición de los recursos de apelación, conforme a las normas del art. 458 y ss. de la citada ley procesal.

CUARTO.- Formalizados en tiempo y forma los recursos de apelación por las partes demandante y demandada, se tuvieron por interpuestos y, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C., se emplazó a las partes contrarias personadas por a que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

QUINTO.- Presentados por las respectivas representaciones procesales de las partes demandante y demandada escritos de oposición a los recursos presentados de contrario, se remitieron los autos originales a esta Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Cáceres, previo emplazamiento de las partes por término de 30 días.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a incoar el correspondiente Rollo de Sala, turnándose de ponencia; y personadas las por tes, no habiéndose propuesto prueba y no considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló por a la DELIBERACIÓN Y FALLO el día once de Marzo de dos mil nueve, quedando los autos por a dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C.

SEPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANTONIO MARÍA GONZALEZ FLORIANO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de fecha 12 de Enero de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Cáceres en los autos de Juicio de Divorcio seguidos con el número 384/2.008, conforme a la cual se declara la disolución civil por divorcio del matrimonio celebrado entre D^a María Magdalena Cruz Bustamante y D. Riquelme Nazario Román, estableciéndose una pensión alimenticia de 250 euros a cargo de D. Riquelme Nazario Román a favor de DB. María Magdalena Cruz

Bustamante, que se revalorizará conforme a los incrementos del Índice de Precios al Consumo, coincidiendo con la fecha de esa Resolución, debiendo ingresarse los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que señale la demandada, se alzan las partes apelantes alegando, básicamente y en esencia, como motivos de sus respectivos Recursos, los siguientes: la demandada, D^a. Magdalena Cruz Bustamante, en primer término, la infracción de precepto legal por inaplicación del artículo 333.1, en relación con el artículo 349, ambos del Código Civil de Perú, en cuanto a la causa de divorcio; y, en segundo lugar, la infracción del artículo 350 del Código Civil de Perú en cuanto a la cuantía de la pensión de alimentos fijada; y el demandante, D. Riquelme Nazario Román Bueno, en primer término la infracción del artículo 350 del Código Civil de Perú en cuanto a la cuantía de la pensión de alimentos a favor de la demandada, y, en segundo lugar y con carácter subsidiario, la infracción del mismo precepto en cuanto a la cuantía de la pensión de alimentos. En sentido inverso, las partes apelantes, en su condición de apeladas, se han opuesto, respectivamente, al Recurso de Apelación interpuesto, interesando su desestimación.

SEGUNDO.- Recurso de Apelación de D^a. Magdalena Cruz Bustamante.- Centrado el indicado Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el primero de los motivos en los que aquél se sustenta denuncia -como se acaba de anticipar la infracción de precepto legal por inaplicación del artículo 333.1, en relación con el artículo 349, ambos con el Código Civil de Perú, entendiendo la parte apelante que el divorcio debería de haberse decretado por causa de adulterio y no por separación de hecho de los cónyuges. Puede ya anticiparse, que el motivo no puede ser en modo alguno atendible en virtud de las siguientes consideraciones: en primer término, porque ambos cónyuges están de acuerdo en que se decrete la disolución del matrimonio por el divorcio; en segundo lugar, porque la ponderada valoración de la prueba practicada en este Proceso revela que- con independencia de la atribución de la iniciativa de la separación de hecho a uno de los cónyuges- el cese de la convivencia conyugal fue, cuando menos, conocido por D^a. María Magdalena Cruz Bustamante, debiendo destacarse que, en el Hecho Tercero del Escrito por el que la demandada promovió la cuestión de competencia por declinatoria, reconoció, de manera expresa, que llevaban separados de hecho dos años, por lo que la causa de divorcio aplicable es la prevista en el número 12, inciso inicial, del artículo 333 del Código Civil de Perú (la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años); y, finalmente, porque (además de las consideraciones expuestas por el Juzgado de instancia en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia recurrida), el adulterio, como causa de divorcio, debe quedar debidamente demostrado, correspondiendo a la parte que lo alega la prueba del mismo, prueba que la parte demandada apelante en absoluto ha verificado.

TERCERO.- Como segundo motivo de su Recurso, la parte demandada alega la infracción del artículo 350 del Código Civil de Perú en cuanto a la

cuantía de la pensión de alimentos fijada en la Sentencia impugnada, postulando la indicada parte -en tal sentido que la expresada pensión debería establecerse en la tercera parte de los ingresos de D^a. Riquelme Nazario Román Bueno, es decir, en la cantidad de 434 euros mensuales.

Conforme a los dos primeros párrafos del artículo 350 del Código Civil de Perú, por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer, añadiéndose que, si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el Juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. Pues bien, el motivo ha de correr la misma suerte desestimatoria que el anterior, debiendo significarse -incluso- que la pensión de alimentos establecida en la Sentencia recurrida se verá reducida y limitada en el tiempo con motivo de la estimación parcial del segundo de los motivos del Recurso que ha sido interpuesto por la parte actora. No obstante, conviene significar, en esta sede, que la asignación, en concepto de pensión de alimentos, de “la tercera parte de la renta” del cónyuge a quien se atribuyera la culpabilidad del divorcio es el límite máximo de la expresada prestación, importe máximo que es el que solicita la parte apelante en función del cálculo subjetivo que efectúa de los ingresos que percibe el demandante. Sin embargo y, en el hipotético supuesto de que se admitiera el volumen de ingresos del demandante que señala la parte apelante en el segundo motivo de su Recurso, la cantidad solicitada (434 euros mensuales) -que sería, insistimos, la máxima posible- se estima excesiva y notoriamente desproporcionada, no sólo porque no se ha justificado la razón por la cual habría que establecer el importe máximo posible de la tan repetida prestación, sino también por las obligaciones económicas que corresponden al demandante y por la existencia de bienes gananciales.

CUARTO.- Recurso de Apelación de D. Riquelme Nazario Román Bueno.- Como primer motivo de su Recurso, la parte actora esgrime la infracción del artículo 350 del Código Civil de Perú en cuanto al señalamiento de pensión de alimentos a favor de la demandada, pretendiendo la parte apelante que no se señale pensión de alimentos a la demandada, D^a. Guadalupe Cruz Bustamante, al no concurrir los requisitos que establece el artículo 350 del Código Civil de Perú. Como ya se indicó en el Fundamento Jurídico anterior, los dos primeros párrafos del artículo 350 del Código Civil de Perú, disponen que, por el divorcio, cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer, y que, si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el Juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. A juicio de este Tribunal, concurren, en el presente caso; los presupuestos previstos en el expresado precepto para establecer, a favor de la demandada, D^a. Magdalena Cruz Bustamante, la correspondiente pensión de alimentos en la medida en que el concepto de “culpa de uno de los cónyuges” al que se refiere el precepto citado no es incompatible con la causa de divorcio que contempla el

número 12 separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años) del artículo 333 del Código Civil de Perú. En este sentido, el concepto de “culpa de uno de los cónyuges” debe ser entendido en un sentido amplio y lato, determinante de la causa y de la iniciativa de la solicitud de divorcio, siempre que no viniera provocada por el acuerdo de ambos cónyuges, conviniendo la Sala -en este sentido- con el Juzgado de instancia en que la separación de hecho no fue mutuamente pactada sino impuesta por la relación extramatrimonial que mantuvo D. Riquelme Nazario Román Bueno con otra mujer fruto de la cual nació una niña, por lo que forzoso es reconocer la “culpa” (entendida como causa) del divorcio es atribuirle al actor y, en ningún caso, a la demandada.

En cuanto al segundo de los presupuestos contemplados en el artículo 350 del Código Civil de Perú (esto es, que el otro cónyuge careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio), su presencia no abriga género de duda alguno, en el sentido de que D^a. Magdalena Cruz Bustamante no desempeña ningún trabajo remunerado por el que perciba ingresos patrimoniales propios (constituyendo su edad un obstáculo objetivo -aunque no una imposibilidad- para obtener algún trabajo que le permita, al menos en la actualidad, sufragar todas sus necesidades), no se ha acreditado que disponga de una cualificación profesional especial para acceder al mercado laboral y tampoco se ha demostrado que el producto de los bienes gananciales existentes garantizaran suficientemente la satisfacción de sus necesidades en el presente y en el futuro.

Por consiguiente, el primero de los motivos del Recurrente interpuesto por la parte actora no puede tener favorable acogida.

QUINTO.- Sin embargo, sí debe estimarse parcialmente segundo de los motivos del Recurso interpuesto por la parte actora motivo por el que la indicada parte acusa, con carácter subsidiario, infracción del mismo artículo 350 del Código Civil del Perú, si bien la relación con la cuantía de la pensión de alimentos. Análogas consideraciones a las que han quedado puestas de manifiesto en Fundamento Jurídico anterior justifican el que el importe de la pensión de alimentos establecida en la Sentencia recurrida debe considerarse excesivo y que, por tanto, deba reducirse, aunque no el importe- notablemente exiguo (en un máximo de 50 euros) propone la parte actora apelante. Con carácter previo, conviene... significar que la pensión que contempla el artículo 350 del Código Civil de Perú (aun cuando se califique de alimenticia) presenta ciertas notas que la equiparan a la pensión compensatoria prevista en artículo 97 del Código Civil Español, fundamentalmente porque margen del requisito de la culpabilidad de uno de los cónyuges devenga como consecuencia del divorcio a favor del cónyuge que encuentra en una situación económica del otro. Pues bien, siendo procedente final la correspondiente pensión a favor de D^a. Magdalena Cruz Bustamante conforme se indicó en el Fundamento Jurídico anterior no cabe duda de que, aun cuando hipotéticamente se computaran ingresos mensuales del demandante en la cuantía que estima la parte demandada, la cantidad de 250 euros fijada en la Sentencia

recurrente no se considera ponderada y equitativa si se atiende, en primer término, a la propia capacidad económica del obligado a asumir la prestación; en segundo lugar, a las propias necesidades del mismo y, finalmente, a la existencia de bienes gananciales; por lo que la cuantía de la pensión que habrá de abonar D. Riquelme Nazario Román Bueno a D^a. Magdalena Cruz Bustamante se establecerá en la cantidad de 150 euros mensuales con un límite temporal de dos años computados desde la fecha de la Sentencia dictada en primera instancia, importe que -con el límite temporal señalado- se estima justa y adecuado a la situación económica de la alimentista. Consiguientemente y en los extremos referidos, procede la estimación del segundo de los motivos del Recurso.

SEXTO.- Por tanto y, en virtud de las consideraciones que anteceden, procede, de un lado, la desestimación del Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, y, de otro, la estimación parcial del Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, y, en su consecuencia, la revocación parcial de la Sentencia que constituye su objeto en los términos que, a continuación, se indicarán.

SEPTIMO.- Dada la especial naturaleza y objeto de los Procesos Matrimoniales y de Derecho de Familia, y, conforme al criterio reiterado de este Tribunal, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Que, desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de **D^a. MAGDALENA CRUZ BUSTAMANTE**, y, estimando parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de **D. RIQUELME NAZARIO ROMÁN BUENO**, contra la Sentencia 1/2.009, de doce de Enero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Cáceres en los autos de Juicio de Divorcio seguidos con el número 384/2.008, del que dimana este Rollo, debemos **REVOCAR y REVOCAMOS** parcialmente la indicada Resolución, en el único sentido y particular de fijar el importe de la Pensión de Alimentos en la cantidad mensual de CIENTO CINCUENTA EUROS (150 euros) con un límite temporal de dos años contados desde la fecha de la Sentencia dictada en la primera instancia (12 de Enero de 2.009), **CONFIRMANDO** a Sentencia recurrida en el resto de sus pronunciamientos; todo ello, sin hacer pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada, de modo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

En su momento, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA.- SALVADOR CASTAÑEDA BOCANEGRA.- ANTONIO MARÍA GONZALEZ FLORIANO.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.-

Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico. INES MARÍA VARONA GARCÍA.- Rubricado.-

Lo anteriormente inserto concuerda bien y fielmente con su original, de que es copia y a que me remito. Y para que conste, a los efectos de inscripción en el Registro de Lima (Perú), haciendo constar que referida Sentencia ha devenido FIRME, expido y firmo el presente testimonio en Cáceres a uno de Abril de dos mil nueve.

II Sentencias españolas de divorcio publicadas en Revistas especializadas e internet

1.- 2606/70.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18^a, Auto de 25 de octubre de 2005. Ponente. Ilmo. Sr. D. Enrique Alavredra Farrando. JUR 2006/43171.²⁵⁸

Separación transfronteriza.- Competencia judicial internacional en el orden civil.- Competencia de los tribunales españoles.- Demanda de separación.- Nacionalidad española de uno de los cónyuges o residencia habitual en España.- Ley aplicable a la separación cuando ninguno de los cónyuges posee la nacionalidad española.

Normas aplicadas: Arts. 9.2° y 107.2° b) Ce; art. 22.3° LEC.

[...] Debe estimarse la infracción alegada, en base al invocado art. 107.2. b) Cc, en la redacción dada por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en material de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, si bien indicando que en primer lugar, resulta de aplicación el ap. 2 art. 9 Cc, norma específica en el sistema de Derecho internacional privado español que en materia de separación judicial, divorcio y nulidad (ésta última se incorpora tras la reforma), hace una remisión expresa al art. 107 del mismo texto legal. En

²⁵⁸ Anuario Español de Derecho Internacional privado 2006, Tomo VI, IPROLEX, 2006, p. 968

la exposición de motivos de la meritada reforma se refiere a “La adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país”, señalando que “Con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes de España y de garantizar que disfrutaran de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma Cc en materia de separación y divorcio”, y determina que “El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, pro ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España”, dando lugar a la reforma del art. 107 Cc, que su nueva redacción dispone, que “2...En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residua habitualmente en España:...b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro”, que es caso que nos ocupa, y por lo tanto, debe proceder la admisión de la demanda.

A lo que cabe añadir, que igualmente antes de dicha reforma Cc, también hubiese procedido su admisión en base a la LOPJ, y así el art. 22.3° reza que “En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:...en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro”. E, igualmente debe tenerse en cuenta, como así resulta de la presente demanda, lo dispuesto en el ap. 2° del mencionado art. que establece que “Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles,...”.

2.- 2606/71.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Auto de 16 de mayo de 2006. Ponente. Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR 2006/217367.²⁵⁹

Divorcio transfronterizo.- Competencia judicial internacional en el orden civil. Divorcio de matrimonio de chilenos con residencia habitual en España al tiempo de la demanda.- Procedencia.- Ley aplicable al divorcio.-Aplicación de la ley chilena.- Prueba del Derecho extranjero.- Confusión entre normas de competencia judicial y de derecho aplicable.

Normas aplicadas: Art. 22.2° y 3° LOPJ; arts. 12.2°, 3° y 6° 107 Cc; art. 181.2° LEC.

²⁵⁹ Anuario Español de Derecho Internacional privado 2006, Tomo VI, IPROLEX, 2006, p. 969.

El art. 107 Cc una norma de Derecho internacional privado, que sirve para determinar la ley material aplicable al derecho controvertido y, efectivamente, salvo que contenga determinaciones que vulneren principios de orden público español, significa que en el caso de autos, la ley que el tribunal debe aplicar para la resolución del litigio, es la vigente en la República de Chile.

Otra cosa distinta es la regulación de la competencia de los tribunales, que viene establecida por el art. 4 LOPJ, al establecer que la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, sin hacer distinción de la condición de españoles o extranjeros de los ciudadanos que impetren la tutela de los tribunales. El art. 21 LOPJ, añade que “los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros, y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”.

Por lo que se refiere al divorcio, con carácter general, el art. 22.2° LOPJ prevé la competencia de los Tribunales españoles cuando el demandado tenga su domicilio en España, y el párrafo 3° de dicho precepto, especifica y concreta que “en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda”. La LEC, en el art. 769, y en sede de los procesos especiales de la familia, incorpora los fueros de competencia territorial del art. 54 LEC, y los vincula al lugar del domicilio conyugal, y en caso de residencia en partidos judiciales diferentes, el del último domicilio del matrimonio o el de la residencia del demandado.

Específicamente, cuando se den los presupuestos de la Ley de Violencia sobre la mujer, el juzgado competente, a tenor de lo que establece el art. 49°. Bis. 5, LEC, es el del domicilio de la víctima, tal como establece el art. 15. bis LEC.

En el caso de autos, consta de la sentencia penal dictada por el Juzgado de Instrucción N° 3, como de la resolución del expediente de Justicia gratuita, que la esposa tiene su domicilio en Sabadell, así como el marido y los hijos, por lo que el Juzgado de Violencia de esta ciudad es el competente para el enjuiciamiento, sin perjuicio de que respecto a las cuestiones civiles que se susciten, deba aplicar la ley civil chilena, por la remisión que realiza el art. 107, en relación con el 12.2° Cc, y con la salvaguarda del orden público ex art. 12.3°.

Por lo que respecta a la prueba de la ley material aplicable, el art. 281.2° LEC, que recoge el principio establecido en el derogado segundo párrafo del art. 12.6° Cc, obliga a probar el Derecho extranjero a la parte que lo invoca, por lo que es la representación procesal y técnica de la actora quién debe aportar al Tribunal la certificación consular del texto vigente, sin perjuicio de la facultad del juez de valerse de los medios de averiguación que estime convenientes, sin que pueda denegar el dictado de la

resolución por ésta causa, como expresa la STC N° 10/2000, de 17 de enero, que sancionó con la nulidad las resoluciones de primera instancia que se abstuvieron de conocer por este motivo.

3.- 2006/72.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12°, Auto de 15 de junio de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. Pascual Ortuño Muñoz. JUR 2007/10487.²⁶⁰

Separación transfronteriza.- Competencia judicial internacional en el orden civil.- Separación de matrimonio de polacos con residencia habitual en España al tiempo de la demanda.- Procedencia.- Ley aplicable a la separación divorcio.- Aplicación de la ley polaca.

Normas aplicadas: Art. 21.1° y 22.3° LOPJ; art. 3 Reglamento (CE) 2201/2003; art. 107 Cc.

El argumento jurídico que invoca el Tribunal de Primera Instancia para inadmitir a trámite la demanda, es que tanto la demandante como el demandado, ostentan la nacionalidad polaca, por lo que es de aplicación para la separación la ley de la nacionalidad común, es decir, el Código Civil de Polonia, y, examinado el mismo, se ha constatado que no contempla medidas previas ni provisionales a la demanda de separación de divorcio. Se razona en la resolución, que es inspirada en el informe del Ministerio Fiscal, que el art. 107 Cc prevé que la separación y el divorcio se rigen por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda, y ésta no prevé la acción ejercitada.

La tesis no puede ser compartida, por cuanto el art. 107 Cc una norma de Derecho internacional privado, que sirve para determinar la ley material aplicable al derecho controvertido y, efectivamente, salvo que contenga determinaciones que vulneren principios de orden público español, significa que en el caso de autos, la ley que el tribunal debe aplicar la resolución del litigio en su aspecto material, es la vigente en la República de Polonia.

Otra cosa distinta es la regulación del proceso a seguir que ha de ser el previsto en las procesales españolas, en aplicación del principio general del ritus fori establecidos en los arts. 21.1° LOPJ y 3 LEC.

Incurre el informe del Ministerio Fiscal en el error de considerar que las medidas previas y provisionales son de carácter sustantivo, lo que puede venir justificado por su inserción en los arts. 103 y 104 Cc, pero ello no es así.

Existen numerosos preceptos en la ley material que contienen regulación procesal más o menos explícita, como es el caso de autos. Más es evidente que el régimen de medidas previas o provisionales corresponde al ámbito del proceso, está regulado en sede de la LEC, y cumple además, una función tuitiva en el ámbito del proceso de los intereses y derechos

²⁶⁰ Anuario Español de Derecho Internacional privado 2006, Tomo VI, IPROLEX, 2006, p. 972.

fundamentales de los cónyuges y de los hijos comunes que, en cualquier caso, han de realizarse con arreglo a la ley del foro, de conformidad con lo que establece el art. 107.2°.c).

En cuanto a la competencia territorial, el art. 3 Reglamento (CE) 2201/2003, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial en el ámbito de la UE. Establece entre los criterios de atribución de la competencia, el de la residencia habitual del demandado. En consecuencia, debe ser admitida la demanda y tramitado el juicio por los de su clase.

4.- 2006/73.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12°, Auto de 29 de junio de 2006. Ponente: Ilma. Sra. D° María José Pérez Tormo. JUR 2007/9167.²⁶¹

Divorcio transfronterizo.- Espacio Judicial Europeo.- Competencia judicial internacional en el orden civil.- Residencia habitual del demandante al menos seis meses inmediatamente antes de la presentación de la demanda.- Nacionalidad del Estado de la presentación.- Competencia de la jurisdicción española.- Ley aplicable.

Normas aplicadas: Art 21 LOPJ; art. 2 Reglamento 1347/2000, art. 107 Cc. Esta Sala no comparte el argumento jurídico que invoca el Juzgado de Primer Instancia para inadmitir a trámite la demanda, pues establece el art. 21 LOPJ que los juzgados y tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles y extranjeros... con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y convenios internacionales.

Siendo el demandado un ciudadano comunitario, pues tiene nacionalidad griega, es de aplicación el art. 107 Cc, en cuanto norma de Derecho internacional privado que determina la ley material aplicable al hecho controvertido; y en cuanto a la competencia territorial, las normas de Derecho internacional privado previstas en el art. 2 del Reglamento (CE) n° 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, Bruselas III, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial en el ámbito de la UE, establecen entre los criterios de atribuciones de la competencia para resolver sobre la cuestiones relativas al divorcio, separación judicial o a la nulidad del matrimonio de los cónyuges, entre otros fueros alternativos, el de la residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y es nacional del Estado miembro en cuestión, esto es España en el presente caso. Concurriendo en el presente caso las circunstancias antedichas, pues manifiesta la actora en el Hecho 4° su demanda, que el día 2 de abril de 2005 dejó el domicilio familiar, en Grecia, para volver a Barcelona, habiendo presentado la demanda en fecha 4 de enero de 2006, por lo que se cumplen ambos requisitos, y debe por tanto admitirse la demanda, por ser competente territorialmente el

²⁶¹ Anuario Español de Derecho Internacional privado 2006, Tomo VI, IPROLEX, 2006, p. 972.

juzgado de Barcelona que por turno de reparo la correspondido, y tramitarse por el juicio de los de su clase.

5.- 2006/75.- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, Auto de 13 de setiembre de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio García García. LA LEY 153698/2006.²⁶²

Divorcio transfronterizo.- Espacio Judicial Europeo.- Competencia judicial internacional.- Divorcio de matrimonio contraído por nacional española con residencia en España con español residente en Reino Unido.- Nacimiento del hijo del matrimonio en el último domicilio común y hogar familiar.- Competencia de la jurisdicción española para conocer de la demanda de divorcio ejercitada, así como los efectos y medidas inherentes a la eventual declaración de divorcio.- España: Estado miembro de la nacionalidad común de ambos cónyuges.- Nacionalidad española de la demandante.- Residencia en España de la demandante al menos, seis meses anteriores a la presentación de la demanda y al tiempo de interposición de la demanda.

Normas aplicadas: Arts. 3 a) y b) y 19.1º y 2º Reglamento CE 2201/2003

Se impugna en esta alzada auto por el que se declara la jurisdicción española para conocer de una demanda de divorcio ejercitada por una ciudadana española con residencia en España, frente a un ciudadano español también residente en el Reino Unido, país este último en el que ambos contrajeron matrimonio, donde nació su hijo y donde tuvieron el que fue el último domicilio común y hogar familiar.

Debe advertirse que no constituye el objeto del procedimiento la restitución del menor a la jurisdicción de Inglaterra y Gales, cuestión sobre la que ya se ha pronunciado la jurisdicción española si bien en resolución que no ha adquirido firmeza, y que lo que se cuestiona es la competencia de la jurisdicción española para conocer de la demanda de divorcio ejercitada, así como los efectos y medidas inherentes a la eventual declaración de divorcio.

Realizada la anterior advertencia procede revocar el Auto impugnado y declarar la competencia de la jurisdicción española para conocer de la demanda de divorcio ejercitada, tanto por ser España el Estado miembro de la nacionalidad común de ambos cónyuges (art. 3 b) Reglamento 2201/2003) como por coincidir la nacionalidad española de la demandante con su residencia en España por al menos seis meses anteriores a la presentación de la demanda (art. 3.1ª) Reglamento 2201/2003), como por tener nacionalidad española el cónyuge demandante y residencia habitual

²⁶² Anuario Español de Derecho Internacional privado 2006, Tomo VI, IPROLEX, 2006, p. 975.

en España al tiempo de interposición de la demanda (art. 22.3° LOPJ) y no constar la presentación de demanda alguna de divorcio ante la jurisdicción de otro Estado miembro con anterioridad (art. 19.1° Reglamento 2201/2003), ni tratarse la presente, en sentido estricto, de una demanda relativa a la responsabilidad parental con el mismo objeto y causa que la que ya se dilucida ante la jurisdicción inglesa (art. 19.2° Reglamento 2201/2003), pues ésta decide exclusivamente sobre la restitución del menor y no sobre la titularidad o el ejercicio de las responsabilidades parentales.

Se declara la competencia de los tribunales españoles, dado que el actor tiene su domicilio en Madrid, habiendo además mantenido dicha situación durante un período superior a un año, y con independencia de tener la demandada su residencia en Perú.

6.- I.1.B.- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 22ª, A 10-4-2008, nº 119/2008, rec. 264/2008. (EDJ 2008/85914)²⁶³

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (...) D. Rosendo de nacionalidad peruana y residente en Madrid, interesa la disolución por divorcio, del matrimonio que en Lima (Perú) contrajo con D^a Paloma de la misma nacionalidad, quien según se alega en la demanda tiene su domicilio en Lima (Perú).

El órgano a quo, mediante auto de 17 de octubre de 2007, acuerda inadmitir a trámite dicha demanda en base al artículo 22 de la L.O.P.J EDL1985/8754, destacando que ambas partes son extranjeros y la demandada reside en el extranjero.

Y contra dicho criterio, invocando el artículo 22 de la L.O.P.J EDL1985/8754 y el artículo 107 del C.C EDL1889/1, se alzó el citado litigante, solicitando de la Sala que, revocando el mismo, se establezca la competencia del Juzgado para conocer de la demanda de divorcio.

SEGUNDO.- Si bien la aplicación al caso del precepto en el que se apoya la decisión impugnada podría, en principio, determinar la desestimación de la pretensión revocatoria deducida, en cuanto ni el demandante es español, ni la demandada tiene su domicilio en España al tiempo de la presentación de la demanda, no puede olvidarse que tal normativa, tras la entrada en vigor del Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, ha pasado a tener un carácter meramente residual, en virtud de lo prevenido en los artículos 96 de la Constitución española EDL1978/3879 y 21 de la repetida Ley Orgánica, por lo que los criterios establecidos en el artículo 22 de esta última, respecto de la competencia de los Tribunales españoles, tan sólo son de aplicación a aquellos supuestos no contemplados en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

²⁶³ Rosa Lapiedra Alcamí. Derecho Internacional Privado, Curso 2009-2010, Universidad de Valencia. En ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/2-2/i.1.pdf

Podría, sin embargo, alegarse que el citado Reglamento tan sólo es de aplicación a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, lo que dejaría fuera de sus previsiones a supuestos como el que nos ocupa, en que los cónyuges inmersos en la litis de separación, divorcio o nulidad ostentan una nacionalidad distinta.

Pero es lo cierto que la competencia que regula, respecto de dichos procedimientos, el repetido Reglamento no se apoya, al menos con carácter principal y mucho menos exclusivo, en el criterio de la nacionalidad de los esposos, en cuanto perteneciente a alguno de los Estados de la Unión, sino en el principio de territorialidad, en concreta y reiterada referencia al lugar de residencia habitual de los esposos o de alguno de ellos, lo que permite la aplicación de tal norma comunitaria a nacionales de Estados no miembros, pero residentes en la Comunidad europea.

Así queda inequívocamente evidenciado mediante la dicción del artículo 3 que, en su apartado a), y en lo que afecta a los procedimientos matrimoniales, declara la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los mismos, siempre que uno de ellos aún resida allí o, en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha permanecido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.

Adviértase que tales previsiones no hacen referencia alguna a la nacionalidad de los cónyuges, al contrario de lo que acaece en el último inciso del apartado a), en el que se exige, a tales efectos competenciales, que el demandante sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, que tenga allí su "domicile", y ello para los supuestos en que tenga en el Estado miembro su residencia habitual y haya residido allí al menos los seis meses anteriores a la presentación de la demanda.

En consecuencia, y a salvo de este último supuesto, no se exige que uno de los cónyuges, el actor en tal previsión, sea nacional de un Estado miembro, por lo que, en las demás hipótesis anteriormente mencionadas, la competencia de dichos tribunales se extiende a quien cumpla los requisitos de residencia referidos, con absoluta independencia de cuál sea su nacionalidad.

En el supuesto que nos ocupa el demandante tal como pone de manifiesto el padrón municipal de habitantes, su informe de vida laboral a fecha 14 de mayo de 2007 (documentos que obran a los folios 12 y 13) tiene su residencia habitual en España desde principios del año 2004, y el hecho de tener la demandada su residencia en Perú no puede excluir la competencia de los Tribunales españoles, dado que el actor tiene su domicilio en Madrid, habiendo además mantenido dicha situación durante un período

superior a un año, en relación con la fecha de la presentación de la demanda

En consecuencia, y aunque la examinada norma comunitaria no ha sido expresamente invocada por el recurrente, se impone necesariamente su aplicación al caso en virtud del principio "iura novit curia", lo que determina el acogimiento de la pretensión revocatoria deducida por aquél.

4.3.3 Marco normativo de Derecho Internacional Privado y Derecho Civil invocado en las resoluciones examinadas.

Código Civil:

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de 2005 , da medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que reforma el artículo 107 del Código Civil, relativo a las normas de Derecho Internacional Privado
Artículo Tercero.- Modificación al Código Civil

Tres. El artículo 107 del Código Civil quedará redactado del siguiente modo:

1.- La nulidad de matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

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

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los sea español o resida habitualmente en España.

- a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieren la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Ley 15/2005 del 8 de julio del 2005, por la que se modifica el Código Civil y la ley de enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Dos.– El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 81.

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.»

Tres.–El artículo 82 queda sin contenido.

Cuatro.–Se modifica el párrafo primero del artículo 84, que tendrá la siguiente redacción:

«La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.»

Cinco.–El artículo 86 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 86.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, la petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.»

Seis.–El artículo 87 queda sin contenido.

Siete.–El primer párrafo del artículo 90 y su apartado a) quedan redactados en los siguientes términos:

«El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que lo viva habitualmente con ellos.»

Ocho.–Se da una nueva redacción al artículo 92, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 92

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.
6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.
8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.
9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

Nueve.–El artículo 97 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 97.

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.^a Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.»

Diez.–El párrafo primero de la medida 1.^a del artículo 103 del Código Civil quedará redactado como sigue:

«1.^a Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.»

4.3.4 Estudio de sentencias españolas y su referencia a casos nacionales sobre CJI

4.3.4.1 Identificación y tratamiento de DIP a la relación jurídica con elemento extranjero

Como hemos podido apreciar en las resoluciones judiciales no publicadas, no obstante su número 21, y parte de las publicadas, se ha obviado la calificación de relación jurídica con elemento extranjero y en consecuencia la invocación de la normativa comunitaria correspondiente para la determinación de la competencia judicial internacional de sus tribunales, esto es la aplicación del Reglamento 2201/2003 o Reglamento de Bruselas II bis, no obstante su prevalencia respecto al ordenamiento interno de los Estados miembros; a diferencia de lo que pudo observarse en los fallos alemanes examinados, que no sólo han sustentado sus pronunciamientos en la reglamentación comunitaria, desde su vigencia, sino que desde antigua data (las referencias ubicadas y reportadas se refieren a fallos del año 1996), han realizado siempre un examen de atribución de competencia judicial internacional, antes de acuerdo a su ordenamiento procesal y hoy de conformidad al orden reglamentario vigente.

La estructura de los pronunciamientos identificados nos permiten apreciar que se omite la determinación de la competencia judicial internacional, incluso en los pocos casos que se ha aplicado derecho extranjero, tratándose en las demás resoluciones como si se tratara de relaciones jurídicas nacionales, disponiendo de acuerdo a su legislación interna.

Pareciera que el material muestral identificado no resulta tan diferenciado de la práctica usual en el ámbito forense, si anotamos el agudo comentario de María Jesús Elvira Benayas respecto a la jurisprudencia publicada en el Anuario Español de Derecho Internacional Privado:

“la cuestión relativa a la norma aplicable para la determinación de la competencia judicial internacional respecto de una demanda de divorcio y su confusión con la norma de conflicto. Sin embargo, en ella encontramos, además, en su estructura profunda, otro tipo de asuntos, unos apuntados en el Auto (prueba del Derecho extranjero) y otros latentes (consecuencias de que ambos cónyuges tengan nacionalidad chilena). Por ello, en primer lugar, es destacable el interés del presente asunto por su valor didáctico: en él puede observarse cómo, en ocasiones, la naturaleza de las normas de derecho internacional privado y su finalidad son circunstancias irrelevantes para el aplicador, por una parte, y para los abogados defensores, por otra, que no siempre dedican un momento a las cuestiones de DIPr.”²⁶⁴

²⁶⁴ Anuario Español de Derecho Internacional privado 2006, Tomo VI, IPROLEX, 2006, p. 972.

4.3.4.2 Atribución de CJI a través del Reglamento Comunitario

En la mayoría de los casos identificados se ha podido apreciar que si se ha hecho mención a los criterios atributivos de competencia internacional, éstos no han provenido de la Reglamentación Comunitaria sobre la materia, que en todo caso ha sido la normatividad interna la que ha pretendido fundamentarla, advirtiéndose además que al igual que en nuestra jurisprudencia hay una tendencia a identificar criterios de competencia judicial internacional y ley aplicable, tema que es explicitado por la profesora Elvira Benayas :

“Lo primero que nos llama la atención es el correctivo a la aplicación de las normas de conflicto como normas de competencia judicial internacional que supone éste respecto de la sentencia de primera instancia. No sabemos a ciencia cierta quién invocó el art. 107 Cc como regla de competencia judicial internacional pero sí sabemos – para nuestra sorpresa – que el Ministerio Fiscal apoyó esta tesis (Razonamiento jurídico 2º). No es la decisión impugnada la primera ni la única en la que dicha confusión se produce. Vid., sino, la SAP Cádiz, Sección 1ª, de 8 de abril de 2005 (www.westlaw.es) en la que el tribunal “encauza” lo planteado por la parte (FD 1º); o la SAP La Coruña, Sección 4ª, de 8 de marzo de 2006 (www.westlaw.es) y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de 15 de junio de 2006 (www.westlaw.es) donde el tribunal, en primer lugar, advierte de que el art. 107 Cc no es una norma de competencia judicial internacional (FD 1º y RJ 2º, respectivamente). Conveniente y acertada la corrección del error en la presente decisión y en las mencionadas, sin embargo, a nuestro juicio, en ninguna de ellas se advierte de que existe una pluralidad de normas aplicables a la competencia judicial internacional, incluida la materia de separación y divorcio común a todas ellas y que no es indiferente el modo en el que deban aplicarse. Común a todas ellas resulta que los tribunales aplican el art. 22.3º LOPJ. En algunos casos se menciona la existencia de otras reglas aplicables (SAP de la Coruña, cit., supra) cuando los Reglamentos comunitarios son aplicables con preferencia a las normas internas (art. 21 LOPJ). No debería, tal vez, sorprendemos este dato si tenemos en cuenta que, por ejemplo, en la SAP de Alicante, Sección 4ª, 14 de diciembre de 2000 (www.westlaw.es) para establecer la competencia de los tribunales españoles se aplicó la disposición adicional primera de la L 30/1981, de 7 de julio en vez del art. 22 LOPJ.

En todos los asuntos aquí referidos y a otros serían aplicables los Reglamentos comunitarios relativos a la nulidad, separación y divorcio: bien el Reglamento 1347/2000 (SSAP de Cádiz y Tarragona, cit., supra o la SAP Málaga, Sección 5ª, 30 de enero 2006 (www.westlaw.es) bien el 2202/2003 (SAP de la Coruña, cit. supra)”²⁶⁵

²⁶⁵ Anuario Español de Derecho Internacional privado 2006, Tomo VI, IPROLEX, 2006, p. 972.

4.3.4.3 Dimensiones de la CJI y la ley aplicable

Como se advierte, pareciera que ante la omisión del tratamiento competencial internacional del fuero español, la discusión de Derecho internacional privado se centra en la determinación de la ley aplicable, la misma que ha merecido incluso un importante trabajo legislativo en el Derecho interno español, en lo que importa dos modificaciones importantes en su ordenamiento. La primera, introducida por ley Orgánica 11/2003 de 29 de Septiembre 2003 que al modificar el art. 107 del Código Civil, lo hace respecto a las reglas de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable en los casos de separación de cuerpos y divorcio, con el propósito de mejorar la integración social de los inmigrantes de España y garantizar que disfruten de semejantes derechos a los nacionales.

“El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España.

Por ello, se reforma el artículo 107 del Código Civil estableciendo que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público”²⁶⁶

Se ha pretendido dar respuesta a problemas que sufren ciertas mujeres extranjeras, particularmente las de origen musulmán, que pretendían el divorcio en España, procurando de ese modo brindar una mayor protección a la mujer ante las nuevas realidades que ofrece el fenómeno migratorio.

En el caso del Derecho sustantivo, en el año 2005 se introdujeron importantes modificaciones al Código Civil, que de modo sucinto la presenta Alfonso Calvo Caravaca, y que nos muestran como se ha flexibilizado el régimen admitiendo no sólo el divorcio conjunto, sino también el unilateral (El texto normativo ha sido glosado en el punto 4.3.3. de este capítulo)

“El ejemplo proporcionado por el Derecho español es muy claro. En Derecho español, el art. 86 CC en su redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio²¹, indica que “[s]e decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”. En otras palabras: para pronunciar el divorcio, el actualmente vigente Derecho civil español no requiere más que la mera y sola voluntad de cualquiera de los cónyuges y

²⁶⁶ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de 2003

el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, sin que se exija ninguna “causa” objetiva para acceder y pronunciar al divorcio. El matrimonio puede disolverse sin “causas” de divorcio. El cónyuge toma el poder y se divorcia cuando le parece mediante su sola manifestación de voluntad. Ambos elementos, la “complejidad jurídica” del divorcio, y la “complejidad histórico-ideológica” del divorcio, repercuten, como no podría ser de otra manera, en la regulación del divorcio por el Derecho internacional privado europeo y nacional.²⁶⁷

Las resoluciones examinadas precisamente hacen referencia a la aplicación directa de dicha normatividad, al amparar los divorcios consensuados así como los propuestos por uno de los cónyuges, nacionales, extranjeros, residentes y no residentes en España.

4.3.4.4 Criterios de atribución de CJI comparación con casos nacionales

SENTENCIA CASO N° 1743-2008 LIMA

Lima, quince de Julio de dos mil ocho.-

La **Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**, vista la causa número mil setecientos cuarenta y tres guión dos mil ocho, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- El impugnante, señala, que la Sala Ad quem ha vulnerado el debido proceso, lo que se encuentra sancionado por el artículo 139 inciso 3^a de la Constitución Política, concordante con el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al tenerse por convalidado el acto procesal sin ampararse en dispositivo legal alguno; así como por haberse apreciado en la sentencia de mérito los documentos de fojas doscientos uno y siguientes como prueba relativa a la competencia, vulnerando su derecho de defensa y de tutela jurisdiccional efectiva; sin tener en cuenta los fundamentos de su escrito de fajas trescientos noventa y uno y trescientos noventa y dos, con referencia a los medios probatorios de fojas trescientos ochenta y tres a trescientos noventa.

Segundo.- En materia casatoria es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si se ha infringido o no el debido proceso. Es que el derecho a un debido proceso supone la observancia de las reglas que regulan la estructuración de los órganos jurisdiccionales, las normas, los principios y las garantías que conciben el

²⁶⁷ CALVO CARAVACA Alfonso Luis, Ob. Cit, p.41

proceso como instrumento judicial, cautelando el ejercicio del derecho de defensa de las partes en litigio.

Tercero.- Examinado el presente proceso para determinar si se ha infringido o no el debido proceso en los términos denunciados, es del caso efectuar las siguientes precisiones; **I)** El demandante, don Jean Philippe Blanchard Patin, demanda la separación de cuerpos de su cónyuge, doña Rosa María Eustaquia Ruiz Mendizábal, invocando la causal de separación de hecho, tal como corre a fajas veinticinco; precisando, asimismo, que contrajo matrimonio civil con la citada demandada con fecha veintiséis con fecha veintiséis de julio de mil novecientos ochenta y te la Municipalidad Distrital de San Isidro y que se encuentra separado desde hace más de ocho años. **II)** La demandada fue declarada rebelde según resolución de fojas cincuenta y dos, nombrándose Curador Procesal, quien absuelve el traslado de la demanda, en los términos corrientes a fojas ciento cuarenta y cinco, señalando que la causal invocada no resulta admisible, toda vez que no se ha esclarecido debidamente el último domicilio de los cónyuges al no existir instrumental alguna que así lo acredite. **III)** En la audiencia de conciliación se fijó como punto controvertido, entre otros, el determinar la separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años o de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. **IV)** La resolución de primera instancia concluyó por desestimar por improcedente la demanda, sosteniéndose que el Juzgado era incompetente para el conocimiento del asunto en litis, conforme al artículo 24 del Código Procesal Civil, lo que se corrobora con la copia certificada del documento denominado "*Entrega a Mano Judicial*" de fojas doscientos tres y su traducción oficial de fajas doscientos uno. **V)** El demandante, interpuso el recurso de apelación contra la citada resolución en cuanto desestima por improcedente la demanda planteada, en los términos que aparecen a fajas trescientos sesenta y cuatro. **VI)** Posteriormente, mediante el escrito de fajas trescientos noventa y uno a trescientos noventa y dos, ofrece la instrumental de fajas trescientos ochenta y tres a trescientos noventa, consistente en la resolución de fecha veintiuno de diciembre de dos mil seis. **VII)** La sentencia de vista concluye por confirmar la apelada, destacando como hecho relevante que ambas partes con posterioridad a la separación alegada en la demanda, han desarrollado vida conyugal en Francia, resultando por tanto competentes los Tribunales del citado país, tal como se aprecia a fojas cuatrocientos veinte.

Cuarto.- El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, está reconocido en el artículo 139 inciso 3° de la Constitución Política del Estado y es el que tiene toda persona "a que se le haga justicia", es decir, que cuando, pretenda algo sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Por consiguiente, constituye un derecho "genérico" que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados en el mencionado artículo, o deducidos implícitamente de éste.

Quinto.- En el presente caso, debe tenerse en cuenta que la instrumental

a que alude el recurrente, no fue ofrecida expresamente como medio probatorio en el recurso de apelación, pese a que es de data anterior. El principio de libre valoración de la prueba a que se refiere el artículo 197 del Código Procesal Civil, faculta a los órganos de instancia a que expresen en sus resoluciones cómo las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión. Por consiguiente, sólo será viable la denuncia in procedendo planteada, si lo resuelto se apoyase en una apreciación arbitraria e inadecuada de los medios probatorios aportados al juicio, ya que la finalidad concreta del proceso civil consiste en resolver un conflicto de interés o una incertidumbre jurídica.

Sexto.- La decisión impugnada encuentra sustento en el hecho constatado en el proceso que las partes en litis han tenido su último domicilio conyugal en Francia, lo que ha sido corroborado con el documento denominado “*entrega a mano judicial*”, en el mismo que consta la declaración del accionante, en el sentido que la demandada dejó el domicilio conyugal el diez de octubre de dos mil dos. Por lo demás, en la instrumental de fojas trescientos ochenta y tres a trescientos noventa, no se advierte que se haya emitido un pronunciamiento jurídico en relación al vínculo matrimonial de las partes, sino únicamente se amparó un medio de defensa, relativo a la excepción de litispendencia, ante la existencia de este proceso. No obstante, las valoraciones a las que ha arribado la Sala Superior al dirimir el proceso no pueden ser materia del debate casatorio, ya que se basan en lo actuado en el proceso, lo que no puede ser soslayado mediante la acotada instrumental.

Sétimo.- Por consiguiente, la resolución impugnada no infringe el debido proceso en los términos expresados y el recurso propuesto debe desestimarse por infundado.

4. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil:

- a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Carlos Santander Estrada, en representación de don Jean Philippe Blanchard Patin a fajas cuatrocientos cuarenta y tres; y, en consecuencia, **NO CASAR** la resolución de vista de fajas cuatrocientos veinte, su fecha trece de marzo de dos mil ocho, emitida por la Primera Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- b) **CONDENARON** al recurrente a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal, así como al pago de las costas y costos del recurso; en los seguidos con doña María Rosa Eustaquia Ruiz Mendizábal, sobre divorcio por causal de separación de hecho.
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; actuando como Vocal Ponente el señor Valeriano Baquedano y los devolvieron.

S.S.

SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA-CAROJULCA BUSTAMANTE-MANSILLA
NOVELLA-MIRANDA CANALES-VALERIANO BAQUEDANO

A modo de comentario final:

La ejecutoria precedente, de reciente data, nos permite apreciar finalmente, como aún en nuestra jurisprudencia viene invocándose como argumento para no radicar competencia judicial internacional, que encontrándose el domicilio conyugal en el extranjero, corresponde a dicho país la competencia judicial, confusión entre criterios atributivos de competencia judicial internacional y ley aplicable, que como hemos advertido en la investigación realizada parece ser un defecto no sólo nacional sino que puede visualizarse en otras jurisdicciones, y que revela la necesidad de promover el estudio y reflexión por parte de la comunidad jurídica de estos importantes y novedosos temas de Derecho Procesal Civil Internacional, que permitan a los operadores del Derecho procurar los correctivos necesarios, en aras de una mejor administración de justicia, en tutela de los derechos fundamentales, como lo es la tutela jurisdiccional efectiva.

Diremos con Virgos Soriano a propósito del Régimen Europeo competencial, que los Reglamentos Comunitarios, responden a una lógica de integración y a una lógica de Derecho Procesal Civil:

“La relación entre ambos aspectos no debe verse como contradictoria, la uniformidad comunitaria (=lógica de integración) no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar esa tutela judicial internacional efectiva (=lógica de Derecho procesal civil): el verdadero objetivo de un convenio de Derecho Uniforme no es buscar una regla común, sino buscar una regla común adecuada”.²⁶⁸

El ordenamiento nacional sobre la materia, como hemos tratado de presentarlo nos ofrece los recursos legales suficientes, se trata de “reglas adecuadas”, modernas, orientadas a brindar tutela jurisdiccional internacional, que requieren ser aprehendidas en su magnitud por los diversos miembros de la comunidad jurídica, posibilitando el logro pleno de sus fines, el mismo que empieza y termina en la protección de los derechos de la personas sin distinción.

²⁶⁸ VIRGOS SORIANO Miguel, Ob. Cit., p.84

CONCLUSIONES

1.- El ámbito procesal internacional viene cobrando cada vez mayor relevancia en el Derecho Internacional Privado, en procura de una mayor viabilidad y eficacia del procedimiento, en aplicación del derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión privada internacional.

2- La tutela judicial internacional se presta de dos formas:

- a) A través de un proceso de cognición en el foro, en el que se solicita del juez nacional una resolución mediante la que declare un derecho, modifique una relación o imponga una prestación, a la que denomina tutela por declaración; o
- b) A través del reconocimiento en el foro de la autoridad de la resolución adoptada por un tribunal extranjero declarando ese derecho, modificando esa relación o imponiendo esa prestación, tutela por reconocimiento.

3.- Consideramos, en relación a los modelos que inspiran la regulación de la competencia judicial internacional, que si bien el modelo de soberanía se sustenta en la jurisdicción “como poder” y ve la justicia como una expresión de poder soberano del Estado, es el modelo de justicia privada el que al comprender la jurisdicción como función, pone el énfasis en la tarea de suministrar una tutela judicial efectiva *interprivatos*, siendo este último el que sustenta las regulaciones más modernas sobre la materia, tal como ocurre con la legislación nacional.

4.- Nuestra normativa acoge al segundo de dichos modelos, máxime si asumimos el importante desarrollo constitucional nacional, cuyos referentes interpretativos corresponden extender a la comprensión de la competencia judicial internacional, que procura salvaguardar el derecho a la tutela jurisdiccional que es ante todo un derecho fundamental reconocido como tal explícitamente en nuestra Carta fundamental, antes que ser únicamente la mera expresión de un poder estatal, por lo que resulta fundamental insistir que en esta materia la racionalidad que debe imponerse es que “En el DPCI lo que está en juego no es la protección de intereses estatales, sino la protección de derechos subjetivos entre particulares (o, dicho de otro modo, pretensiones inter privados), y en concreto, la realización procesal de esos derechos en el tráfico internacional”

5.- La competencia judicial internacional funciona sobre la base de tres principios: la concurrencia de foros como regla general (la exclusividad es una excepción), la exigencia de razonabilidad en la determinación de los foros de competencia (necesidad de proximidad suficiente entre el caso y el juez competente - domicilio, residencia, nacionalidad), vínculos procesales tales como la conexidad procesal) y el respeto de los derechos fundamentales vinculados con la competencia (garantías de acceso a la justicia y de defensa en juicio, no discriminación de los litigantes)

6- La elección de los foros atributivos de competencia internacional van a ser determinantes para la apertura o restricciones del Estado respecto al conocimiento u homologación de causas de contenido internacional, a partir de su elección legislativa pueden afirmar posiciones territorialistas, sujetando indebidamente a sus nacionales, sustrayéndolos de la competencia de fueros extranjeros que pueden serles próximos y legítimos,

7.- El régimen procesal internacional precedente disponía, que en asuntos sobre esta materia los tribunales nacionales tenían competencia exclusiva respecto a los peruanos por el criterio de atribución de la nacionalidad, domiciliados en el país o en el extranjero, y tratándose de ciudadanos extranjeros ésta era facultativa, pudiendo nuestros tribunales asumir competencia siempre que fueran domiciliados en el país.

8.- Como se advierte la posición del juez nacional, al amparo de la regulación de la época era eminentemente territorialista, correspondiéndose por lo regular ley aplicable y juez competente, no admitiendo la posibilidad de radicar jurisdicción en otros supuestos que podrían importar la eventual aplicación de la ley extranjera, lo que sí resulta imperativamente dispuesto en el régimen vigente, de acuerdo a lo ordenado por el art. 2051 del C.C, Derecho extranjero que debe ser aplicado por el juez nacional, incluso de oficio.

9.- Nuestra legislación tanto en la competencia judicial directa como indirecta, ha experimentado una razonable apertura, que debe ser comprendida en el marco de una regulación moderna del Derecho Internacional Privado, inherente a un Estado democrático, cuyo fin primordial es la persona y la satisfacción de sus derechos fundamentales, en un mundo interconectado, orientado a fortalecer sus lazos de cooperación internacional.

10.- Se establece como foro general el domicilio del demandado para atribuir competencia judicial internacional. Si el demandado domicilia en el país, por el factor atributivo domicilio, el juez nacional goza de competencia, y por tanto le corresponde conocer la relación jurídica internacional que se le propone en la demanda, salvo los casos de competencia negativa, las cláusulas de elección de foro o de sumisión, siendo elemento suficiente, incluso de concurrir vinculación con otros foros.

11- Nuestro ordenamiento establece el supuesto de competencia negativa contemplado en el Art. 2067 inc.3 del C.C, que preceptúa que los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer de las acciones relativas al estado y capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares, si la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la república. Creemos que en tal sentido, que el domicilio del demandado en el país, es un vínculo efectivo con el territorio de la República y por tanto suficiente para ser considerado por el juzgador nacional para conocer del proceso incluso en materias familiares, por lo que en tal situación

no sería de aplicación el supuesto restrictivo de competencia negativa. Otro es el tema de la legislación aplicable para la resolución del caso.

12.- El domicilio del demandante, per se, no es suficiente vinculación, prosperando como criterio atributivo de competencia si es concurrente con el supuesto previsto por el art. 2062 numeral 2, que importa la sumisión de ambas partes a los tribunales nacionales.

13.- En el caso de foros facultativos el potencial demandante puede elegir entre los foros de los países involucrados en la relación litigiosa y ejecutar la demanda en ese u otro Estado distinto con el requisito de que la resolución judicial en cuestión cumpla con una serie de condiciones que señala el orden jurídico en el que se pretende ejecutar la sentencia.

14.- El carácter facultativo de la competencia jurisdiccional en asuntos relativos a las relaciones familiares, es uno de los aspectos más destacables y renovadores de la legislación sobre la materia, los tribunales peruanos no tienen competencia exclusiva sobre dichas temáticas, pero la tendrán si las partes se la reconocen al elegir al tribunal nacional, teniendo la posibilidad de otro lado, por su carácter facultativo de optar por el tribunal extranjero.

15.- Es un foro facultativo en razón de la materia, el que se determina por el criterio del paralelismo, por efecto de que el Derecho peruano es el aplicable de acuerdo a sus normas Derecho Internacional Privado, para regir el asunto.

16.- Establecido el carácter facultativo de la competencia en el supuesto del art. 2062 numeral 1, se posibilita por tanto, que peruanos e incluso extranjeros domiciliados en el extranjero litiguen estas materias ante tribunales nacionales, porque el domicilio conyugal estuvo fijado en el Perú y resulta la ley competente de acuerdo a nuestras normas de conflicto, como también peruanos y extranjeros domiciliados y no domiciliados puedan someterse a la competencia de tribunales extranjeros, aunque hayan tenido domicilio conyugal en el Perú, siempre que el proceso en el exterior se sujete a las garantías procesales inherentes a un debido proceso.

17.- En el caso de la prórroga convencional y tácita de la competencia territorial, ésta opera con la condición de que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República, observándose que el criterio de la autonomía de la voluntad se subordina al de la materia. Vinculación requerida y que se materializa por hechos como la nacionalidad de alguno de los cónyuges, ser el lugar de celebración o registro del matrimonio, nacimiento o domicilio del demandante o de los hijos habidos de la relación, encontrarse los bienes de la sociedad conyugal ubicados en el territorio de la República, etc. La labor de los magistrados en la valoración del elemento vinculante con el territorio de la República y no solo con la legislación nacional resulta fundamental, por cuanto de no apreciarse tal vinculación, el órgano jurisdiccional debe sustraerse del conocimiento de la causa, al encontrarse frente a un caso de competencia negativa

18.- El factor general de atribución jurisdiccional territorial es el domicilio del demandado y no estrictamente el domicilio conyugal, el que opera de modo indirecto para efectos de atribuir jurisdicción al admitirse por la teoría del paralelismo que el juez local sería competente porque la ley peruana es la competente, por encontrarse el domicilio conyugal en la República. Asimismo, se ha admitido la autonomía de la voluntad de las partes como factor atributivo de competencia internacional en asuntos familiares.

19.- Siendo el domicilio del demandado el factor atributivo para los tribunales nacionales, éstos no pueden inhibirse del conocimiento de las causas por no encontrarse el domicilio conyugal en la República, debiendo en todo caso examinar si con el domiciliado se advierten otros elementos que puedan vincular la causa en examen con el territorio de la República, y que no es exclusivamente el domicilio conyugal.

20.- Es necesario distinguir entre factor atributivo de jurisdicción en razón al domicilio del demandado y ley aplicable al proceso por el factor de conexión domicilio conyugal.

21.- Nuestro régimen sobre competencia judicial internacional en materia familiar y particularmente en los casos de divorcio, como lo hacen los convenios internacionales emergentes de las diversas CIDIP consagran la importancia que va adquiriendo el foro del domicilio o residencia habitual de la persona y el espacio dado a la autonomía de la voluntad de las partes.

22.- En el caso del régimen de competencia judicial europeo, a través de Reglamentos comunitarios, se proponen crear un espacio judicial interconectado presidido por el principio de reconocimiento mutuo y el principio de confianza mutua, que de soluciones eficaces a los problemas que se generan por la gran movilidad entre las personas, desterrando el temor al elemento transfronterizo, dotando de un nuevo significado a este componente en el plano intracomunitario.

23.-El Reglamento 2201/2003 o Bruselas II bis, es el Reglamento que regula lo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también denominado Bruselas II bis, éste prevalece sobre cualquier otro convenio, o ley interna de alguno de los Estados miembros.

24.- El régimen competencial internacional europeo en materia de divorcio, consagra criterios alternativos de competencia que consolidan la residencia habitual del demandado, admitiendo la del demandante y respetando el criterio tradicional de nacionalidad concurrente a un periodo de residencia, mas no admite la autonomía de la voluntad para la determinación del tribunal competente, orientándose las propuestas de cambio a su inclusión con el requerimiento de vinculación razonada con el foro, tal como lo prevé nuestro ordenamiento.

25.- La jurisprudencia comparada nos permite advertir que así como ocurre en nuestro medio, en muchos casos se obvia la calificación de relación jurídica con elemento extranjero, sustrayéndola del tratamiento de Derecho Internacional Privado que le corresponde o confundiendo criterios atributivos de competencia judicial internacional y ley aplicable. Los fallos alemanes resultan ser en su mayoría exigentes en la aplicación del método para la resolución de casos con elemento extranjero.



BIBLIOGRAFÍA.

AGUILAR, BENITEZ DE Lugo, Mariano, Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2002.

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Derecho Internacional Privado. Universidad de Madrid. 3era Edición. Madrid, 1982.

ALFONSIN, Quintín. Régimen Internacional del Divorcio. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1953.

ALFONSIN, Quintín. Teoría del Derecho Internacional Privado Internacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1955.

ALTERINI Atilio, NICOLAO Noemí, El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Libro Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani, Fondop editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, La ley, 2005.

BALESTRA, Ricardo. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988. 698 pp.

BASADRE AYULO, Jorge. Tratado de derecho internacional privado. Lima : Jurista editores, 2003.

BOGGIANO, Antonio. Relaciones Judiciales Internacionales. Editorial Abeledo Perrot S.A. Buenos Aires, 1993.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. Estatuto personal y multicultural de la familia. Madrid : COLEX, 2000.

CALVO CARAVACA Alfonso Luis, Práctica Procesal Civil Internacional, Comares, Granada, 2001.

CALVO CARAVACA Alfonso-Luis, Derecho Internacional Privado, Granada, Editorial Comares, 2005, 6ta ed.

CASTAÑEDA OTSU Susana, El Principio de interpretación conforme a los tratados de Derechos Humanos y su importancia en los Derechos consagrados en la Constitución., en Materiales de Enseñanza AMAG, Derecho Constitucional.

DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln, Introducción al Derecho internacional Privado. Fondo Editorial PUCP, Tomo I, 2004.

DELGADO BARRETO, Cesar. Introducción al derecho internacional privado. 2004. PUCP. Fondo Editorial, tomo II, 2007.

DELGADO BARRETO, Cesar. Derecho internacional privado: selección de textos y jurisprudencia. 2000.

DREYZIN DE KLOR, Adriana, URONDO DE MARTINOLI, Amalia. Parte General del Derecho Internacional Privado en las Convenciones Internacionales. Editorial Advocatus. Córdoba, 1990.

EDICION OFICIAL, Convenios internacionales: Código de derecho internacional privado (Código Bustamante). 1994.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio, Código Civil Alemán, comentado, BGB, Barcelona, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

ESPINAR VICENTE, José María. Ensayos sobre teoría general del derecho internacional privado (breve introducción al derecho internacional privado contemporáneo, con especial referencia al tratamiento de las relaciones de familia). Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ESPINOZA – SALDAÑA BARRERA Eloy. Derecho al Debido Proceso. Materiales Módulo de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional.

ESPULGUES MOTA, Carlos, El divorcio Internacional, Editorial Tirant lo Blanch. 2002.

FERNANDEZ FLORES, José Luis, EL DIVORCIO En el derecho Internacional Privado, Editorial de Palma 1967.

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS derecho Internacional Privado, Thomson Civitas, Pamplona, Cuarta edición, 2007.

FERRARI CERETTI, Francisco. El Divorcio Editorial Depalma. Buenos Aires, 1975.

GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Novena edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 2002. 849.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, El Debido Proceso, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2004.

Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II. Anexo Procedimiento de divorcio en la Unión Europea. Breve resumen de la normativa en materia matrimonial,

LECOMPTE LUNA, Alvaro, Derecho Internacional Privado. Editorial Temis, 1979.

LIBER AMICORUM, JURGEN SAMTLEBEN. Avances del derecho internacional privado en América Latina. 2002. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

MACLEAN, Roberto. Las Sentencias Extranjeras. Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos. Lima, 1969.

MARIN LOPEZ, Antonio, MOYA ESCUDERO, Mercedes, TRINIDAD GARCIA, M. Luisa, CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. Derecho Internacional Privado Español. Tomo II. 7ma. Edición. Granada, 1991. 467

Max- Planck- Institut, Anances, Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

MATTEO TERRA, Vivien. Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado Montevideo, 1993.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional. Décima edición Editorial Atlas Madrid, 1997.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Tratado de Derecho Internacional Privado 4ta. Edición Edit. Temis Santa Fe de Bogota, 1995.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. La Celebración Y El Reconocimiento De La Validez Del Matrimonio En Derecho Internacional Privado Español Editorial ARAZANDI, 2002.

OEA. Jornadas de derecho internacional (celebradas en) Montevideo, Uruguay ,18 al 22 de octubre de 1999.2000.

PEREZ RAGONE, Alvaro y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, Código Procesal Civil alemán. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo .Montevideo, Honrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamerica, 2006.

RAMAYO, Raúl Alberto. Derecho Internacional Privado. Buenos Aires : EDUCA, 1998.

REQUEJO ISIDRO, Marta. Proceso en el extranjero y medidas antiproceso. 2000.

REVOREDO MARSANO, Delia, Exposición de motivos y comentarios, Derecho Internacional Privado, Talleres Gráficos Okura, Lima, 1985.

REVOREDO de DE BAKEY, Delia, Divorcio Internacional En Estudios Jurídico de los Profesores Fernández Sessarego y Arias Shreiber Pezet, Editorial Cuzco, 1988.

RIGAUX, Francois Derecho Internacional Privado Editorial Civitas. Madrid. 1985.

RODRIGUEZ PINEAU, Elena. Régimen Económico Matrimonial: Aspectos Internacionales. GOMARES, 2002, 282 P

SANCHEZ – COVISA Joaquín. Orden público internacional y divorcio vincular. Tomo I, 1970.

SILVA, Jorge Alberto. Derecho internacional sobre el proceso: procesos civil y comercial. México, D.F. : McGraw-Hill, 1997

SOTO, ALFREDO MARIO. Derecho internacional privado la importación del derecho extranjero. Buenos Aires: Ciudad Argentina : Universidad del Salvador, 2001.

TOVAR GIL María del Carmen y Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante. Lima, 1987.

VIRGOS SORIANO, Miguel. Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional, Thomson Civitas, segunda edición, 2007.

VIRGOS SORIANO, Miguel. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia. Editorial 1999.

WEINBERG DE ROCA, Inés Mónica. Competencia Internacional y ejecución de sentencias extranjeras. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1994.

WEINBERG; Inés Mónica. Derecho Internacional Privado. LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002.

ZAVALETA CUBA, Fernando. Derecho Internacional Privado Parte General, Ediciones Jurídicas. Lima, 1997.

ARTÍCULOS:

Anuario español de Derecho Internacional Privado Tomo VI, Iprolex, 2006

ARAMBURU, José Félix. El fraude de la ley en los dominios del Derecho Internacional Privado. En: Revista de la Universidad Católica -- Tomo 8, no. 2-3 (May.-jun. 1940)

ALVAREZ GONZALES, Santiago, CLAUSULAS DE COMPATIBILIDAD DE LOS CONVNIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DIPR, En Revista Española de Derecho Internacional. Año 1993

CANDELA SÁNCHEZ César , Comentario al art. 2047 del C.C , en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005.

CARO GANDARA, Rocío. ALGUNOS ASPECTOS DERIVADOS DEL AMBITO DE APOLICACION PERSONAL DEL REGLAMENTO 1347 – 2000 RELATIVO A LA COMPETENCIA judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia matrimonial y de Responsabilidad Parental sobre los hijos. En Revista de Derecho de Familia – Enero 2002 - España

CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia familiar. En: Derecho PUC / Pontificia Universidad Católica del Perú -- No. 52 (1998-99)

CABELLO MATAMALA, Carmen Julia, Comentario al art. 2062 del C.C. , en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. El divorcio en nuestras normas de derecho internacional privado. En Revista Themis -- No. 9 (Dic. 1987)

CALVO CARAVACA Alfonso Luis, Exequátur entre España y países Iberoamericanos en Max-Plack-Institut, Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

DELGADO BARRETO César , Comentario al art. 2046 del C.C. Igualdad de Derechos Civiles, en Código Civil Comentado, Lima, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005.

DIEZ CANSECO, Luis. El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil Español y el problema de sus recíprocas relaciones. En Revista lus et veritas -- Año 3, no. 5 (Nov. 1992)

ESPINOZA ESPINOZA , Juan Alejandro. El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. En: lus et veritas -- Año 12, no. 24 (Jun. 2002)

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, Panorama del sistema de derecho internacional privado argentino en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, en Revista Iberoamericana de Arbitraje y mediación, junio 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana, en Hugo Mansilla Llanos, Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje

al Profesor Santiago Benadava, Librotecnia, Santiago de Chile, tomo II, 2008.

GONZALES BOVEDA Pedro, Extensión del Reconocimiento en el Art. 107.2 del Código Civil. El Reconocimiento de las sentencias matrimoniales en la doctrina del tribunal Supremo, en Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión Internacional, Madrid, Dykinson, 1999.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE IUS ET VERITAS. Norma VIII: ¿principio de legalidad o fraude a la ley En Revista Ius et veritas -- Año 13, No. 27 (Dic. 2003)

IRINEU STRENGER, São Paulo, Extraterritorialidade do directo processual, en Max-Planck-Institute, Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Montevideo, 2002.

LLANOS MANSILLA Hugo, PICAND ALBÓNICO Eduardo, Estudios de Derecho Internacional, Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava, tomo II Derecho Internacional Privado, Librotecnia, Santiago, 2008

LOZANO BLAS Giancarlo, El Control indirecto de la competencia internacional de los tribunales extranjeros en el reconocimiento de sentencias extranjeras. Un análisis desde el punto de vista del derecho peruano en comparación con el Derecho alemán, en Derecho Privado, Normas Legales, fascículo 6.

MESINAS MONTERO, Federico. El Exequatur o los Casos que debe obtenerse en el reconocimiento judicial de una sentencia extranjera. En Revista Actualidad Jurídica Agosto 2002

MESINAS MONTERO Federico G., De cómo el juez peruano conoce el Derecho... extranjero, en Cuadernos Jurisprudenciales, suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia, N°56, febrero 2006, año 5.

Propuestas de reforma del Código Civil, Separata Especial del Diario oficial El Peruano, Lima, martes 11 de abril de 2009.

RODRÍGUEZ VELILLA, Sara. Actuales Criterios Jurisprudenciales en materia de Reconocimiento de las Relaciones Matrimoniales Extranjeras, En Revista de Derecho de Familia, 2001

DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. Posibilidades para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en el Perú. En: Ius et veritas -- Año 5, no. 8 (Jun. 1994)

TOVAR GIL María del Carmen, comentario al art. 2057 del C.C., en Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, tomo X, 2005.

TREJOS Gerardo, La Protección Internacional a la Familia y de los Menores, En Revista Vox Juris, Año 1993

Hojas web:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_firmas_ratificaciones_materia.htm#Sentencias

Estadísticas MINENTUR

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_firmas_ratificaciones_materia.htm#Sentencias

http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=69

<http://www.ucm.es/eprints>; OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, Carmen, Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el derecho español y comunitario: reflexiones en torno al forum non conveniens, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, num. 94.

[Http: //www.zur2.com/fcjp/117/ehbl.htm](http://www.zur2.com/fcjp/117/ehbl.htm); HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, Algunas cuestiones de derecho Procesal Civil en la ley de derecho Internacional Privado.

www.uc3m.es/cdt; CALVO CARAVACA Alfonso Luis, La ley aplicable al Divorcio en Europa: El futuro Reglamento Roma III, en CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (Marzo 2009), Vol. 1, Nº 1, pp. 36-71,ISSN 1989-4570 .

Campus.usal.es/dipr/STJPCE%20sundelind.doc

Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (COM/2005/0082 final)

Bruselas, 17.7.2006,COM(2006) 399 final,2006/0135 (CNS),Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial,(presentada por la Comisión),{SEC(2006) 949},{SEC(2006) 950}.

DOCUMENTOS:

Copia de las traducciones de sentencias extranjeras conservadas en los archivos de la Primera Sala de Familia y de los expedientes de reconocimiento de sentencias extranjeras tramitados en dicho órgano jurisdiccional, se ha examinado una muestra aleatoria de 250 expedientes correspondientes a procesos ventilados entre los años 1997 a 2009.



