



## Informe de Investigación

### TÍTULO: DIVORCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Rama del Derecho: Derecho Internacional Privado	Descriptor: Divorcio
Tipo de investigación:	Palabras clave: Divorcio, Exequátur, Internaonal
Fuentes: Doctrina y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 10/11/2010

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1. RESUMEN</b> .....	<b>1</b>
<b>2. DOCTRINA</b> .....	<b>2</b>
a) Competencia Judicial Internacional.....	2
b) Valoraciones que inspiran las normas del Derecho Internacional Privado sobre divorcio.....	3
c) Derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio.....	5
<b>3. JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>8</b>
a) Análisis sobre bienes adquiridos después de sentencia de divorcio y antes de otorgar el exequátur.....	8
b) Causal extranjera equiparable a ofensas que permiten separación.....	9
c) Causal extranjera equiparable a separación de hecho.....	10
d) Inexistencia de problema de representación por convenio otorgado por las partes ante Cónsul en el extranjero y la solicitud de homologación realizada por apoderada especialísima .....	10
e) Sentencia extranjera basada en diferencias irreconciliables.....	10
f) Sentencia extranjera basada en la voluntad de uno de los cónyuges.....	11
g) Sentencia extranjera que no indica causal.....	12

#### 1. RESUMEN

La siguiente recopilación incorpora extractos doctrinales y jurisprudenciales sobre el divorcio a nivel internacional. De esta forma, se incorporan sus principales postulados y derecho aplicable a la luz del Derecho Internacional Privado, así como breves extractos jurisprudenciales relacionados con la



ejecución de sentencias de divorcio extranjeras.

## 2. DOCTRINA

### ***a) Competencia Judicial Internacional***

[FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO]<sup>1</sup>

“433. Frente a la complejidad que suscitan las cuestiones de Derecho aplicable, el artículo 22.3.º de la L.O.P.J. contiene los mismos foros de competencia judicial internacional para todas las causas matrimoniales, ya se refieran a las relaciones personales o matrimoniales entre los cónyuges, a la nulidad del matrimonio o a la separación y el divorcio.

El primero de los foros previstos atribuye competencia a los Tribunales españoles cuando ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España al tiempo de la demanda, con independencia de su nacionalidad. Se trata de un foro razonable y neutral, en la medida en que la residencia habitual común en España de ambos cónyuges apunta a la existencia en nuestro país del medio social del matrimonio. El segundo foro, sin embargo, constituye un privilegio para el demandante español, al atribuir competencia a los Tribunales españoles cuando el demandante es español y reside habitualmente en España. No obstante, no puede considerarse un foro exorbitante, en la medida en que la nacionalidad española del demandante debe concurrir con su residencia habitual en España, justificando una suficiente proximidad.

Finalmente, el tercer y último foro justifica la competencia de los Tribunales españoles cuando ambos cónyuges tienen la nacionalidad española, cualquiera que sea su residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro. Se trata de un foro específico para las demandas de divorcio. La redacción de este último foro puede dar lugar a equívocos. Aunque la norma utilice la expresión «cualquiera que sea su residencia», debe entenderse que se refiere, realmente, a aquellos supuestos en que ambos cónyuges, de nacionalidad española, tienen su residencia fuera de España. En efecto, si el demandante español tiene su residencia habitual en España, la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles se fundamenta en el foro descrito en el párrafo anterior, sin que sea preciso el mutuo consentimiento. Si es el demandado quien reside en España, tampoco es necesario el mutuo acuerdo, pues, normalmente, dicha residencia es suficiente para actuar el foro general del domicilio del demandado en España, previsto en el artículo 22.2.º de la L.O.P.J. Esta interpretación es consecuente con la finalidad de la norma: la nacionalidad común de los cónyuges puede resultar un foro apropiado, salvo que los cónyuges no residan en España y la elección de los Tribunales españoles pueda conllevar una carga procesal irrazonable para el otro cónyuge, e incluso una intención fraudulenta por parte del demandante. La necesidad de mutuo acuerdo excluye semejante riesgo, y posibilita el conocimiento de los Tribunales españoles. Ahora bien, una interpretación sistemática y teleológica puede llevar a una consecuencia colateral: parece que el foro de la sumisión por las partes (art. 22.2.º de la L.O.P.J.) sólo es operativo, para el divorcio, si ambos tienen nacionalidad española y no en otros supuestos. En caso contrario, el foro al que nos referimos carecería en absoluto de fundamento, pues la petición de mutuo acuerdo o consentida comporta dicha voluntad de someterse a los Tribunales españoles. Una interpretación atenta a la conservación de ambas normas y a la congruencia del precepto aconseja esta solución, amén de poder fundarse en razones materiales. En todo caso, en atención a la autonomía del acuerdo atributivo de jurisdicción, no puede descartarse taxativamente la ope-ratividad del foro general de la sumisión, como ha reconocido la jurisprudencia menor española. Aun así, semejante conclusión

vacía de contenido el foro especial.

434. Las reglas de competencia judicial internacional referidas, en particular las relativas a los procedimientos de separación y divorcio, plantean el problema de su ámbito de aplicación, más concretamente de la extensión de dicha competencia por accesoriadad a determinadas cuestiones habitualmente resueltas en dichos procedimientos: guarda de los hijos, alimentos, filiación. Tal posibilidad será analizada en cada uno de los sectores afectados.

Por otra parte, la incidencia en este tipo de procedimientos de las medidas cautelares y provisionales obliga a recordar la competencia de los Tribunales españoles de conformidad con lo previsto en el artículo 22.5.º de la L.O.P.J.”

### ***b) Valoraciones que inspiran las normas del Derecho Internacional Privado sobre divorcio***

[BOGGIANO]<sup>2</sup>

“Si se parte del sistema del divorcio castigo por causa y se considera esta causa como un hecho ilícito, se puede sostener que debe regir el derecho del domicilio conyugal en el momento de la pretendida perpetración del acto (ver, en este sentido, Goldschmidt, Derecho internacional privado, ne 281, pág. 339). Según el mismo célebre autor, si se admite el divorcio como remedio corresponde aplicar la *lex fori* porque "ningún hecho del pasado tiene importancia decisiva: lo único que urge saber es si en este momento la convivencia parece hacedera o si el desequilibrio (break-down) es tan grande que no se puede pedir a los cónyuges que sigan en la comunidad matrimonial" (ob. cit., lug. cit.).

Me animo a decir, empero, que la tendencia a la *lex fori* es casi irresistible en ambos sistemas, pues, como otra celebridad dice, "to require English courts to dissolve marriages on exotic foreign grounds would be distasteful to the Judges and unacceptable to public opinion" (Morris, Conflict of laws, 2a ed., pág. 139). Pero esto también es harto discutible como lo es pretender la aplicación en todo caso de la *lex fori*.

Supóngase que el último domicilio conyugal hubiese estado en el extranjero (art. 164) y que el juez argentino asumiese jurisdicción sobre la base del domicilio del demandado (art. 227), pero considerando suficiente una residencia relativamente inestable. En hipótesis como éstas parece razonable aplicar la ley del último domicilio conyugal. Y aunque el domicilio del demandado sea de la mayor estabilidad en la Argentina, el juez argentino competente (art. 227) no puede prescindir de la norma del conflicto del artículo 164. Supóngase ahora el domicilio del demandado en el extranjero. El artículo 227 autoriza la jurisdicción de este lugar. ¿Podría el juez aplicar su *lex fori* acaso para evadir el derecho argentino del último domicilio conyugal en materia de causas de divorcio o de plazos para demandarlo? No cabe excluir absolutamente una posible evasión del derecho argentino, aunque el juez extranjero fuese competente según nuestra norma de jurisdicción internacional (art. 227).

Ello demuestra que aun en el sistema de divorcio remedio la aplicación de la *lex fori* en sí misma, no está justificada.

El paralelismo entre *forum et ius* que establecen como principio los artículos 164 y 227 del Código Civil, parece justificado y obliga al juez argentino a una doble consideración de conexiones. Una, a la prudente certificación de que el último domicilio conyugal efectivo o el domicilio —y no otra cosa— del cónyuge demandado en el país sustenten su jurisdicción. Así ha de evitar asumir jurisdicción sobre bases tenues o débiles. Si lo evita, en la mayoría de los casos podrá asumir jurisdicción



sabiendo que aplicará su propio derecho, pero no como *lex fori* meramente, sino como derecho del último domicilio conyugal. Son criterios de conexión fuertes que garantizan aquel paralelismo sobre cuyas bondades hemos tratado en el capítulo VI. Otra, a ser estricto en asumir jurisdicción, pero no inflexible en casos de excepcional gravedad o peligro de denegación de justicia. En estos casos no ha de prescindir del artículo 164, so pena de arbitrariedad. El artículo 164 es imperativo, por la naturaleza de los derechos materiales en juego, y las partes no pueden elegir expresa o tácitamente la aplicación de la *lex fori*.

Ahora corresponde examinar otro paralelismo de gran significación. Las reglas de jurisdicción internacional del artículo 227 son bilaterales, esto es, se aplican sin distinción tanto para conferir jurisdicción al juez argentino como al extranjero. De ahí que al examinar el reconocimiento de eficacia de una sentencia de divorcio, la jurisdicción del juez extranjero debe ser apropiada también según nuestro artículo 277, como impecablemente lo establece el artículo 517, inciso 1, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Sobre esta problemática y nuestra polémica con el profesor Belluscio recomiendo, por razones de brevedad, nuestra dúplica a Belluscio, incontestada hasta hoy, en este capítulo. La crítica a nuestra posición partió de Belluscio, en su Derecho de Familia, tomo III, páginas 740 y siguientes.

Belluscio sostuvo, con relación a la doctrina del precedente "Jobke v. Neidig" (E.D., t. 62, pág. 287, nota Goldschmidt; L.L., 1975-D, pág. 328, nota Belluscio), que "ni el criterio fijado por la Corte Suprema ni el expuesto por el mencionado profesor se apoyan en precedente doctrinal alguno" (Derecho de familia, III, pág. 741). Además, de la crítica antes referida, quisiera agregar que el precedente citado se apoya no sólo en doctrina sino en derecho comparado de gran valor. La doctrina de la *Spiegelbild-grundsatz* (D. Martiny, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, vol. II/1, n.º 600) se halla positivizada en el derecho de la República Federal de Alemania en el artículo 328, ZPO:

"El reconocimiento de una sentencia de un tribunal extranjero se excluye: 1) cuando los tribunales del Estado al cual pertenece el tribunal extranjero son incompetentes según las leyes alemanas;

Compárese este texto con el artículo 517, inciso 1, del C.P.C.C.N. argentino.

Este sistema es adoptado también en Austria, en Italia, en Portugal, en Japón, entre otros (ver Martiny, ob. cit., ne 609 y sigs.).

Parece claro que no soy el inventor del sistema, cuya propiedad intelectual me atribuye Belluscio (ver, además, Kegel, *Internationales Privatrecht*, 5a ed., pág. 652). En honor a la verdad, débo decir que en Alemania este sistema ha encontrado críticas (ver Jürgen Basedow, *Die Anerkennung von Auslandsscheidungen*, Frankfurt, 1980), entre otros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su sentencia del 4 de setiembre de 1984 en la causa "Miguel Mauricio Rosenfeld c. Iraida Wassín" (Fallos, 306, vol. 2, pág. 1230), invocó, como *ratio decidendi* el precedente "Jobke v. Neidig", de Fallos, 291-540, lo cual le confiere una gravitación jurisprudencial que parece superar la controversia doctrinal antes referida, pues el criterio de la Corte en Fallos, 291-540, ha sido seguido y suscrito por su crítico. He aquí el pronunciamiento:

Suprema Corte:

Tanto la señora juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 30 de la Capital Federal —f. 7— como el señor juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia Ns 4 en lo Civil y Comercial de la localidad de Mercedes, provincia de Buenos Aires —f. 10—, se declararon incompetentes en estas actuaciones.

En tales condiciones, corresponde a V.E. dirimir el presente conflicto de competencia por ser el único órgano superior jerárquico común que puede resolverlo (art. 24, inc. 7, del decreto-ley 1285/58).

En cuanto al fondo del asunto, considero de aplicación al presente el artículo 6 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto establece en su inciso 3, que en los casos de exclusión del cónyuge, tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos, litis expensas, será competente el tribunal donde esté radicado el juicio de divorcio mientras dure su tramitación, ello, aun cuando aquellas acciones se hubieren iniciado con anterioridad a la de divorcio.

Por lo precedentemente expuesto, opino que corresponde dirimir el presente conflicto en favor de la Justicia Nacional en lo Civil y, en el caso, el Juzgado NB 30 del fuero, a quien se le devolverán las actuaciones a fin de que reasuma la jurisdicción de que se desprendió. — Buenos Aires, 25 de junio de 1984. — Juan Octavio Gauna.”

### ***c) Derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio***

[GONZÁLEZ CAMPOS]<sup>3</sup>

“A) El art. 107, párrafo 1Q C.c.

54. Este precepto, ofrece una misma respuesta de D.I.Pr. para la separación judicialmente decretada y la disolución del matrimonio por divorcio al establecer que "La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes", a tenor del art. 22 L.O.P.J.

Como ha señalado J.M. Espinar Vicente, el art. 107, pár. 1º C.c. establece tres puntos de conexión o criterios de regulación que deben operar de forma jerarquizada, partiendo de la primacía de la ley nacional común de los cónyuges. Pero si éstos poseen distinta nacionalidad, habrá de estarse a la ley de su común residencia habitual y, a falta de residencia habitual común, a la ley española como *lex fori*. De otra parte, este precepto ha establecido una solución al "conflicto móvil" por cambio de nacionalidad o de residencia habitual común, al determinar que el momento para precisar el Derecho aplicable es el de la presentación de la demanda de separación o de divorcio ante el Tribunal español.

55. Estas soluciones, que constituyen una indudable novedad dentro del sistema español de D.I.Pr., han estado inspiradas en las establecidas por la jurisprudencia francesa en el período que media entre la Sent. del Trib. de Cas. de 17 de abril de 1953 en el asunto "Rivière" y la Ley de 11 de julio de 1975, que las modifica a tenor del nuevo art. 310 C.c. francés. Asimismo, son coincidentes con las contenidas en el art. 1.1B, de la ley holandesa de 25 de marzo de 1981, si bien esta disposición presenta rasgos diferenciales de la española al permitir que los cónyuges puedan elegir la *lex fori*, la ley holandesa, excluyendo el Derecho de su común nacionalidad o residencia habitual; y también, por el recurso a la noción de una nacionalidad efectiva, que atempera las iniciales soluciones, al igual que en el extremo anterior.

57. Ahora bien, con independencia de su origen, puede estimarse que las soluciones establecidas por el nuevo art. 107, pár. 1º C.c. se hallan justificadas en el sistema español de D.I.Pr. en atención a tres extremos, que conviene señalar:

A) La aplicación de la ley nacional común de los cónyuges fue una solución acogida por la jurisprudencia del T.S. durante el período de vigencia de la ley de divorcio de 2 de marzo de 1932,

que omitió establecer normas de D.I.Pr. en esta materia; respecto de la separación judicial, también ha sido la ley nacional común la aplicada por el T.S. en las Sents. de 6 de junio de 1969 y 6 de abril de 1979, en supuestos en que ambos cónyuges eran extranjeros; y, por último, no cabe olvidar que el art. 9.1° C.c. declara aplicable la ley nacional a las cuestiones de estado civil y a los derechos y deberes de familia, de acuerdo a una tradición que se remonta a mediados del siglo XIX y se consagra en el anterior art. 9 C.c. de 1889.

B) La referencia en segundo lugar a la ley de la residencia habitual común de los cónyuges, tampoco constituye un cuerpo extraño en el sistema español de D.I.Pr. tras la reforma del Tít. Prel. C.c. verificada en 1974. Y su aplicación en materia de separación y divorcio se justifica, entre otras razones, por constituir un criterio de regulación "neutral", al no preferir la ley personal de uno u otro cónyuge y, por tanto, evitar cualquier discriminación por razón de sexo; a lo que cabe añadir, de otra parte, que la residencia habitual común, noción de hecho, constituye una circunstancia objetiva, que determina el lugar donde los cónyuges poseen su centro de vida familiar.

C) Por último, el recurso a la ley española como *lex civilis fori*, en defecto de una común nacionalidad o residencia habitual de los cónyuges, constituye la solución primaria en diversos sistemas de D.I.Pr. respecto de la separación y el divorcio; de manera que su utilización por el legislador español como "cláusula de cierre" de la norma no es aventurada. Pero además, posee una justificación objetiva, en el marco de las soluciones jerarquizadas del art. 107, párr. 1° C.c., pues si no existe ni nacionalidad común ni residencia habitual-común de los cónyuges, ningún otro ordenamiento jurídico posee mejor título que el español para ser aplicado; y son los Tribunales españoles los que conocen del litigio, por acuerdo de las partes o a instancia de una de ellas.

B) **Ámbito del Derecho aplicable: admisión de la separación y del divorcio**

58. El Derecho aplicable según el art. 107, párr. 1° C.c. determina, en primer lugar, si la separación o el divorcio pueden ser declarados por un Tribunal español; pues ciertos sistemas jurídicos bien no conocen la separación (caso del derecho polaco o del alemán) o excluyen la disolución del matrimonio por divorcio (caso del Derecho chileno o del irlandés). Y dado que el art. 107, párr. 1° C.c. establece la primacía de la ley nacional común de los cónyuges, no procederá decretar judicialmente la separación de dos nacionales polacos o el divorcio de dos irlandeses que residan habitualmente en España.

Este resultado negativo, como nos muestra la jurisprudencia, puede ser paliado por otros cauces. Así, en los casos resueltos por las Sents. T.S. de 10 de julio de 1934 y 19 de diciembre de 1935, por no probarse debidamente el contenido del Derecho extranjero aplicable como ley nacional común de los cónyuges; supuesto que se ha suscitado nuevamente, tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, en el caso de la Sent. del Juzgado de 1° Inst. de Mieres de 28 de diciembre de 1981, en relación con dos cónyuges originariamente españoles, que posteriormente adquirieron la nacionalidad chilena al amparo del Convenio de doble nacionalidad de 24 de mayo de 1958, y, tras retornar a España, no inscribieron su domicilio en el Registro español, subsistiendo aquella nacionalidad. Una segunda vía, en algunos supuestos, es el eventual "reenvío" de la ley nacional de los cónyuges a la ley española, como ley del domicilio o de la residencia habitual.

Sin embargo, al margen de estas soluciones, el recurso a la ley nacional común de los cónyuges, si ésta desconoce la separación o el divorcio, genera un resultado negativo, como se ha dicho. Para evitarlo, si los cónyuges residen habitualmente en España, bastará que uno de ellos adquiera la nacionalidad española o la de un tercer país, antes de instar el divorcio o la separación; de manera que, en defecto de nacionalidad común, sería aplicable la ley española como ordenamiento de su residencia habitual. Pero esta solución, que entraña ciertamente un "fraude de ley", podía haber sido evitada y el problema resuelto caso de haberse adoptado la enmienda del Grupo



Parlamentario Comunista al proyecto de Ley, que proponía, como respuesta sustantiva y directa, aplicar el Derecho español si la ley designada por el art. 107, pár. 1° C.c. desconocía la disolución del matrimonio por divorcio; extremo puesto de relieve por la Sent. de la Aud. Territ. de Oviedo de 20 de octubre de 1982 al revocar la antes mencionada del Juzgado de 1° Inst. de Mieres, por estimar probado el contenido del Derecho chileno.

59. En segundo término, el Derecho aplicable según el art. 107, pár. 1° C.c. determina las causas o presupuestos que pueden ser alegados para la separación y el divorcio, la admisibilidad del divorcio o de la separación por mutuo consentimiento de los cónyuges y la eventual conversión de una previa separación judicial en divorcio, por el transcurso de un determinado plazo.

Para algún autor, es preciso comparar las causas previstas en el ordenamiento extranjero y las contempladas en el español. Sin embargo, el cúmulo de ambas leyes o la consideración de esta materia como de orden público no se justifica en modo alguno, dado el enunciado genérico del art. 107, par. 1° C.c., por lo que debe excluirse una interpretación restrictiva, que vaciaría de contenido al precepto. Ello no excluye, claro está, que el "orden público" español pueda operar, frente al contenido del Derecho extranjero aplicable según el mencionado art. 107, pár. 1° C.c., si éste es manifiestamente contrario a lo dispuesto en los arts. 82 y 86 C.c. y, en particular, si resultan afectados los valores jurídicos de libertad e igualdad reconocidos en la Constitución. Tal es el caso, por ejemplo, de la Sent. del Trib. de Apel. de París de 28 de junio de 1973, que excluyó la aplicación del Derecho camerunés, por considerar que era contrario a la igualdad de los cónyuges que este ordenamiento admitiera tan sólo el adulterio de la mujer y no el del marido como causa de divorcio.

C) **Ámbito del Derecho aplicable: los efectos de la separación y del divorcio**

60. En nuestro ordenamiento, la separación matrimonial y la disolución del matrimonio por divorcio se obtiene mediante una sentencia que así lo declare, cuyos efectos se producirán a partir de la firmeza de la resolución judicial (arts. 81 y 89 C.c.). En cuanto acto judicial, la sentencia de separación o de divorcio queda regida por la *lex fori*; y pertenece también al ámbito de la ley rectora del procedimiento, de acuerdo al art. 8.2° C.c., la adopción por el Tribunal de medidas encaminadas a la comunicación de la sentencia a los Registros civiles, así como al Mercantil y al de la Propiedad, en su caso, para que practiquen las inscripciones o anotaciones oportunas, si los Registros se hallan en territorio español (Disp. adicional 9a de la Ley 30/1981, de 7 de julio). Cuando se trata de Registros de un Estado extranjero, subsiste la facultad de comunicar la sentencia, de acuerdo a la *lex fori*, pero las anotaciones o inscripciones sólo podrán practicarse de conformidad con la ley que ha creado el Registro.

De otra parte, la ley española, como ordenamiento que rige el procedimiento judicial de separación o divorcio ante un Tribunal español, también será aplicable respecto de la adopción de medidas cautelares, tras la sentencia, en relación con las personas y bienes de los cónyuges o los hijos del matrimonio, si tales medidas no hubieran sido adoptadas con carácter previo o al interponerse la demanda; e igualmente será de aplicación el Derecho español para la modificación de las medidas ya adoptadas de acuerdo con la *lex fori*; todo ello con independencia de que, como se ha señalado en otro lugar, el Tribunal español pueda adoptar medidas provisionales de acuerdo a un ordenamiento extranjero y modificarlas, tras la sentencia, de conformidad con este sistema jurídico.

61. Mayor dificultad ofrece, en cambio, la determinación del ámbito de aplicación de la ley rectora de la separación y del divorcio, de acuerdo al art. 107 C.c., en relación con los diversos efectos que se producen en virtud de la sentencia que declara la separación o la disolución del matrimonio. Ahora bien, un análisis del tema arroja las siguientes conclusiones:

A) La ley aplicable a la separación es la que determina los efectos de la reconciliación entre los

cónyuges sobre el procedimiento en curso o una vez concluido éste por sentencia, así como respecto de las medidas adoptadas en relación con los hijos.

B) Asimismo, pertenece al ámbito de la ley rectora de la separación o del divorcio, según el art. 107, pár. 1° C.c., la eventual atribución de una pensión a uno de los cónyuges por el otro, así como, en su caso, la obligación de prestar alimentos. Este último extremo, entraña una solución "especial" en relación a las disposiciones generales sobre ley aplicable a los "alimentos entre parientes"; pues no cabe olvidar, de un lado, que la sentencia que declara la separación o el divorcio modifica profundamente la situación jurídica de los cónyuges, lo que justifica una solución autónoma para el tema en estos supuestos. De otro, que ésta es la solución generalmente admitida en el D.I.Pr. comparado y que ha sido acogida en el art. 8 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a la deuda alimenticia, ratificado por España y en vigor para nuestro país desde el 1 de octubre de 1986.

C) La ley aplicable a la separación o el divorcio, determina la disolución del régimen económico matrimonial de los cónyuges, convencional o legal; si bien la liquidación de éste quedará regida por lo dispuesto en el art. 9.2° y 3° C.c., como derecho aplicable al régimen de bienes de los casados hasta la firmeza de la sentencia de separación o de divorcio. Pero debe tenerse en cuenta, de otra parte, que la ley rectora de la separación o del divorcio puede prolongar su ámbito de aplicación respecto de ciertas cuestiones pertenecientes al llamado "régimen matrimonial primario", como es la relativa al uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la misma.

D) En lo que respecta a las relaciones paterno-filiales y el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, también se admite la aplicación de la ley rectora de la separación o del divorcio; lo que entraña una restricción de lo dispuesto en el art. 9.4° C.c. y la justificación de esta solución se halla en el hecho de que, en ciertos casos, la causa de divorcio o separación que ha servido de fundamento al fallo entraña una sanción para uno de los cónyuges en materia de patria potestad (art. 92, pár. 3° C.c., en el Derecho español); también, con carácter más general, porque la sentencia que declara la separación o el divorcio constituye la consagración de que existe una quiebra de la vida en común de los cónyuges susceptible de afectar a la situación de los hijos, lo que aconseja estar a la ley que determina la quiebra del matrimonio y no a la prevista para ser aplicada en condiciones distintas, de normalidad en la familia.

E) Por último, partiendo del criterio que inspira el párrafo inicial de la Disp. adicional 10a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, debe excluirse del ámbito de la ley rectora del divorcio o la separación los efectos de la sentencia en materia de pensiones y prestaciones de la Seguridad Social, que quedan sometidos a la ley aplicable a la pensión o prestación de acuerdo a las normas del D.I.Pr. español en este sector de problemas. Si bien como nos muestra la norma 5a de esta Disp. adicional 10®, en ciertos casos será preciso realizar un ajuste o adaptación entre la ley aplicable a la pensión o prestación y la ley rectora de la separación o el divorcio, para evitar la privación de beneficios respecto de uno de los cónyuges."

### 3. JURISPRUDENCIA

#### ***a) Análisis sobre bienes adquiridos después de sentencia de divorcio y antes de otorgar el exequátur***

““II.- Conforme consta en la ejecutoria presentada, la señora Norma Arrieta, gestionó ante la Corte extranjera, la disolución del matrimonio, y si bien, en la ejecutoria no se colige cuál fue la causal en que se fundó y por la que dicho Tribunal lo declaró, dado que hace referencia a "la evidencia



encontrada en los Hallazgos de Hecho y Conclusiones de Ley según la Ley de Relaciones Domésticas, Sección 170, subd. 2" , lo cierto es que de acuerdo con el inciso 8), del ordinal 48 del Código de Familia, la separación de hecho por un término superior a tres años es causal de divorcio y, lo es igualmente de separación judicial si se mantiene en forma consecutiva por un plazo de un año, la que decretada lleva al divorcio por vía indirecta cuando transcurran los plazos que señala el inciso 5), del citado ordinal, es decir, después de un año de la firmeza de la sentencia de separación judicial, y en tanto dentro de ese lapso se celebren comparecencias judiciales de reconciliación, o de dos años en el supuesto contrario. Como se ve, el caso de autos, a esta fecha enmarca en la causal prevista en el referido artículo dado que el divorcio se decretó el 4 de diciembre de 1984. De manera que, en las circunstancias dichas, el fallo dictado no se opone a los principios de orden público que rigen en estos casos. Además, al no oponerse la curadora del demandado y por el contrario, solicitar que se conceda el exequátur, esta Sala no observa objeción alguna para acceder a la homologación. III.-

En la especie, la citada sentencia no se pronuncia respecto de bien ganancial alguno. Sin embargo, lo cierto es, que la señora Norma Edith Murrell Petters cc. Norma Arrieta o Norma Wallace, con cédula no. 9-0046-0026 y pasaporte estadounidense no. 101667093, luego de haber adquirido la condición de divorciada por el fallo que se pretende aquí homologar, compró, a título oneroso, pero en su calidad de casada una vez, al prevalecer tal estado civil en Costa Rica, los bienes inmuebles inscritos en las provincias de Limón y Heredia, respectivamente, bajo el Sistema de Folio Real Matrículas 016375-000 y 074915-000, mediante instrumento presentado bajo las citas 505-17091-01, e inscrito el 19 de agosto del 2002. Al adquirirlos así, lo hizo bajo la presunción de gananciabilidad que prevé el ordinal 41, inciso 1) del Código de Familia, interpretado a contrario sensu, condición que por lo referido se desvirtúa, pues no hay duda de que los inmuebles fueron comprados cuando mediaba, el decreto de divorcio. Por tal razón, han de reinscribirse a nombre de la citada señora, pero esta vez con la nueva calidad de divorciada que por este pronunciamiento adquiere en Costa Rica . Como el fallo dictado no hizo pronunciamiento respecto de ganancial alguno, tampoco se opone a que dichos bienes se inscriban en la forma dispuesta, habida cuenta que con ello no se quebrantan los principios de orden público que rigen en estos casos (artículo 41, inciso 5), del Código de Familia). Así, debe ordenarse expedir certificación de esta resolución que concede el exequátur, a fin de que se gestione ante el Registro Público lo pertinente y se inscriban los referidos inmuebles, si otro motivo legal no lo impide, a nombre de la señora Norma Edith Murrell Petters cc. Norma Arrieta o Norma Wallace, con cédula no. 9-0046-0026 y pasaporte estadounidense no. 101667093, efectuándose el cambio de estado civil. IV .-

Por las razones expuestas, y al cumplir con los requisitos que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil, y porque lo dispuesto por la Corte Extranjera no es contrario al orden público costarricense debe concederse el exequátur a tenor del citado ordinal 705, y en los artículos 706, 707 del mismo Código y 41, inciso 5) del Código de Familia, pues concurren los presupuestos básicos para su procedencia. Publíquese una vez en el Boletín Judicial la parte dispositiva de este fallo (artículo 263 del Código Procesal Civil)."<sup>4</sup>

### ***b) Causal extranjera equiparable a ofensas que permiten separación***

"I.- Conforme se expresó, la sentencia cuya ejecución se solicita, otorga el divorcio con fundamento en la causal de "discordia y choque de personalidades", equiparable a la causal de ofensas graves que, de acuerdo con el Código de Familia, constituye causal de simple separación judicial; sin embargo, si esa separación se mantiene por un período no menor de dos años, permite a cualquiera de los cónyuges demandar la disolución del vínculo, conforme a lo dispuesto en el artículo 48, inciso 5º, del mismo Código. Dicho término ha transcurrido al presente en razón de que

el decreto de disolución es del 14 de diciembre de 1991; significa que no existe el obstáculo por que se denegara anteriormente el exequátur, ni ninguno otro derivado del orden público para concederlo ahora."<sup>5</sup>

### ***c) Causal extranjera equiparable a separación de hecho***

"II.- Conforme consta en la documentación presentada, el Tribunal extranjero decretó la disolución del matrimonio con fundamento en el abandono que la demandada hizo del demandante, de ahí que el tribunal extranjero otorga el divorcio, lo cual constituye nuestra causal de separación de hecho. De acuerdo con el Código de Familia la separación de hecho por un término superior a tres años es causal de divorcio. En la especie, no existe ninguna de las prohibiciones que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil, pues ya han pasado más de tres años desde que se celebró el matrimonio y porque el Tribunal extranjero decretó el divorcio con fundamento en el aludido abandono el que si bien no constituyen causal en nuestro país, condujo a una separación de hecho desde antes del 2 de octubre de 1992, lo cual induce a estimar que, tal separación se mantiene, y ello sí es causal, como quedó dicho, por lo que el exequátur puede otorgarse, habida cuenta de que, -se reitera- la legislación costarricense admite el divorcio por la separación de hecho, una vez transcurrido los plazos aludidos, los que en este caso lo ha sido sobradamente (artículo 48, inciso 8), del Código de Familia).

III.- Por las razones expuestas y al no existir ninguna de las otras prohibiciones que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil el exequátur debe otorgarse con arreglo al artículo 707 del mismo."<sup>6</sup>

### ***d) Inexistencia de problema de representación por convenio otorgado por las partes ante Cónsul en el extranjero y la solicitud de homologación realizada por apoderada especialísima***

"III.- Ahora bien, dispuesto lo anterior, corresponde a entrar a valorar lo referente a la resolución apelada. Dicha resolución dispone que siendo improcedente que una apoderada especialísima represente a ambos promotores para el otorgamiento de la escritura de divorcio por mutuo acuerdo, se rechaza ad portas el presente proceso. Esta integración considera que lo resuelto en este sentido por el juez a quo debe revocarse, y en su lugar deben continuarse con los procedimientos. En efecto, el juez a quo detecta en el presente asunto un problema de representación en el testimonio de escritura que corre a folio 9, sin embargo, es claro, y llevan razón los apelantes, que ellos, sea las partes promoventes, y esposos, firmaron ante el Cónsul General de Costa Rica en Venezuela la respectiva escritura de divorcio por mutuo acuerdo, de la cual corre, debidamente legalizado, el testimonio de escritura respectivo (Folio 6), con lo cual, no existe el problema de representación que se apunta. Nótese como del tenor literal del mencionado testimonio de escritura, se desprende clara y concretamente un convenio de divorcio por mutuo acuerdo suscrito por las partes promoventes ante un funcionario competente para ejercer el notariado, sobre el cual, el despacho a quo deberá abocarse a conocerlo y a valorarlo a fin de determinar si cumple o no con los presupuestos necesarios para ser homologado, pero en lo que se refiere al problema de representación que en su momento se apuntó, este queda claro que no existe, y así debe declararse."<sup>7</sup>

### ***e) Sentencia extranjera basada en diferencias irreconciliables***

"II.- Conforme consta en la documentación presentada, el Tribunal extranjero decretó la disolución

del matrimonio con fundamento en las diferencias irremediables surgidas entre los cónyuges, de ahí que el tribunal extranjero otorga el divorcio, lo cual se asemeja a nuestra causal de separación de hecho. De acuerdo con el Código de Familia la separación de hecho por un término superior a tres años es causal de divorcio. En la especie, no existe ninguna de las prohibiciones que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil, pues ya han pasado más de tres años desde que se celebró el matrimonio y porque el Tribunal extranjero decretó el divorcio con fundamento en tales diferencias las que si bien no constituyen causal en nuestro país, condujeron a una separación de hecho desde antes de la gestión que realiza la señora Miranda Vásquez al Tribunal en el año 1996, lo cual induce a estimar que, tal separación se mantiene, y ello sí es causal, como quedó dicho, por lo que el exequátur puede otorgarse, habida cuenta de que, -se reitera- la legislación costarricense admite el divorcio por la separación de hecho, una vez transcurrido los plazos aludidos, los que en este caso lo ha sido sobradamente (artículo 48, inciso 8), del Código de Familia). III.-

Por las razones expuestas y al no existir ninguna de las otras prohibiciones que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil el exequátur debe otorgarse con arreglo al artículo 707 del mismo Código."<sup>8</sup>

#### **f) Sentencia extranjera basada en la voluntad de uno de los cónyuges**

"I.- La documentación presentada está debidamente legalizada y autenticada, y con ella resultan demostrados los siguientes hechos: 1) Que los señores Harvey Clarence Antonio Moses y Rosa Linda Wilson Hodgson, contrajeron matrimonio en la ciudad de Escazú, el 7 de febrero de 1987 el cual se inscribió en el Registro de Matrimonios de la Provincia de San José, al tomo 286, folio 148, asiento 296 (certificación del Registro Civil de folios 3 y 4). 2) Que el 13 de mayo de 1993, el señor Harvey Clarence Antonio Moses acudió al Juzgado Unico de Distrito de Bluefields, con el propósito de instaurar demanda de divorcio contra su esposa Rosa Linda Wilson Hodgson, por lo que el Juez Jorge Berry Hodgson, con base en "la voluntad de una de las partes", sin dar razón alguna para ello declaró el divorcio de los cónyuges (ejecutoria de folios 5 a 7). II.-

Tal causal no la reconoce nuestra legislación entre aquellas que autorizan la ruptura del vínculo matrimonial ni la separación judicial. No obstante, en la ejecutoria consta que desde el 13 de mayo de 1993, -data en que el promovente compareció al Juzgado a formular su demanda- los señores Antonio Moses y Wilson Hodgson no tienen ninguna clase de relación, por lo que se infiere que los excónyuges vivían desde entonces separados, lo cual induce a estimar que, el motivo que originó el divorcio bien podría equipararse a una separación de hecho. III.-

De acuerdo con el artículo 48, inciso 8) del Código de Familia, la separación de hecho por un término superior a tres años es causal de divorcio y, lo es igualmente de separación judicial la que, decretada lleva al divorcio por vía indirecta cuando transcurran los plazos que señala el inciso 5º del citado ordinal, es decir, después de un año de la firmeza de la sentencia de separación judicial, y en tanto dentro de ese lapso se celebren comparecencias judiciales de reconciliación, o de dos años en el supuesto contrario. No obstante que el Tribunal extranjero decretó la disolución, como ya se dijo, el 27 de agosto de 1993, con fundamento en una causal no prevista en nuestro ordenamiento, lo cierto es, que por el tiempo transcurrido desde que los cónyuges se separaron de hecho, más de tres años, o bien desde la data antedicha, no existe ninguna de las prohibiciones que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil, pues la situación encuadra en lo dispuesto en el citado inciso 8) del referido ordinal 48 del Código de Familia, por lo que bien puede otorgarse el exequátur."<sup>9</sup>

### ***g) Sentencia extranjera que no indica causal***

"En la ejecutoria que se acompaña no consta en qué causal se fundamentó el Tribunal extranjero para decretar el divorcio; sin embargo, como en el caso en examen no existe ninguna de las prohibiciones que establece el artículo 705 del Código Procesal Civil, pues ya han pasado más de tres años desde que se celebró el matrimonio (4 de octubre de 1990, según consta en la certificación de folio 1), bien puede otorgarse el exequátur, habida cuenta de que la legislación costarricense admite el divorcio por mutuo consentimiento una vez transcurrido ese plazo, el que en este caso lo ha sido sobradamente (artículo 48, inciso 7º, del Código de Familia).-"<sup>10</sup>

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 437-439.
- 2 BOGGIANO, Antonio: *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 790-793.
- 3 GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., et al: *Derecho internacional privado Parte especial*, Beramar, Madrid, 1993, pp. 443-449.
- 4 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 338-2007, de las nueve horas con treinta y cinco minutos del once de mayo de dos mil siete.
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 91-1995, de las ocho horas con treinta minutos del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.
- 6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 746-2000, de las nueve horas con cincuenta y siete minutos del seis de octubre de dos mil.
- 7 TRIBUNAL DE FAMILIA, Resolución No. 1446-2007, de las catorce horas del diecisiete de octubre de dos mil siete.
- 8 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 629-2000, de las quince horas con veinte minutos del treinta de agosto de dos mil.
- 9 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 385-2001, de las catorce horas con quince minutos del seis de abril de dos mil uno.
- 10 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 355-2001, de las quince horas con quince minutos del veintitrés de mayo de dos mil uno.