

LA IDENTIDAD CAUSAL COMO CONDICIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO EN COLOMBIA DE LAS DECISIONES ESPAÑOLAS DE DIVORCIO: INCIDENCIA DEL REGLAMENTO “ROMA III”

THE EQUIVALENCE OF GROUNDS FOR DIVORCE AS A CONDITION FOR THE RECOGNITION IN COLOMBIA OF THE SPANISH DIVORCE DECREES: INCIDENCE OF THE “ROME III”REGULATION

Gisela Moreno Cordero*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROL INDIRECTO DE LA LEY APLICADA Y SU CONTEXTUALIZACIÓN EN LA REGLAMENTACIÓN APLICABLE AL RECONOCIMIENTO RECÍPROCO DE DECISIONES DE DIVORCIO EN EL ÁMBITO HISPANO-COLOMBIANO. III. LOS ARTÍCULOS 163 Y 164 DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. VI. LA ELECCIÓN DE LEY COMO SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS ESPAÑOLAS DE DIVORCIO EN COLOMBIA. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El reconocimiento recíproco de decisiones entre España y Colombia se encuentra regido por un convenio internacional con más de un siglo de existencia. Dicho convenio no establece como condición de reconocimiento el control de la ley aplicada. Sin embargo, las autoridades colombianas, haciendo caso omiso a las disposiciones contenidas en el referido texto internacional, y sobre la base de lo previsto en ciertas normas internas, someten invariablemente a las decisiones españolas de divorcio al referido control. Para el ordenamiento colombiano, el control indirecto de la ley aplicada tiene como objetivo primordial la búsqueda una identidad entre la causa que ha motivado el divorcio en España y las previstas en su normativa interna, provocando el rechazo de nuestras decisiones de divorcio siempre que el divorcio no se produzca por mutuo acuerdo de los cónyuges. Constatada esta realidad, son dos los objetivos que con este trabajo se persiguen. El primero, estudiar los fundamentos de los que históricamente se ha servido la jurisprudencia colombiana para sustentar su proceder, así como su contextualización en el régimen convencional bilateral hispano-colombiano. El segundo, verificar cómo el actual diseño de la normativa conflictual española en materia de divorcio incide en tan indeseado resultado, y ello favorecido, fundamentalmente, por dos circunstancias: de un lado, por la inversión en los

Fecha de recepción del original: 30 de septiembre de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de noviembre de 2015.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Granada. Vinculada al Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada desde septiembre de 2010 hasta septiembre de 2014. El presente estudio se enmarca en el Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): "Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar". Correo electrónico: gmorenocordero@yahoo.es

flujos migratorios a consecuencia de la crisis económica sufrida por España desde 2007, hecho que ha estimulado tanto el retorno de inmigrantes colombianos a su país de origen como la salida de nacionales españoles hacia Colombia en busca de nuevas oportunidades laborales. Y, de otro, por la frecuencia con que la ley española acaba siendo aplicada a los divorcios internacionales dictados en España.

ABSTRACT: The mutual recognition of decisions between Spain and Colombia is governed by an international convention with more than a century of existence. The convention does not provide for the control of the law applied as a condition of recognition. However, Colombian authorities, ignoring the provisions of the international text concerned, and on the basis of certain internal rules, subject the Spanish divorce decisions to that control. For the Colombian legal system, the control of the law applied aims primarily to finding an identity between the cause which led to the divorce in Spain and the causes admitted by the Colombian internal rules, determining the rejection of Spanish divorce decisions when the divorce does not take place by mutual agreement of the spouses. Proven this fact, two are the objectives pursued with this work. The first one is to study the fundamentals historically used by the Colombian case law to support his approach, in addition to its contextualization in the Spanish-Colombian bilateral treaty regime. The second one is to check how the current design of the Spanish conflict rule on divorce contributes to that undesirable result, this being favored mainly by two circumstances: on the one hand, the change in the migration flows resulting from the economic crisis suffered by Spain since 2007, a fact that has led to Colombian immigrants to return to their country of origin, as well as the departure of Spanish nationals to Colombia in search of new job opportunities. On the other hand, the frequency with which the Spanish law ends up being applied to international divorces taught in Spain.

PALABRAS CLAVES: Control de la ley aplicada, divorcio, identidad causal, orden público, norma de conflicto, Reglamento “Roma III”, reconocimiento, España, Colombia.

KEYWORDS: Control of the law applied, divorce, equivalence of grounds for divorce, public policy, conflict rule, "Rome III" Regulation, recognition, Spain, Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

Tras su incorporación en 1986 a la entonces Comunidad Económica Europea, y como consecuencia del importante crecimiento económico experimentado a raíz de tal incorporación, España acabó convirtiéndose en un importante punto de destino de los flujos migratorios latinoamericanos, entre ellos los procedentes de Colombia, atraídos por un mercado de trabajo en continua expansión.

La mayor entrada de inmigrantes colombianos en España tuvo lugar durante la segunda mitad de la década de los 90, prolongándose hasta el año 2002, año en el que se produjo un frenazo en los flujos migratorios procedentes de Colombia debido a la supresión de la exención de visado de la que hasta entonces habían venido gozando los ciudadanos colombianos para entrar en España. El principal destino elegido por los emigrantes colombianos entre 2000 y 2005 fue precisamente España, con un 30 % del total de los

nacionales colombianos que salieron de aquel país en este período de tiempo¹. Según datos del INE, entre 1998 y 2006 llegaron a España unos 700.000 inmigrantes procedentes de Colombia, lo que situó a la comunidad colombiana entre las comunidades de extranjeros no comunitarios con mayor presencia en la península, después de marroquíes y ecuatorianos.

La crisis económica mundial iniciada en 2007 ha supuesto un giro radical en el panorama migratorio español, provocando una ralentización de los flujos migratorios con destino a nuestro país, al perder España y su mercado laboral el atractivo que hasta entonces presentaba. La pérdida del empleo por parte de muchos inmigrantes ya asentados entre nosotros, sobre todo en aquellos sectores más afectados por la crisis, ha impulsado el retorno de muchos de ellos a sus países de origen. Solo entre el segundo semestre de 2013 y el primero de 2014 retornaron de España a Colombia 2.425 ciudadanos colombianos y 1.577 españoles originariamente colombianos. Este dato sitúa a Colombia como el segundo país latinoamericano, después de Ecuador, en volumen de inmigrantes retornados².

La precariedad laboral que todavía hoy se respira en España puede seguir provocando el retorno de muchos de estos inmigrantes a sus países de origen, si éstos llegaran a perder su empleo. La imposibilidad de acreditar un vínculo laboral, en tanto exigencia primordial de nuestra vigente legislación de extranjería para la renovación de sus permisos de residencia y trabajo, incidirá de manera determinante en el cambio de su estatus jurídico y en el de sus familiares, pasando de ser inmigrantes en situación regular a extranjeros “irregulares”.

La crisis económica mundial, además de suponer una ralentización de los flujos migratorios hacia nuestro país, ha provocado asimismo una revitalización del fenómeno de la emigración española, siendo importante el número de españoles, sobre todo profesionales cualificados, que, ante la dificultad de encontrar un futuro laboral en su país, han optado por abandonar España y buscar en el extranjero las oportunidades que el mercado español no les ofrece³. Precisamente entre los países a los que se dirige esa nueva emigración española se encuentra Colombia⁴, lo que viene propiciado, no solo por las posibilidades que ofrece el país en estos momentos, debido al crecimiento económico que viene experimentando en los últimos años⁵, sino también por la proximidad cultural e idiomática.

¹ Vid. RODRÍGUEZ, J., “Las relaciones bilaterales Colombia-España”, *Revista Economía y Desarrollo*, vol. 5, núm. 1, marzo de 2006, pp. 144-146.

² Vid. Informe del INE de 10 de diciembre de 2014 (www.ine.es). En igual sentido véase Informe de España a la OEI sobre retorno (www.oei.es/euroiberoamerica).

³ Según datos del INE, 27.026 españoles nacidos en España emigraron a otros países en la primera mitad de 2014, siendo del 15,5% el aumento experimentado por el flujo de emigración española respecto al semestre anterior.

⁴ Datos del INE revelan asimismo que 936 españoles nacidos en España emigraron a Colombia entre el segundo semestre de 2013 y el primero de 2014.

⁵ Informes del FMI confirman que la economía colombiana creció en un 4,7 % en 2013, y un 4,8 % en 2014, lo que la sitúa entre las primeras de América Latina.

El fenómeno de la globalización y la multiculturalidad en España ha sido caldo de cultivo para la aparición de nuevas situaciones jurídicas en un ámbito tan sensible como el Derecho de familia. La proliferación de matrimonios mixtos incrementa los procesos matrimoniales con elemento extranjero, generando infinidad de consecuencias sobre los derechos y obligaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, que culminan con decisiones que posteriormente acaban siendo invocadas en el extranjero.

El reconocimiento recíproco de decisiones en el ámbito familiar, y en particular, en el ámbito de las crisis matrimoniales, nos sitúa ante una realidad: la dificultad que tal reconocimiento plantea en el ámbito hispano-colombiano, especialmente en uno de los dos sentidos: de España a Colombia. Dentro del concreto ámbito de las crisis matrimoniales centraremos nuestra atención en las decisiones de divorcio, al ser éstas las que se enfrentan al que consideramos el más cuestionable obstáculo opuesto por las autoridades colombianas para su reconocimiento en aquél país: el control indirecto de la ley aplicada en base a la identidad causal.

Para alcanzar este objetivo, partiremos de la contextualización del referido control en el régimen de reconocimiento vigente entre España y Colombia, para, seguidamente, adentrarnos en el estudio doctrinal, normativo y jurisprudencial en torno a este control por parte de las autoridades colombianas. Y, dada la estrecha relación que con este punto guardan los recursos ofrecidos por el sistema conflictual español, se examinará asimismo en qué medida tales recursos permiten sortear estas dificultades. Al estudio por separado de ambas cuestiones dedicaremos los próximos epígrafes.

II. EL CONTROL INDIRECTO DE LA LEY APLICADA Y SU CONTEXTUALIZACIÓN EN LA REGLAMENTACIÓN APLICABLE AL RECONOCIMIENTO RECÍPROCO DE DECISIONES DE DIVORCIO EN EL ÁMBITO HISPANO-COLOMBIANO

La regla general de la que parten la mayoría de los instrumentos convencionales sobre reconocimiento de sentencias en vigor para España es la de excluir el control de la ley aplicada como causa de denegación del reconocimiento. No obstante, en el ámbito material de las crisis matrimoniales, en tanto cuestión relativa al estado y capacidad de las personas físicas, es usual que esta regla general se vea excepcionada⁶, extendiéndose en algún convenio a las decisiones relativas a las relaciones de familia, situaciones matrimoniales, régimen económico, representación, derechos sucesorios, declaración de ausencia, fallecimiento y sucesiones⁷.

⁶ Convenios con Francia (art. 5); Italia (art. 15); Alemania (art. 6.2); Austria (art. 6); Checoslovaquia (República Checa y Eslovaca) (art. 22); China (art. 22.1); Túnez (art. 18.1 y 2). Argelia [art. 16 g]; Mauritania [art. 16. g)].

⁷ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2013, pp. 250 y 251.

Los convenios que exigen el control de la ley aplicada en estas materias imponen a la autoridad del Estado requerido fiscalizar si la autoridad del Estado de origen ha fundado su decisión en un Derecho nacional distinto del designado por sus normas de conflicto. Este control, aplicado de manera estricta, podría llevar a la denegación del reconocimiento, siempre que la norma de conflicto del Estado de origen de la decisión ofrezca una solución distinta de la que se produciría de haberse aplicado la norma de conflicto del Estado receptor. A pesar de ello, casi la totalidad de los textos convencionales que imponen esta exigencia la atenúan, admitiendo el reconocimiento de las decisiones extranjeras, aunque la autoridad del Estado de origen haya aplicado una ley distinta de la designada por la norma de conflicto del Estado requerido, siempre que el resultado sea equivalente a la solución a la que se habría llegado de haberse aplicado la ley reclamada por la norma de conflicto del Estado requerido⁸.

En el ámbito hispano-colombiano, el reconocimiento de decisiones judiciales en materia civil, y en concreto de las relativas a las crisis matrimoniales, se halla actualmente sometido a lo dispuesto en el vetusto Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles, de 30 de mayo de 1908⁹ (en adelante, CHC), que constituyó uno de los primeros tratados suscritos entre ambos países tras la firma del Tratado de Paz y Amistad entre España y los Estados Unidos de Colombia, celebrado en París el 30 de enero de 1881¹⁰. El CHC, desmarcándose de la tendencia casi uniforme en el régimen convencional bilateral español, omite cualquier referencia a esta cuestión¹¹, y sobre la que guardan igualmente silencio los restantes instrumentos internacionales que vinculan a Colombia en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras.

La ausencia del control indirecto de la ley aplicada en el CHC no ha impedido, sin embargo, que los jueces colombianos lo practiquen respecto de las decisiones españolas de divorcio, lo que hacen en aplicación de los arts. 163 y 164 del Código civil colombiano (en adelante, C.c.c.)¹². De los elementos cuyo control imponen los referidos preceptos del C.c.c. (aplicación de la ley del domicilio conyugal e identidad causal), el que más interesa a los jueces colombianos es la identidad causal. Y persigue como única finalidad la búsqueda de una identidad absoluta entre las causales de divorcio acogidas por la decisión española y las previstas en la normativa interna colombiana¹³. La

⁸ Vid. ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales Internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 414.

⁹ Publicado en España en *Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909 y en Colombia (aprobado mediante Ley 13, de 8 de abril de 1905) en *DO* núm. 13.366, de 19 de agosto de 1908.

¹⁰ *Gaceta de Madrid* núm. 356, de 22 de diciembre 1881.

¹¹ Esta línea es la seguida por los Convenios con Suiza, URSS (Federación Rusa) y Marruecos.

¹² Aprobado mediante Ley 25, de 17 de diciembre de 1992 (*DO* núm. 40.693, de 18 de diciembre de 1992), por la que se estableció el divorcio vincular de matrimonios civiles.

¹³ En efecto, entre ambos ordenamientos jurídicos existen profundas diferencias en la regulación material de las crisis matrimoniales. En el Derecho español, las modificaciones introducidas en el Código Civil español (en adelante, C.c.e.) mediante la Ley 15/2005, de 1 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (*BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005, en adelante, Ley 15/2005), hicieron desaparecer las barreras que, tanto para la separación

consecuencia más inmediata que de este control deriva es el inevitable fracaso de las decisiones españolas de divorcio en sede colombiana cada vez que el divorcio no se sustente en alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c.¹⁴. De hecho, tan solo cabe hablar de una equiparación entre el divorcio español y el colombiano en los casos de divorcio por mutuo acuerdo, y será únicamente en estos casos en los que el reconocimiento de la decisión de divorcio española en Colombia se pueda alcanzar.

Sujetos a estos antecedentes y tomando como punto de partida el contenido de los arts. 163 y 164 C.c.c., seguidamente intentaremos descifrar el impacto que sendas normas ocasionan en el reconocimiento de las decisiones españolas de divorcio y, en consecuencia, valorar el tratamiento que de esta cuestión realizan las autoridades colombianas en el ámbito del CHC.

matrimonial como para el divorcio, suponían las causales taxativamente fijadas en los antiguos arts. 82 y 86 C.c.e. Nuestro actual sistema matrimonial, inspirado en instituciones objetivas, prevé la posibilidad de que las acciones de separación y de divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, se ejerciten por uno solo de los cónyuges, por ambos de conjunto, o por uno con el consentimiento del otro, transcurridos los tres primeros meses desde la celebración del matrimonio, y sin que sea necesario alegar causa o motivo alguno (actuales arts. 81 y 86 C.c.e.). Así lo ha ratificado nuestro legislador en la exposición de motivos de la Ley 15/2005, cuando reconoce que, "...el derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud...". El Derecho matrimonial colombiano, en cambio, acoge en su vigente C.c.c. un sistema dual de disolución del vínculo. De un lado, el divorcio vincular o divorcio propiamente dicho, y, de otro, el divorcio no vincular o separación de cuerpos. El art. 154 C.c.c. ampara a su vez dos clases de divorcio vincular: el divorcio remedio y el divorcio sanción, dependiendo de la naturaleza objetiva o subjetiva de la causal invocada. Conforme a este modelo, los cónyuges no dispondrán de autonomía e independencia suficientes para el ejercicio por separado de estas demandas, ya que la legitimación para este tipo de acciones recaerá en el cónyuge inocente y será dicho cónyuge el obligado a probar el motivo alegado para el divorcio o la separación (art. 156 C.c.c.). *Vid.* VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, 7ª edic., Temis, Bogotá, 1995, pp. 246-260; Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1495, de 2 de noviembre de 2000, (en adelante, CCC).

¹⁴ Según el art. 154 C.c.c. son causas de divorcio las siguientes: "1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges; 2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres; 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra; 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges; 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica; 6. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial; 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo. 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años; y 9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia".

III. EL CONTROL INDIRECTO DE LA LEY APLICADA: ARTS. 163 Y 164 C.C.C

1. Artículo 163: verificación de la aplicación de la “ley del domicilio conyugal”

El art. 163 C.c.c. dispone: “El divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero se registrará por la ley del domicilio conyugal¹⁵. Para estos efectos, entiéndase por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como el del cónyuge demandado”.

De la literalidad del precepto se desprende que se trata de una norma de conflicto que permite determinar la ley aplicable al divorcio si el matrimonio civil se ha celebrado en el extranjero, y, según confirma la más doctrina autorizada doctrina *iusprivatista* colombiana, el punto de conexión “domicilio conyugal” servirá también para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales colombianos en materia de divorcio¹⁶. Sin embargo, la regla contenida en el art. 163 C.c.c. parece cumplir además una importante función en orden al reconocimiento de decisiones extranjeras en las que se acuerde un divorcio. Según se ha podido constatar del exhaustivo estudio de la jurisprudencia de la CSJC llevado a cabo en procedimientos de *exequátur* de decisiones extranjeras sobre la materia (españolas y extranjeras), los jueces colombianos, al margen de lo establecido por la referida norma, vienen sujetando el reconocimiento de las decisiones extranjeras de divorcio de matrimonio civil extranjero al cumplimiento de otra exigencia no contemplada en el art. 163 C.c.c.: la identidad causal¹⁷. La exigencia de identidad causal, como inmediatamente se verá, alude claramente a otra situación de hecho diferente recogida en el art. 164 C.c.c.: el divorcio extranjero de matrimonio civil celebrado en Colombia, lo que hace patente el inadecuado tratamiento que de esta cuestión efectúan las autoridades colombianas.

En efecto, si la norma del contenida en el art. 163 C.c.c. está llamada a cumplir la referida función (control indirecto de la ley aplicada) en el supuesto de hecho amparado por dicha norma: “divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero”, en tal caso, no cabría condicionar el reconocimiento de la decisión extranjera de divorcio a la exigencia de identidad causal, si la aludida exigencia no se encuentra contenida en el precepto en cuestión. En todo caso, de ser el control indirecto de la ley aplicada una de sus finalidades, el reconocimiento en Colombia de una decisión extranjera de divorcio solo sería factible en aquellos supuestos en los que el tribunal extranjero haya aplicado al divorcio la “ley del domicilio conyugal”, en tanto ley designada por la norma de conflicto colombiana (art. 163 C.c.c.). Y ello con independencia del contenido de dicha ley, esto es, no se precisaría equivalencia de resultados entre la ley del domicilio conyugal y la ley colombiana. Pero lo cierto es que, ni el control indirecto de la ley

¹⁵ Colombia, al ratificar el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1889, optó por la conexión “domicilio conyugal”.

¹⁶ En palabras de M. G. MONROY CABRA, “El factor de conexión es el domicilio conyugal tanto para la jurisdicción como para la ley aplicable al fondo del divorcio”. Vid. MONROY CABRA, M. G., *Tratado de Derecho internacional privado Tratado de Derecho Internacional Privado*, 6ª edic., Temis, Bogotá, 2011, pp. 399 y 400.

¹⁷ Vid. *infra* nota 24.

aplicada en base a la “ley del domicilio conyugal” constituye el objetivo central de la jurisprudencia de aquel país¹⁸, ni la aludida norma podría recibir aplicación en los supuestos en los que viene reclamada la intervención del CHC, Convenio en el que, como ya se viere, no reza esta condición.

2. Artículo 164: comprobación de la identidad causal y posible atribución a la sentencia extranjera de divorcio de los efectos de la separación de cuerpos

A) Comprobación de la identidad causal

El art. 164 *in prime* C.c.c. establece: “El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal y no producirá efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana...”¹⁹.

De la simple lectura del precepto derivan importantes diferencias con el art.163 C.c.c. En primer lugar, el art. 164 C.c.c. contempla un supuesto de hecho distinto del previsto por su predecesor: divorcio decretado en el extranjero de matrimonio civil celebrado en Colombia. En segundo lugar, no se trata de una norma de conflicto. Sería irrazonable que el legislador colombiano obligara a un juez extranjero jurídicamente competente a aplicar al divorcio que ante su jurisdicción se dirima la ley designada por la norma de conflicto colombiana, impidiendo que lo haga conforme a su propio sistema conflictual. Se trata de una norma material imperativa por la que se establece un control indirecto de la ley aplicada²⁰, siendo precisamente este control el punto de encuentro con una de las funciones asignadas por la práctica jurisprudencial colombiana al art. 163C.c.c. En tercer y último lugar, el control indirecto de la ley aplicada establecido por el art. 164 C.c.c. sujeta el reconocimiento de este tipo de decisiones al cumplimiento de un doble requisito: a) que se haya aplicado la ley del domicilio conyugal (conexión acogida por la norma de conflicto colombiana) y b) que la causal acogida por la ley del domicilio conyugal sea de las contempladas por la ley colombiana²¹.

Expuestas las diferencias entre ambas disposiciones, se colige con claridad que si la exigencia de identidad causal ha sido contemplada en el art. 164 C.c.c., y no en el art.

¹⁸ *Vid. infra* nota 25.

¹⁹ Esta exigencia, muy próxima a la contemplada en el art. 13 b) del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1889, condiciona el reconocimiento del divorcio tanto al Derecho del domicilio conyugal como al del lugar de la celebración del matrimonio. Así pues, la causal del Derecho del domicilio conyugal debe ser admitida por el Derecho matrimonial del país de su celebración. *Vid. BOGGIANO, A., Curso de Derecho internacional privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 617.

²⁰ Así lo reconoce abiertamente la SCSJC de 7 de octubre de 2010 en relación a una sentencia de divorcio española de matrimonio civil celebrado en España, señalando que: “Dicha sentencia no es contraria a normas imperativas, toda vez que en nuestro territorio está permitido el divorcio de matrimonio civil, y la causal invocada para ello, “de común acuerdo”, está contemplada en el numeral 9 del artículo 154 del Código Civil”.

²¹ *Vid. MONROY CABRA, M. G., Tratado de Derecho Internacional Privado..., op. cit., p. 400.*

163 C.c.c., tales distinciones deberían conllevar necesariamente a un tratamiento diferenciado de los supuestos de hecho contenidos en uno y otro precepto²².

Como acabamos de ver, en el supuesto comprendido en el ámbito del art. 163 C.c.c., el juez colombiano, por localizarse en el extranjero el lugar de la celebración del matrimonio civil disuelto en el extranjero, solo podría constatar la aplicación por parte de la autoridad extranjera de la ley del domicilio conyugal, pero, en ningún caso, rechazar el reconocimiento del divorcio extranjero cuando la causal acogida por el ordenamiento extranjero aplicado no coincida con alguna de las previstas en el ordenamiento civil local. En cambio, si el matrimonio civil disuelto en el extranjero se hubiera celebrado en Colombia y, por consiguiente, resultara de aplicación el art. 164 C.c.c., el juez colombiano, en tal caso, quedaría obligado a exigir tanto la aplicación de la ley del domicilio conyugal como la identidad causal²³. Naturalmente, el alcance de este precepto no implica necesariamente su aplicación obligada a cualquier situación de reconocimiento en la que se vea involucrada una decisión extranjera de divorcio. Su aplicación únicamente podría resultar de la concurrencia de dos circunstancias: a) que resulte de aplicación el régimen autónomo de reconocimiento; y b) que se trate del supuesto de hecho recogido en el mencionado precepto (divorcio extranjero de matrimonio civil celebrado en Colombia).

No obstante lo dicho, y contrariamente a lo dispuesto en las referidas normas, la jurisprudencia colombiana viene efectuando el control de la identidad causal en todos los supuestos, sin hacer distinción según se trate de las situaciones recogidas en el art. 163 o en el art. 164 C.c.c. Pero es que además aplica este control no solo al divorcio de matrimonio civil, se haya celebrado en Colombia o en el extranjero, sino al margen del régimen de reconocimiento que resulte aplicable (convencional o estatal)²⁴.

²² Vid. NARANJO OCHO F., *Derecho Civil, personas y familia*, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín, 2006, p. 75.

²³ Vid. MONROY CABRA, M. G., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 247.

²⁴ Todas las decisiones españolas de divorcio cuyo reconocimiento se ha instado ante las autoridades colombianas, tanto las que disuelven un matrimonio civil celebrado en Colombia (SSCSJC de 19 de diciembre de 2012, 5 de julio de 2012, 16 de abril de 2012, 19 de diciembre de 2011, 29 de noviembre de 2011, 9 de noviembre de 2011, 24 de octubre de 2011, 14 de octubre de 2011, 11 de febrero de 2011, 26 de enero de 2011, 20 de agosto de 2009, 17 de julio de 2009, 14 de noviembre de 2008, 15 de agosto de 2007, 19 de julio de 2005), como las vienen referidas a un matrimonio civil celebrado en España (SSCSJC de 7 de octubre 2010, 30 de septiembre de 2010, 25 de junio de 2010, 13 de mayo de 2009, 13 de agosto de 2002, 16 de enero de 1995), han sido objeto del control de la identidad causal. El control de la identidad causal se ha efectuado asimismo respecto de las decisiones de divorcio provenientes de Estados partes de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, adoptada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, Convención que fue ratificada por Colombia mediante Ley 16 de 22 de enero de 1981 (DO núm. 35.711, de 27 de febrero de 1979), y de la que también forman parte Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Al igual que sucede en el CHC, dicha Convención no prevé el control de la ley aplicada. No obstante, los jueces colombianos lo vienen practicando en los supuestos en los que el citado instrumento resulta de aplicación (SSCSJC de 30 de septiembre de 2011, 8 de septiembre de 2011, 30 de noviembre de 2001, 17 de julio de 2001, 10 de julio de 2000, 19 de agosto de 1997 y 20 de mayo de 1997 -todas ellas referidas a decisiones provenientes de Venezuela-; 31 de octubre de 2008 -respecto de decisión procedente de Ecuador-, y 13 de julio de 1995 -en relación con sentencia dictada en México-). En el régimen autónomo colombiano de reconocimiento, como hemos visto, el control de la identidad causal se encuentra justificado sólo si la decisión extranjera

En la práctica, el juez colombiano, la mayoría de las veces ni siquiera verifica si la ley aplicada al divorcio por el juez extranjero es la correspondiente al domicilio conyugal (requisito que sí que prevén tanto el art. 163 y 164 C.c.c.)²⁵. Su control se limita básicamente a comprobar si existe o no identidad causal, y en caso de que esta identidad no se produzca, procede a rechazar la decisión extranjera invocando el orden público, sin justificar adecuadamente su conexión con los principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano.

Un ejemplo paradigmático del alcance de este control en el ordenamiento colombiano lo encontramos en la SCSJC de 25 de junio de 2010, por la que se denegó el reconocimiento de una decisión española de divorcio que disolvía el matrimonio católico celebrado en España entre nacional español y nacional colombiana. En esta ocasión el rechazo de la decisión se fundó en el hecho de haberse iniciado el proceso de divorcio en España por la acción unilateral de uno de los cónyuges conforme a los trámites previstos en el art. 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²⁶ (en adelante, LEC 2000). Según la CSJC, “la causal del mutuo acuerdo no

disuelve un matrimonio civil celebrado en Colombia (art. 164 C.c.c.). Sin embargo, ello no ha sido óbice para que los jueces colombianos lo extiendan asimismo al divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero (SSCSJC de 24 de octubre de 2011, 29 de junio de 2010 y 25 de septiembre de 1996 –referidas respectivamente a decisiones provenientes de Argentina, Brasil y EEUU-). La inadecuada aplicación de la exigencia de identidad causal al divorcio decretado en el exterior de matrimonio celebrado en el extranjero fue puesta de relieve en el voto particular del magistrado P. LAFONT PIANETTA a la Sentencia dictada por la CSJC (Sala de Casación) de 16 de enero de 1995, por la que se concedió el executum a la decisión que, con fecha 9 de septiembre de 1988, dictara el Juzgado de Primera Instancia No. 3 de Familia de Pamplona, declarando disuelto el matrimonio católico contraído en Arre (Navarra) el 23 de septiembre de 1963, entre nacional colombiana y nacional español. En su voto particular, el destacado magistrado y doctrinario colombiano declaraba que, en el supuesto en cuestión, no procedía el control de la identidad causal, al ser una condición reclamada únicamente en los casos en que el divorcio extranjero afecte a un matrimonio civil celebrado en Colombia. Y reitera: “... en estos supuestos el legislador colombiano, “al deferir la regulación de la “disolución del vínculo por divorcio” a dicha legislación extranjera, adopta anticipadamente y sin requisito judicial alguno, el divorcio de esos matrimonios civiles, bien se produzca administrativa o judicialmente, por una causal contenciosa o por mutuo acuerdo, o por un régimen sustancial o procedimental cualquiera. Por cuanto parte del supuesto de que en dicha materia no se ha afectado el orden público interno colombiano, en vista de que precisamente tanto el matrimonio civil como el divorcio fueron celebrados y decretados en territorio extranjero, donde tenían su domicilio conyugal, bajo la legislación extranjera, en lo cual nada le interesaba a la legislación colombiana. Luego, con esta disposición se le reconoce al Estado extranjero, por medio de su legislación y de sus órganos competentes, regular exclusivamente el matrimonio civil celebrado en su territorio y el divorcio también allí decretado cuando los cónyuges tuviesen allí su domicilio conyugal. Este reconocimiento persigue, de una parte, que sea en el extranjero donde se defina sustancial y procesalmente el asunto relativo a una disolución matrimonial, porque siendo exclusivamente convencional, o con intervención judicial (según la legislación correspondiente), esa solución extranjera en nada afecta los intereses públicos de Colombia”. Pese a lo notoriamente cuestionable que puedan resultar muchos de los planteamientos vertidos en su voto particular por P. LAFONT PIANETTA, sobre todo porque en el marco del CHC el control indirecto de la ley aplicada no tiene cabida ni en base a la ley del domicilio conyugal (art. 163 C.c.c), ni en base a la identidad causal (art. 164 C.c.c.), lo cierto es que el citado magistrado ha tenido el mérito indiscutible de advertir la distinción entre ambos preceptos.

²⁵ Control omitido en las SCSJC de 24 de octubre de 2011, 14 de octubre de 2011, 11 de febrero de 2011, 26 de enero de 2011, 19 de julio de 2005.

²⁶ *BOE* núm.7, de 8 de enero de 2000. Corrección de errores *BOE* núm.90, de 14 abril de 2000 y *BOE* núm.180, de 28 de julio de 2001.

aparece reflejada en la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se interesa²⁷, y aunque sí fue reconocido este extremo dentro de la demanda de *exequátur* tramitada²⁸, no se ha comprobado que se haya iniciado el procedimiento en origen de conjunto fundado en el mutuo acuerdo de los contrayentes”.

En esta decisión se observa cómo la CSJC va más allá del control de la identidad causal, al quedar satisfecho el controvertido control por el solo hecho de haberse tramitado inicialmente la demanda de divorcio a través del procedimiento contencioso, y no, conforme a lo previsto para solicitudes de mutuo acuerdo. Sin recursos para más, la CSJC realiza un anquilosado juicio de valor –el mismo que preside todas sus decisiones²⁹–, e ignora la consideración que en los procedimientos inicialmente contenciosos tienen en nuestra norma procesal tanto la variación de la voluntad de los cónyuges a lo largo del proceso, como cualquier alternativa intrajudicial para alcanzar el mutuo consenso, y concluye que: “Lo que importa a la hora de determinar si la sentencia extranjera es susceptible de homologación, es la hipótesis legal que se invocó para sentenciar el divorcio, pues es a partir de ella, en abstracto, que la Corte debe hacer el examen de compatibilidad con las normas colombianas”.

En efecto, en el Derecho procesal español, para que exista divorcio por mutuo acuerdo, no siempre será necesario que la acción conjunta de los cónyuges o de uno con el consentimiento del otro tenga lugar desde el inicio mismo del proceso. En España, el procedimiento contencioso de divorcio permite que, una vez movilizado el entramado judicial, las partes unifiquen posturas inicialmente divergentes. Así lo corrobora el art.

²⁷ “En la providencia se cataloga el divorcio como “contencioso” y se deja constancia de la citación y contestación de la demandada, lo que descarta la posibilidad de que la petición haya sido mancomunada”.

²⁸ “Según la peticionaria del *exequátur*, la causal reconocida en el fallo extranjero fue el “mutuo consentimiento logrado dentro del procedimiento inicialmente contencioso” (Considerando tercero).

²⁹ “Sucede, empero, que existen otras legislaciones no se basan en un sistema de causales de divorcio, sino que, como ocurre en España, es posible declarar judicialmente el divorcio “*cualquiera sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro...*”. La norma transcrita, que corresponde al artículo 86 del Código Civil Español -modificado por la Ley 15 de 2005-, en armonía con el artículo 81 *ibídem*, precisa como único requisito para solicitar el divorcio que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio, a no ser que exista riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, casos en los cuales ni siquiera es preciso esperar ese lapso” (Considerando 3º). Y añade “Al comparar esa preceptiva con la regulación nacional, se concluye que en principio los dos regímenes sólo son compatibles cuando se trata de la solicitud de terminar el vínculo matrimonial por mutuo acuerdo de los cónyuges, porque las demás formas de pedir el divorcio en España, no acompañan con las causales del Código Civil Colombiano, en especial porque las foráneas no tienen el carácter tuitivo que inspira a las del derecho patrio. A diferencia de lo que aquí sucede, en España es posible que baste la manifestación unilateral de uno de los cónyuges para romper el vínculo matrimonial, sin que se analice la realización de hechos o actos culposos, la legitimidad para alegarlo o la pérdida del derecho a pedir el divorcio por el paso del tiempo. En esas condiciones y atendiendo el estado actual de las cosas, para que pueda homologarse la sentencia de divorcio proferida por las autoridades jurisdiccionales españolas, el demandante debe demostrar que el divorcio fue el resultado de la mutua petición de las partes, en tanto que, se repite, esa es la única causa que resulta compatible con la legislación nacional”. (Considerando 4º).

770.5 LEC³⁰, cuando facilita la continuación del procedimiento por los trámites previstos en el art. 777 LEC (diseñado para solicitudes de divorcio por mutuo acuerdo o para el iniciado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro), si las partes así lo desean y se cumplen los requisitos previstos en el art 777.2 LEC³¹. Asimismo, la norma procesal española autoriza la suspensión del procedimiento contencioso cuando los cónyuges, de común acuerdo, deciden someterse a la mediación (art. 770.7 LEC).

La Corte, que admitió que el procedimiento español se había incoado a través del “contencioso”, en ningún momento valoró la postura adoptada en el proceso seguido en España por la ahora demandante, ni la posible adaptación del divorcio objetivo español al mutuo acuerdo en los casos en que, por ejemplo, la demandada hubiera contestado allanándose. Todo lo contrario, la Sala realizó una valoración negativa de estas circunstancias, considerando que la postura de la parte demandada en el proceso desarrollado en España no tuvo ninguna repercusión en que el divorcio culminara por mutuo acuerdo de los cónyuges³², y terminó exigiendo de nuevo la acreditación de la causa que originó la culminación del matrimonio³³, exigencia que, por demás, no era ruta crítica necesaria para reconocer la decisión en cuestión. Como colofón de su mal hacer, para la CSJC resultó intrascendente que la entonces demandada fuera la parte demandante del *exequátur* que ante dicha Sala se gestaba, y acabó recurriendo al orden público para justificar el rechazo de una decisión española de divorcio que no comprometía en ninguna de sus partes derechos fundamentales del foro³⁴.

Por lo demás, adviértase que nos encontramos ante un supuesto en el que ni siquiera en aplicación del régimen autónomo de reconocimiento colombiano el rechazo de la decisión española de divorcio estaría justificado, ya que se trataba de una decisión de divorcio de un matrimonio civil celebrado en España, supuesto para el que, ni el art. 163 ni el 164 C.c.c. han previsto el discutido control, lo cual, por cierto, también ha provocado fuertes y merecidas críticas en la doctrina local³⁵.

³⁰ El art. 770.5 LEC reconoce que: “En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el art. 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo”.

³¹ Esto es, la certificación de la inscripción del matrimonio, la certificación de nacimiento de los hijos (de haberlos) y el convenio regulador.

³² La Sala, en el Considerando 5º, señala: “Por lo demás la conducta de la demandada en el curso del proceso, esto es, el silencio, la aceptación de los hechos o el allanamiento frente a la pretensión de divorcio, no significa que la causa de terminación del matrimonio haya sido de mutuo acuerdo”.

³³ “Al analizar el referido fallo, se advierte que en él no se precisa cuál fue el motivo que originó el divorcio”.

³⁴ En el Considerando 2º, la Sala ratifica su radical postura respecto a la consideración del orden público, reclamando su intervención ante cualquier oposición a sus normas internas. Y en tal sentido declara: “La normatividad en ningún momento ha dejado al libre designio de alguno de los cónyuges la facultad de romper la unión así conformada, sino que, por el contrario, propendiendo aún por la protección familiar, estableció un sistema de causales que restringen la posibilidad de que el matrimonio se acabe por la decisión unilateral del marido o de la mujer, de modo que existen limitaciones de carácter legal -por supuesto, de orden público- que han de ser atendidas en esa materia”.

³⁵ Baste referir aquí la crítica efectuada por J. L. MARÍN FUENTES, miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), reconociendo que: “De ser cierto lo anterior estaríamos frente a una situación en la cual la Corte estaría extralimitando sus funciones como tribunal local en tanto foro competente de acuerdo a la solicitud de *exequátur* planteada. Igualmente podría quedar la sensación

Tras el frívolo argumento del procedimiento utilizado por la CSJC en la Sentencia aludida, lo que en realidad se esconde es el más absoluto control de la identidad causal, que esta vez roza los límites de lo improbable. Un solo dato compromete aún más los argumentos de la controvertida decisión. Curiosamente, la conversión del proceso de divorcio contencioso en mutuo acuerdo se halla prevista en la legislación colombiana, incluso de forma más simplificada que en nuestra LEC³⁶.

A la vista del planteamiento seguido por la jurisprudencia colombiana en relación con las decisiones españolas de divorcio, varias son las consideraciones que cabe efectuar. En primer lugar, existiendo un convenio de obligada prevalencia sobre el régimen autónomo en el ámbito hispano-colombiano, no se justifica la aplicación de una norma interna para implantar una condición de reconocimiento no acogida por el CHC. El rechazo al reconocimiento de tales decisiones en base a un control indirecto de la ley aplicada resulta totalmente infundado si dicho control no encuentra base positiva en el instrumento internacional llamado a ser aplicado³⁷, y mucho menos justificado es que

de que con dicha decisión lo que se busca es propiciar una “aplicación extraterritorial” de la ley colombiana a las situaciones jurídicas nacidas en el extranjero en las cuales está implicado un nacional colombiano”. El citado autor señala asimismo que: “Al aplicar las normas de orden público colombianas, la Corte debería haber recurrido a concepto de orden público atenuado o bien a aquel del orden público de proximidad”. Ciertamente es que los argumentos vertidos por J. L. MARÍN FUENTES en relación con la SCSJC de 25 de junio de 2010 desvelan, en algunas de sus partes, ciertas carencias en la disciplina del DIPr., pero merece la valoración positiva de propugnar un cambio de postura en la jurisprudencia colombiana tachándola de altamente territorialista. *Vid.* MARÍN FUENTES, J.L., “Comentarios sobre un posible error en la calificación de la categoría jurídica de divorcio de mutuo acuerdo”, *Revista de la ASADIP*, 2010, pp. 3 y 11.

³⁶ La conversión de un procedimiento de divorcio o separación matrimonial en un procedimiento de mutuo acuerdo fue introducida por la Ley 446 de 8 de julio de 1998, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 25 de noviembre 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia (*DO* núm. 43.335, de 8 de julio de 1998). El art 28 de dicha Ley establece: “En los procesos de divorcio, cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, separación de cuerpos o de bienes y en los demás procesos de familia sometidos a su conocimiento que se hubieren iniciado como contenciosos, el Juez dictará sentencia de plano si las partes llegaren a un acuerdo, siempre que éste se encuentre ajustado al derecho sustancial”. Esta regulación permite a las partes disolver el vínculo matrimonial sin tener que desistir o iniciar un nuevo proceso. En tales casos, el juez que conoce del asunto dictará sentencia de plano, siempre que el acuerdo alcanzado sea ajustado a Derecho (art. 27). El mutuo acuerdo alcanzado durante el procedimiento antes de dictarse sentencia excluye cualquier consideración sobre la culpa y su repercusión en el régimen de los efectos, así como los problemas que plantea la legitimación activa en estos procesos. *Vid.* MONROY CABRA, M.G., *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, 14ª edic., Librería ediciones del profesional, Bogotá, 2012, p. 327.

³⁷ La exigencia de conformidad con el Derecho designado por la norma de conflicto del foro anula la razón misma del DIPr. que parte del respecto por las divergencias normativas estatales y solo tendría cabida si el régimen de reconocimiento expresamente lo previera. En España el control indirecto de la ley aplicada se ha pretendido justificar para evitar el fraude de ley cuando, por ejemplo, las partes se trasladan a España a discernir la eventual crisis matrimonial sin existir vínculos razonables con nuestro país. Sin embargo, con este control nunca se llega a discernir si existe una intención fraudulenta de las partes o si éstas han actuado ejerciendo legítimamente sus libertades personales. A este resultado podría llegarse a través de otros mecanismos correctores como el control de la competencia judicial internacional del juez de origen. *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMATÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil*

dicha norma se extienda, además, a supuestos en los que ni siquiera en aplicación del régimen autónomo colombiano su utilización se encuentra justificada (divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero). Aceptar que el control indirecto de la ley aplicada derivado de los arts. 163 y 164 C.c.c. funciona al margen del régimen convencional prevalente, implica dotar a aquellas normas de un valor universal que no ostentan³⁸, con la consecuente desactivación del mandato constitucional contenido en el art. 93 de la Constitución Política de Colombia³⁹ (en adelante, CPC), que da primacía jerárquica a los tratados internacionales⁴⁰.

En segundo lugar, a través de este control las autoridades colombianas estarían imponiendo una condición de reconocimiento más gravosa que la prevista en el CHC, cosa que no sucedería en la situación inversa, ya que nuestros jueces, que aplican estrictamente el Convenio, se limitan a verificar las exigencias previstas en aquél⁴¹, entre las que no figura este control⁴². En todo caso, la aplicación del Derecho interno tendría cabida únicamente si se tratara de normas más favorables que las establecidas en

Internacional. Litigación Internacional, 2ª edic., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 639; ABARCA JUNCO, A. P., “Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)”, en ABARCA JUNCO, A. P. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 4ª edic., UNED, Madrid, 2003, pp. 176-180; VIRGÓS SORIANO, M., “Reconocimiento de decisiones en materia de divorcio”, *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1983, pp. 504-511, pp.508-511; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Divorcio”, *REDI*, vol. XXXVI, núm. 2, 1984, pp. 654 y 655.

³⁸ Vid. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 241.

³⁹ *Gaceta Constitucional* núm. 116, de 20 de julio de 1991.

⁴⁰ Vid. COCK ARANGO A., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 4ª edic., Prensas de la Universidad Nacional, Bogotá, 1952, p. 193.

⁴¹ El control estricto de las dos únicas condiciones previstas en el CHC ha sido la postura unánime seguida por nuestra jurisprudencia en el ámbito del CHC. Así, por ejemplo, en ATS de 10 de julio de 2003, por el que se reconoce la decisión de separación acordada por el Tribunal Superior de Medellín, de 12 de abril de 1985, la Sala reconoce que: “De conformidad con el Convenio ha de ser controlado la firmeza de la resolución (art. 1.1), y la conformidad con el orden público (art. 1.2), debiéndose oír al Fiscal; todos los requisitos establecidos por el Tratado bilateral aparecen debidamente cumplimentados” (en igual sentido *vid.* AATS de 7 de julio de 1998, 20 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 1999, 26 de noviembre de 1999, 25 de enero de 2000, 13 de mayo de 2000, 3 de mayo de 2000, 23 de mayo de 2000, 4 de julio de 2000, 14 de noviembre de 2002, 13 febrero de 2001, 13 marzo de 2001, 16 de mayo de 2001, 19 de junio de 2001, 25 de septiembre de 2001, 28 de diciembre de 2001, 9 de abril de 2002, 16 de abril de 2002, 31 de julio de 2002, 1 de noviembre de 2002, 5 de noviembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, 21 de enero de 2003, 6 de junio de 2003, 24 de junio de 2003, 30 de septiembre de 2003, 14 de octubre de 2003, 11 de noviembre de 2003, 18 de noviembre de 2003, 2 de diciembre de 2003, 23 de diciembre de 2003, 2 de marzo de 2004, 27 de abril de 2004, 18 de mayo de 2004, 15 de junio de 2004, 6 de junio de 27 de julio de 2004, de 23 de noviembre de 2004).

⁴² No siendo el control indirecto de la ley aplicada una condición exigible en nuestro régimen común, durante años, las decisiones extranjeras de divorcio y de separación fueron sometidas a este control. Esta línea jurisprudencial fue progresivamente desapareciendo hasta su total erradicación (*vid.* AATS de 5 de mayo de 1989 y 8 de abril de 1998, en los que se concede el execuátur a sendas sentencias chilenas en las que la nulidad matrimonial se fundamentó en la incompetencia del funcionario autorizante, pese a que el art. 53 C.c.e. ya había eliminado dicha causa de nulidad en nuestro ordenamiento). *Vid.* ABARCA JUNCO, A. P., “Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española”, *ADC*, 1981, vol. XXXIV, pp. 733-745; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op cit.*, p. 256; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, *op cit.*, pp. 249 y 250.

el CHC, pero nunca de normas más restrictivas. Otra interpretación anularía la razón misma de los convenios internacionales de reconocimiento: *favor recognitionis*.

En tercer y último lugar, resulta poco afortunado que los jueces colombianos funden en el orden público interno el rechazo de las decisiones españolas de divorcio ante la ausencia de identidad causal, si el motivo por el que ha tenido lugar el divorcio en el extranjero no pone en entredicho principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano, porque ello supondría identificar el orden público con las normas imperativas.

Con todo, yendo más allá de lo abiertamente inconsistente que puede resultar el control de la identidad causal en el ordenamiento colombiano, tras el planteamiento seguido en este punto por la jurisprudencia de aquel país se esconde una motivación más honda. Para el Derecho colombiano, el principio de territorialidad absoluta de sus normas rubricado por el art. 19 C.c.c.⁴³ explica que todo lo concerniente a la familia en que intervenga un nacional colombiano quede sujeto a la ley colombiana, siempre que se pretenda su eficacia en territorio colombiano, siendo su desconocimiento interpretado como un ataque a su orden público⁴⁴.

La norma colombiana sigue la doctrina tradicional, cuya razón de ser no es otra que la aplicación incondicional de ley nacional al estatuto personal⁴⁵, ley que también ha servido en muchos ordenamientos para impedir que la aplicación de un Derecho extranjero rija el divorcio o la separación de sus nacionales⁴⁶. Esta intención ha quedado reflejada en la última modificación operada en el C.c.c., y de la que derivó la nueva

⁴³ El art. 19 C.c.c. dispone: “1º) Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles; 2º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

⁴⁴ A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE reconocen que será la ley colombiana la que rija para los colombianos dentro y fuera de Colombia todo lo relativo a los derechos y obligaciones que el matrimonio origina entre los cónyuges, nulidad de aquél, separación de cuerpos, al divorcio, a la paternidad, a la filiación o legitimidad, a la porción conyugal y a las demás relaciones jurídicas que la existencia de la familia produce entre los individuos que la componen. “Este principio se justifica plenamente, pues todo lo que se refiere a la familia afecta las bases fundamentales de la sociedad civil, y no ha de permitirse el que, por una ausencia más o menos larga, pueda un individuo, fuera de su patria, desconocer deberes sagrados que lo ligan a la sociedad donde se ha formado, ni esquivar las leyes imperativas. Es evidente que no pudiendo el legislador colombiano imponer a los tribunales extranjeros las reglas conforme a las cuales deben apreciarse los derechos y obligaciones que existen entre los diversos miembros de una misma familia, aunque éstos sean colombianos, concrete que los principios anteriores no se apliquen sino en cuanto aquellos actos han de tener efecto en la República”. Vid. VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE A., *Derecho civil. Derecho de Familia...*, op. cit., p.196 y CAICEDO CASTILLA, J.J., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 242. La defensa de la imperatividad de sus normas frente a situaciones que no comprometen principios y valores fundamentales protegidos constitucionalmente se ha visto también reflejado en el voto aclaratorio a la SCCC C-395, de 30 de mayo de 2002 del magistrado M. G. MONROY CABRA, al que acabaron adhiriéndose otros magistrados. Vid. MONROY CABRA, M. G., *Tratado del Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 298.

⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 249.

⁴⁶ Vid. ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales...*, op. cit., p. 256.

redacción de los arts. 163 y 164 C.c.c. Sin embargo, el legislador local, aunque trataba de proteger a sus nacionales de la aplicación de una ley divorcista menos restrictiva que la colombiana (postura claramente conservadora), al instaurar el control indirecto de la ley aplicada en base a la identidad casual solo en aquellos supuestos en los que el divorcio decretado en exterior afecte a un matrimonio civil celebrado en Colombia, obvió un importante matiz que enfrenta el contenido de la norma con su verdadera intención: el divorcio de matrimonio celebrado en Colombia no afecta únicamente a nacionales colombianos, sino también a extranjeros, del mismo modo que el divorcio de matrimonio civil celebrado en el exterior puede llegar a afectar a súbditos colombianos⁴⁷. De ser así, es muy probable que la jurisprudencia colombiana no haya tenido más alternativa que recurrir al orden público para salvaguardar la inoperancia de sus normas frente a la no inclusión del control de la identidad casual en todos los supuestos, cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

En cualquier caso, y al margen de cuáles sean los motivos reales que mueven a la autoridad colombiana a actuar de esta manera, no cabe duda de que semejante comportamiento constituye una manifestación precaria vinculada a sistemas poco desarrollados como el colombiano⁴⁸.

B) Manipulación de la posible atribución a la sentencia extranjera de divorcio de los efectos de la separación de cuerpos

Además de las condiciones ya aludidas, el art. 164 C.c.c. *in fine*, al referirse a las decisiones extranjeras de divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero, dispone: “Con todo, cumpliendo los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la separación de cuerpos”⁴⁹.

Con esta disposición de cierre, el legislador colombiano, en teoría, está reconociendo el efecto de la separación de cuerpos a las decisiones extranjeras de divorcio de matrimonio civil celebrado en Colombia, previo cumplimiento de los requisitos de notificación y emplazamiento, esto es, aunque no se haya aplicado la ley del domicilio conyugal ni la identidad causal se configure. Como se observa, la exclusión del control de la identidad causal “objetiviza” el efecto residual de la separación de cuerpos, quedando asimismo marginada la incidencia negativa de la culpa de uno de los cónyuges respecto del efecto principal y sobre ciertos efectos colaterales vinculados.

⁴⁷ Vid. FERNÁNDEZ FLORES, J.L., *El divorcio en el derecho internacional privado*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 8.

⁴⁸ Vid. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁹ La separación podrá ser de hecho o de derecho y produce extinción de la vida en común de los cónyuges si concurre alguna de las causales de divorcio (art. 154 C.c.c.). Al igual que el divorcio, solo estará legitimado para emprender estas acciones el cónyuge inocente (SCCC C-1495 de 2 de noviembre de 2000, en la que se declara la exequibilidad la expresión “o de hecho” del artículo 6, numeral 8 de la Ley 25 de 1992, reconociéndole al cónyuge separado de hecho por más de dos años la posibilidad de instar el divorcio).

Comprendida así la finalidad del precepto, su proyección se muestra cuanto menos extraña desde la perspectiva territorialista y legeforista colombiana⁵⁰. Se trata, sin embargo, de una construcción puramente teórica que la práctica judicial colombiana desmiente cuando a las decisiones de divorcio -españolas y extranjeras- no le es atribuido el efecto de la separación de cuerpos, siendo éstas rechazadas si la identidad causal no se produce⁵¹.

De este significado práctico deriva la justa dimensión y alcance del precepto, si bien su proyección jurisprudencial no diluye la argucia del legislador local en no comprometer su afanado interés en controlar la identidad causal en cualquier caso. Téngase presente que, para alcanzar el pretendido efecto de disolución en Colombia, el o los cónyuges interesados, no tendrán más alternativa que la de interponer nueva demanda de divorcio ante aquella jurisdicción. Semejante sutileza normativa devolvería a las autoridades locales el control sobre la causalidad y sus efectos, aplicando a todo divorcio la ley colombiana.

Nos encontramos, por tanto, ante una regulación de cierre carente de toda virtualidad. Y ello, porque seguramente los cónyuges no se van a contentar con un efecto distinto del alcanzado por la decisión española de divorcio, viéndose obligados a plantear una nueva controversia ante las autoridades de aquel país con las consecuencias que ello entraña⁵². Pero, sobre todo, porque, en sede colombiana, el reconocimiento del efecto residual de la separación de cuerpos difícilmente podría sustraerse de las consecuencias que la causalidad y la culpa provocan sobre el efecto principal y sobre ciertos efectos colaterales en los que ésta participa⁵³.

⁵⁰ El art. 165 C.c.c. identifica las causales de la separación de cuerpos con las causales de divorcio previstas en el art. 154 C.c.c. Y lo mismo ocurre con las reglas de legitimación, pues, en todo lo no previsto para la separación, el art 169 C.c.c. remite a las normas del divorcio. En consecuencia, se trate de un divorcio o de una separación, el ejercicio de ambas acciones quedará reservado al cónyuge inocente (art. 156 C.c.c.), correspondiendo a éste probar la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c. (objetivas y subjetivas).

⁵¹ *Vid.* SSCSJC de 25 de junio de 2010 y de SCSJC de 27 de noviembre de 2007, denegadas sin más, tras no superar el control de la identidad causal.

⁵² La iniciación de un nuevo procedimiento en Colombia, además de los inconvenientes vinculados a los efectos negativos de la culpa, la incidencia de la caducidad y de la legitimación en la determinación de los efectos conexos al divorcio fundado en causales subjetivas, implica, asimismo, duplicidad de procedimientos y de soluciones, una inversión adicional de tiempo y dinero para las partes, así como una situación transitoria de inseguridad jurídica frente a la cuestión ya resuelta en el extranjero.

⁵³ Como se ha visto, en el Derecho colombiano las acciones de divorcio quedan reservadas al cónyuge inocente (art. 156 C.c.c.), correspondiendo a éste demostrar la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c., a menos que se trate del ejercicio conjunto de la acción en cuestión. La culpabilidad de uno de los cónyuges en la relajación del vínculo tendrá una repercusión ineludible sobre ciertos pronunciamientos colaterales, circunstancia esta que conllevará una sanción en términos similares a como sucede en el divorcio. Fuera del mutuo acuerdo, la necesidad de identificar a un culpable puede repercutir incluso en causales objetivas (SCCC C-1495 de 2 de noviembre de 2000). Entre los efectos colaterales afectados por la determinación de un culpable en la relajación del vínculo matrimonial se encuentran: la obligación del cónyuge culpable de prestar alimentos al cónyuge inocente (art. 411. 4 C.c.c.); el cónyuge inocente podrá beneficiarse de un régimen de indemnizaciones en atención a la situación pecuniaria de los esposos y podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable (sin que este último pueda invocar derechos o concesiones estipulados

En este punto, el comportamiento de las autoridades colombianas en relación con las decisiones españolas de divorcio conlleva, en consecuencia, a una doble violación. La primera, la de seguir aplicando al reconocimiento de tales decisiones el art. 164 C.c.c. *in fine* al margen de lo establecido en el CHC. La segunda, desatender un mandato contenido en el mencionado precepto, al no atribuir el efecto residual de la separación de cuerpos considerado en el impugnado tenor.

Cuando el juez colombiano opone cualquier obstáculo a las decisiones españolas de divorcio, utilizando según convenga el art. 164 C.c.c. *in fine*, esto es, solo para impedir el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, pero nunca para favorecerlo, está poniendo de relieve una vez más un comportamiento que se muestra antitético con la naturaleza y función de las que vienen unguidas las normas de reconocimiento.

C) La ausencia de identidad causal: ¿oposición a las leyes o cuestión de orden público?

Al margen de las referencias contenidas en epígrafes anteriores, y visto que en el marco del CHC no se justifica el control indirecto de la ley aplicada, queda todavía por resolver si, de acuerdo con las condiciones establecidas por el dicho texto internacional, ha quedado satisfecho el cupo de razones en las que el juez colombiano podría fundamentar el rechazo de decisiones españolas de divorcio si la identidad casual no se configura.

El legislador convencional, al enunciar la segunda y última de las condiciones a las que supedita el reconocimiento recíproco de decisiones en el marco del CHC, establece en el art. 1.2 CHC que estas decisiones “no se opongan a las leyes vigentes en el Estado requerido en que se solicite la ejecución”.

La primera dificultad que plantea la formulación de esta condición en el CHC es la de saber cuáles son esas leyes cuya contravención puede erigirse en causa de denegación del reconociendo: ¿las sustantivas, las procesales, las imperativas, las normas de DIPr., o las que afectan derechos fundamentales?

Si partimos de una interpretación literal del precepto podría pensarse que el legislador convencional, a través de la fórmula abierta, estéril y en desuso articulada en el CHC, estaría autorizando que cualquier oposición a las normas internas del Estado requerido se erija en motivo fundado de denegación del reconocimiento. Parece obvio que, al abrigo de semejante interpretación, cualquier diferencia normativa entre sistemas

exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales); cesa la vocación hereditaria recíproca de los cónyuges, así como la posibilidad de reclamar la porción conyugal (arts. 1230 y 1231C.c.c.); el cónyuge inocente podrá desheredar por vía testamentaria al cónyuge culpable y privarlo del derecho a la porción conyugal, incluso si ambos cónyuges fueran culpables. Y a la porción conyugal solo accederá el cónyuge inocente, o ambos inclusive (*vid.* SCSJC de 22 de febrero de 1976, donde se hizo extensivo este derecho a los cónyuges separados inocentes). *Vid.* PARRA QUIJANO, J., *Tratado de la prueba judicial*. 1ª edic., t. II, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1984, p. 179; ECHANDÍA, D., *Compendio de Derecho procesal. Pruebas judiciales*, 9ª edic., t. I, ABC, 1988, p. 228.

esencialmente diferentes serviría para justificar el rechazo de las decisiones de divorcio en el otro Estado parte. Se trataría, sin embargo, de una interpretación formalista del precepto, poco sustentable en la vaga articulación de un convenio con más de un siglo de existencia, máxime cuando la ausencia de identidad causal viene siendo interpretada por los jueces colombianos, no como “una simple oposición a sus normas”, sino como una cuestión de orden público en supuestos donde los derechos fundamentales del foro no quedan comprometidos.

Cierto es que, el Derecho de familia, representa un ámbito especialmente expuesto al impacto negativo del orden público del foro en su vertiente sustantiva⁵⁴. De ahí que, antes de recurrir a tan excepcional recurso, el juez deba saber dos cosas. La primera, que el contenido del orden público matrimonial no es el mismo en todos los ordenamientos nacionales, “lo que para Colombia supone un ataque a su orden público⁵⁵, para España no lo es”⁵⁶. La segunda, que esta excepción no se proyecta con la misma intensidad en los sectores de ley aplicable y de reconocimiento de decisiones extranjeras⁵⁷. Así pues, el juez competente que conoce del *exequátur* deberá tener muy presente que no es lo mismo aplicar una ley extranjera, que dar efectos en su territorio a esa misma ley ya aplicada por el juez extranjero de conformidad con su propio sistema de DIPr.

En el ordenamiento colombiano, esta proyección viene siendo tratada por las autoridades locales prescindiendo de cualquier distinción entre la función que el orden público despliega en el sector de ley aplicable y la que cumple en el sector del reconocimiento, y, además, con un fundamento ideológico distinto al existente en el ordenamiento español. Así, por ejemplo, en el sector de la ley aplicable, la inexistencia en el ordenamiento colombiano de normas de competencia judicial internacional -situación propia de un sistema monista donde el juez colombiano va a conocer de situaciones internacionales si las normas de competencia territorial le atribuyen competencia⁵⁸ (art. 28 Código General del Proceso⁵⁹, en adelante CGP)-, llevará invariablemente a la aplicación ley colombiana -ley del domicilio conyugal-, esto es, a las causales previstas en el art. 154 C.c.c. y a las reglas de legitimación que para estos procesos contempla el art. 156 C.c.c. Mientras, en el sector del reconocimiento -como ya se viere-, cualquier desigualdad con las causales observadas en el art. 154 C.c.c. será

⁵⁴ Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, p. 233.

⁵⁵ Véase cómo la normativa autónoma de reconocimiento colombiana, a más de un siglo de distancia del CHC (2012), conserva la cláusula de orden público en términos similares al CHC. El art. 606.2 CGP dispone “que no se oponga a las leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento”.

⁵⁶ El orden público se caracteriza por su relativismo espacial y temporal. Su contenido varía de un Estado a otro, “Lo que puede ser de orden público para un país, para otro, en cambio, no lo será y con el paso del tiempo cambia en un mismo territorio”. Vid. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., pp. 229 y 230.

⁵⁷ Vid. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., p. 226 y 227; TRINIDAD GARCÍA, M. L., “Función del orden público en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, *RDPr.*, 1984, p. 906.

⁵⁸ Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “El Derecho Internacional Privado colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr.” *AEDIPr.*, t. XIII, 2013, pp. 681-697, en particular p. 682.

⁵⁹ Código aprobado mediante Ley 1564 de 2012, de 12 de julio (*DO* núm. 48.489, de 12 de julio de 2012).

entendida como una cuestión de orden de orden público interno, sea cual fuere el régimen de reconocimiento aplicable⁶⁰.

En el ámbito español, la cláusula de orden público viene siendo aplicada a la luz de la comunitarizada corriente que limita su intervención a aquellos supuestos en que se conculquen principios y valores fundamentales del Estado requerido, con exclusión de sus normas imperativas. Se habla así de “orden público internacional”. En el espacio integrado europeo el orden público se construye desde el respeto por la diversidad jurídica y cultural de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas nacionales (art. 67 TFUE)⁶¹, lo que convierte a esta exigencia en un recurso excepcional, sin que por ello las distintas soberanías pierdan legitimidad a la hora de impedir que sentencias pronunciadas por jueces de otro Estado miembro desplieguen sus efectos en dicho Estado, si sus consecuencias son “manifiestamente incompatibles con los principios y valores fundamentales del foro”⁶². Precisamente la concepción que del orden público acogen los Reglamentos comunitarios⁶³ facilita la coexistencia pacífica dentro del entorno europeo de sistemas divorcistas subjetivos y objetivos, sin que las diferencias entre los distintos sistemas supongan un obstáculo ni a la aplicación del Derecho extranjero⁶⁴, ni al reconocimiento recíproco de decisiones⁶⁵.

⁶⁰ En la SCSJC de 20 de agosto de 2009, la Sala reconoce que: “... el fallo que se pretende homologar no es contrario a las normas de orden público, dado que en Colombia es permitido el divorcio de matrimonio civil y además la causal invocada para el efecto, el “mutuo acuerdo”, se encuentra previsto en el artículo 154 del Código Civil, modificado por el artículo 9º de la Ley 25 de 1992”. Tal consideración es reproducida de forma automática en todas las sentencias de la CSJC en las que la identidad causal se configura (por citar solo algunos ejemplos, *vid.* SCSJC de 19 de diciembre de 2012, 5 de julio de 2012, 16 de abril de 2012, 19 de diciembre de 2011, 29 de noviembre de 2011, 9 de noviembre de 2011, 24 de octubre de 2011, 14 de octubre de 2011, 8 de septiembre de 2011, 11 de febrero de 2011, 26 de enero de 2011, 7 de octubre 2010, 30 de septiembre de 2010, 29 de junio de 2010, 25 de junio de 2010, 17 de julio de 2009, 13 de mayo de 2009, 14 de noviembre de 2008, 15 de agosto de 2007, 19 de julio de 2005, 13 de agosto de 2002, 30 de noviembre de 2001).

⁶¹ Según el citado precepto, “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”.

⁶² La evolución experimentada por esta excepción en las normas comunitarias se nutre de los modelos nacionales, perfilando gradualmente los principios y valores sobre los que el juez español ha de fundar este control, tanto en un sentido positivo como negativo. El orden público nacional y europeo evolucionan en “relación dialéctica”, nutriéndose mutuamente. “El orden público nacional es aplicado por el Juez nacional y controlado por el Juez de Derecho comunitario. (...) al final, por tanto, se mantiene el orden público nacional e, indirecta y eventualmente, una paralela construcción del orden público europeo”. El TJUE no ha dudado en poner freno a comportamientos estatales, a través mecanismos sancionadores con el propósito de corregir conductas extremadamente flexibles, al tiempo que se ha erigido en un importante pulso para la interpretación de este recurso, estableciendo límites a los Estados cuando desconocen decisiones extranjeras (art. 6 de la CEDH y art. 2 del TUE). *Vid.* POILLOT PERUZZETTO, S., “La incidencia de las modalidades del reconocimiento y ejecución de decisiones en el espacio judicial europeo”, *AEDIPr.*, t. IX, pp. 179-199, en particular pp. 183 y 184.

⁶³ El Reglamento “Bruselas II *bis*”, al referirse al reconocimiento en materia de crisis matrimoniales limita la intervención del orden público los supuestos de incompatibilidad manifiesta [arts. 22. a)].

⁶⁴ El Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁶⁴, en adelante, Reglamento “Roma III” (*DOUE* núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010), admite la exclusión de la ley extranjera designada por las normas de conflicto del Reglamento si su aplicación resulta

Imbuido en esta concepción, el orden público matrimonial español queda reducido a motivos evidentes de desigualdad entre los cónyuges (sexo, religión, raza) o a aquellos que impidan el libre desarrollo de la personalidad⁶⁶, cualquiera que sea el régimen de reconocimiento aplicable. Ello explica porqué para la autoridad española es indiferente el Derecho aplicado por el juez colombiano, y porqué las sustanciales diferencias normativas entre ambos sistemas divorcistas no han merecido en nuestra jurisprudencia la consideración de orden público, muy a pesar de la fórmula acogida por el art 1.2 CHC. Para nuestros jueces es inadmisibles fundar en el orden público la denegación del reconocimiento de un divorcio extranjero por derivar de un sistema causal y no objetivo, aunque estas decisiones se sustenten en la culpabilidad de uno de los cónyuges y el ejercicio este tipo de acciones quede limitado al cónyuge que haya puesto causa en el divorcio⁶⁷. La denegación del reconocimiento motivada por el hecho de que la causal

manifiestamente contraria al orden público del foro (art. 12). Fuera de este supuesto, la exclusión de la ley extranjera y la consiguiente aplicación de la ley del foro solo es posible si alguna de las leyes designadas por los arts. 5 y 8 del Reglamento no contemplara el divorcio o no lo concediera por algún motivo de desigualdad (art. 10).

⁶⁵ El proceso de armonización del DIPr. en el ámbito familiar comunitario se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, de ahí que sea incompatible que situaciones jurídicas válidamente constituidas en los distintos Estados miembros de la Unión europea no produzcan los mismos efectos en otro Estado miembro. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp.117-168, especialmente, pp. 164 y 169; ORTEGA MARTÍN, E., "La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 19, 2006, pp. 315-325; PÉREZ VERA, E., "El orden público en el Derecho internacional", *AHLADIPr.*, vol. VII, 1984, pp. 273-287; DOMÍNGUEZ LOZANO, P., "Las concepciones publicista y privatista del Derecho Internacional Privado", *REDI*, 1994, vol. XLVI núm. 1, p. 111.

⁶⁶ "Para nuestro legislador la libertad para desligarse de una relación conyugal insatisfactoria es inherente al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y al de la igualdad de los cónyuges dentro de la relación matrimonial. Sus causas quedan soterradas en los valores de intimidad y dignidad familiar y personal. No se puede obligar a nadie a compartir la vida con otra persona cuando no se desea hacerlo. El matrimonio trae causa en la confluencia de dos voluntades autónomas, de tal forma que cuando una de ellas cesa, la relación jurídica se desvanece". *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 339.

⁶⁷ Imaginemos, por ejemplo, el supuesto de una demanda de divorcio planteada ante los órganos jurisdiccionales españoles en la que, en cumplimiento de lo establecido en nuestra normativa conflictual, resulte de aplicación la ley colombiana, y el juez, tras asumir su competencia, advierte que de conformidad con aquél Derecho no es posible alcanzar el divorcio, bien por no haberse demostrado la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c., o por el simple hecho de que quien haya accionado el divorcio sea el cónyuge culpable, no legitimado para este tipo de demandas según el Derecho colombiano (art. 156 C.c.c). Seguramente, el juez español no tendría más recurso que excluir la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto española y aplicar la ley española para resguardar un valor esencial de su sistema (que cabría estimar en base al derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad). Distinto sería que, siendo aplicable la ley colombiana, sea el cónyuge inocente quien accione el divorcio, demostrando durante el proceso seguido ante las autoridades españolas la concurrencia de cualquiera de las causales previstas en el art. 154 C.c.c. La exclusión de la ley colombiana en este caso estaría injustificada, ya que su aplicación no interesa ningún derecho fundamental del foro, pues, ninguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c. reflejan el privilegio de uno de los cónyuges por razón de sexo ni por otro motivo de desigualdad. Mientras en el sector del reconocimiento se protegen derechos fundamentales y no la identificación con las normas jurídicas del foro. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2007, pp. 339-341; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional", *REDI*, 2001-1, pp. 205-223.

extranjera no sea de las contempladas en nuestro sistema solo tiene cabida en aquellos regímenes en los que el control de la ley aplicable se encuentre previsto⁶⁸.

En el sector del reconocimiento, el orden público sustantivo no puede identificarse con las normas materiales de un determinado sistema⁶⁹, pues no compete al juez requerido examinar la correcta aplicación de las leyes, ni siquiera su oportuna interpretación, dado que la conformidad con el orden público del Estado requerido se ha de analizar en abstracto⁷⁰. Lo que en el ámbito del reconocimiento es susceptible de control no es la conformidad de la decisión con las concepciones jurídicas del foro, sino cuan peligrosas pueden resultar las consecuencias jurídicas derivadas del reconocimiento de la sentencia extranjera para el orden social, económico, cultural o político del foro⁷¹.

Nuestro análisis, en definitiva, pasa por considerar que la falta de convergencia material entre ambos ordenamientos no es una circunstancia que en sí misma suponga la quiebra de los principios y valores esenciales en ningún sistema de reconocimiento. Es antitético supeditar el éxito del reconocimiento de una decisión de divorcio procedente de otro país a una mera desigualdad normativa si ésta no afecta principios básicos del Estado requerido. Y, ciertamente, el orden público colombiano puede soportar sin quebranto el divorcio objetivo español, aunque el divorcio español haya recaído sobre un matrimonio celebrado en Colombia, derive de la acción unilateral de cualquiera de los cónyuges por separado y sin motivación alguna, y en él participen nacionales colombianos.

Dicho esto, la posibilidad de que exista algún supuesto que sitúe a una decisión española de divorcio en el disparadero del orden público colombiano se desvanece. Pero es que, en el hipotético caso de que así fuera, antes de levantar la barrera del orden público, cabría barajar otras alternativas como el reconocimiento parcial de la decisión o la atenuación del orden público⁷².

⁶⁸ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 443.

⁶⁹ Sobre este extremo, W. GOLDSCHMIDT puntualizaba que el concepto de orden público entraña, de un lado, la diversidad ideológica dentro de la comunidad de aquellos pueblos que aplican mutuamente sus respectivos derechos y, de otro, el reconocimiento de una obligación jurídica de aplicar el Derecho extranjero. Vid. GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, 2ª edic., t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 477.

⁷⁰ Vid. REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras...*, op. cit., p. 232.

⁷¹ Vid. ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado elemental de Derecho internacional privado...*, op. cit., pp. 340 y 341.

⁷² Sobre el *test* de orden público en su vertiente material vid. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, op. cit., pp. 645-650. El *test* consta de cuatro etapas: 1ª etapa: se responde a la pregunta de si la resolución pone en peligro algún principio o valor fundamental del foro y si la respuesta es afirmativa, se pasa a la segunda etapa; 2ª etapa: se responde a la pregunta de si el mismo resultado sería alcanzable sin la infracción de ese principio o valor fundamental del ordenamiento del foro, y si la respuesta es positiva se pasa a la tercera etapa; 3ª etapa: vinculación espacial y temporal del caso con el foro. No es lo mismo el reconocimiento del repudio unilateral si éste se ha producido antes del establecimiento en España del interesado. Si la conexión con el foro no es relevante se pasa a la cuarta y última etapa; 4ª etapa: se analiza la colisión entre la resolución extranjera y las normas o principios fundamentales del foro que se hallan en juego y se resuelve sobre el reconocimiento mediante un modelo de decisión basado en la “regla de ponderación”.

Ahora bien, ninguna de las anteriores razones significan que las formulaciones suscritas por nuestros negociadores hace más de un siglo deban perpetuarse si éstas no son capaces de satisfacer los objetivos primordiales de justicia desde la perspectiva internacional actual⁷³. Cuanto el CHC consagra como condición de reconocimiento la fórmula de la no oposición a las leyes del Estado requerido, está poniendo al mismo nivel el tratamiento de las diferencias normativas entre ambos sistemas matrimoniales y los principios y valores fundamentales del foro. Hoy resulta más que injustificado que un instrumento convencional bilateral que afecta el concreto sector del reconocimiento siga inmortalizando una fórmula que con frecuencia comprometa el principio base de todo reconocimiento: la “máxima eficacia”. Las diferencias que el tratamiento del orden público protagoniza en el ámbito de las relaciones hispano-colombianas, y las consecuencias que ello provoca para el reconocimiento de nuestras decisiones de divorcio en Colombia, ponen de relieve la necesidad de articular normas que no den margen a comportamientos de esta naturaleza.

Parece claro que esta situación deber ser revisada de *lege ferenda* para adaptarla a la evolución experimentada por el DIPr. y los textos internacionales más modernos en la materia⁷⁴, de forma tal que su utilización quede restringida a supuestos en los que el reconocimiento de la decisión extranjera resulte “manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido”. No obstante, estamos convencidos que de poco servirá una modificación del CHC en este sentido si el intérprete colombiano no abandona su cerrada noción del orden público, permeada de añejas concepciones morales sobre la conservación del matrimonio y su papel en la familia moderna. Téngase en cuenta que la fórmula de la “manifiesta contrariedad” ya existe en el sistema de fuentes vigente en Colombia, concretamente, en el art. 2 h)⁷⁵ de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, adoptada en Montevideo el 8 de mayo de 1979; pero su presencia en dicho texto internacional tampoco ha impedido que la ausencia de identidad siga siendo considerada por la jurisprudencia colombiana como una cuestión de orden público interno⁷⁶. Este dato es revelador y demuestra que, hasta tanto no se produzca un cambio en la mentalidad del intérprete local y éste sea capaz de aceptar con mayor flexibilidad formulaciones distintas de las propugnadas por el

⁷³ Vid. REMIRO BROTRONS, A., *Ejecución de sentencias...*, op. cit., p. 117, quien al referirse al CHC vertía comentarios poco halagüeños que siguen conservando a día de hoy su vigencia: “En el tratado exclusivamente debe buscar el juzgador las circunstancias, los requisitos y las condiciones que deberá cumplir la sentencia para ser exequatada. Ahora bien, puede ocurrir (...) que la intención de las partes al concluir el tratado sea únicamente la de evitar el funcionamiento negativo del principio de reciprocidad, confiando el reconocimiento y ejecución de las sentencias a la verificación de las circunstancias de fondo y forma previstas por el Derecho interno de los respectivos Estados contratantes...”.

⁷⁴ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Los tratados internacionales en el sistema de Derecho Internacional Privado y su aplicación judicial”, en *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 28-29.

⁷⁵ El art. 2 h), establece: “Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución”.

⁷⁶ Vid. SSCSJC de 31 de octubre de 2008 (respecto de sentencia procedente de Ecuador); de 13 de julio de 1995 (en relación con sentencia procedente de México) y de 8 de septiembre de 2011 (referida a una decisión procedente de Venezuela).

sistema jurídico que representa, cualquier cambio en la normativa convencional resultará de poca utilidad.

IV. LA ELECCIÓN DE LEY COMO SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS ESPAÑOLAS DE DIVORCIO EN COLOMBIA

Sabiendo ya la repercusión que la aplicación de una y otra ley tiene para el reconocimiento de decisiones españolas de divorcio en Colombia, es momento de concretar en qué medida la normativa conflictual vigente en España favorece o impide que la decisión española de divorcio supere con éxito el control indirecto de la ley aplicada llevado a cabo por autoridades colombianas en la búsqueda de una identidad causal.

Con la entrada en funcionamiento del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de junio de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada⁷⁷ en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁷⁸ (en adelante, Reglamento “Roma III”), quedó desplazado el régimen común sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (art. 1)⁷⁹ contenido en el art. 107.2 C.c.e. para las demandas presentadas a partir del 21 de junio de 2012 (art. 18).

El Reglamento “Roma III”, diseñado para crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes y garantizar a los cónyuges soluciones adecuadas en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad (Considerando 9), contiene un régimen de ley

⁷⁷ La falta de consenso entre Estados miembros del Reglamento “Bruselas II bis” para la culminación del proceso de unificación de la normativa conflictual comunitaria en esta materia llevó a 14 de los 27 Estados miembros a optar por el mecanismo de la cooperación reforzada previsto en los arts. 20.2 TUE y 326-334 TFUE. Actualmente, además de España, son Estados miembros del Reglamento “Roma III” Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía, sin perjuicio de que cualquier otro Estado miembro participe de esta cooperación reforzada (artículo 331 TFUE). *Vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M., “Reflexiones en torno al Reglamento del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, en J. M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *El tratado de Lisboa: Un balance de la Presidencia española*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2011, pp. 197 y ss; CAMPUZANO DÍAZ, B., “El Reglamento (UE) n° 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *RDCE*, núm. 39, mayo-agosto, 2011, 561-564.

⁷⁸ *DOUE* núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010.

⁷⁹ “El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial”, por lo que, de conformidad con el Reglamento no será posible la determinar de la ley aplicable a la anulación del matrimonio, hecho que viene confirmado en el Considerando 10, cuando dispone que “el presente Reglamento no debe aplicarse a la anulación del matrimonio”.

aplicable que presenta carácter universal (art. 4)⁸⁰, de forma tal que la ley designada por sus normas de conflicto recibirá aplicación incluso cuando no sea la Ley de un Estado parte (Considerando 12)⁸¹. El Reglamento no contiene normas de conflicto materialmente orientadas, siendo insustancial el contenido de estas leyes y los resultados que su aplicación pueda acarrear⁸².

Una de las aportaciones más importantes del Reglamento “Roma III” ha sido posibilitar que los cónyuges elijan la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁸³. Se trata, no obstante, de una libertad de elección restringida a las leyes previstas en el art. 5.1 del Reglamento, y que son: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia al momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí al momento de la celebración del convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad ostenten cualquiera de los cónyuges al momento de la celebración del convenio, y d) la ley del foro.

El carácter limitado que lidera la autonomía conflictual consagrada por el art. 5.1 del Reglamento no impedirá que los cónyuges puedan elegir, del conjunto de leyes, la correspondiente a la nacionalidad de cualquiera de ellos, garantizando de esta forma que dichas leyes no queden restringidas a criterios de “proximidad territorial”.

Los cónyuges podrán elegir ley aplicable a su divorcio en cualquier momento anterior a la presentación de la demanda, incluida la fecha de su interposición (art. 5.2), y si la ley del foro lo permite, durante la tramitación (art. 5.3), siendo ésta una posibilidad contemplada por ley procesal española⁸⁴. Estos límites temporales regirán asimismo la

⁸⁰ El Considerando 12 del Reglamento dispone que, “... con arreglo a sus normas uniformes de conflicto de leyes, se puede designar como ley aplicable la ley de un Estado miembro participante o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea”.

⁸¹ “Para que los cónyuges puedan designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos o, a falta de elección, para que pueda aplicarse a su divorcio o separación judicial una ley de esas características, esta debe aplicarse aunque no sea la de un Estado miembro participante...”.

⁸² De hecho, se identifican escasos eventos dentro del Reglamento vinculados al contenido material de las leyes estatales. Así, por ejemplo, cuando por razones de orden público no pueda aplicarse la ley designada por la norma de conflicto (art. 12); o cuando la ley designada no contemple el divorcio (art. 10 *in primis*), o, considerándolo, lo haga conculcando derechos fundamentales consagrados en la ley del foro (art. 10 *in fine*). Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo-2012), vol. 4, núm. 1, pp. 52-85, especialmente pp. 65 y 66.

⁸³ Posibilidad no contemplada en la norma de conflicto del art. 107.2 C.c.e. Vid. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El divorcio internacional y el nuevo art. 107.2 del Código Civil”, *La Ley*, 24 mayo 2004, pp. 1-9; id: “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2009, p. 17; CAMPUZANO DÍAZ, B., “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 CC”, en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 177-193; DIAGO DIAGO, M.P., “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en *El Derecho de familia...*, op. cit., pp. 271-294; ARENAS GARCÍA, R., “La nueva redacción del art. 107 del Código Civil”, *REDI*, 2004, vol. LVI, pp. 205-225.

⁸⁴ Cierta doctrina sostiene que los acuerdos alcanzados por los cónyuges para regular las consecuencias de las crisis matrimoniales podría tener lugar en la vista del juicio oral, de conformidad con lo dispuesto en

posterior modificación o derogación de la ley elegida⁸⁵. En cualquier caso, para considerar válido un acuerdo de elección de ley, éste deberá cumplir los requisitos formales y sustanciales exigidos en los arts. 6 y 7 del Reglamento⁸⁶.

A falta de elección de ley, la determinación de la ley aplicable al divorcio o a la separación judicial se hará de conformidad con los criterios previstos en el art. 8 del Reglamento⁸⁷. Las soluciones conflictuales acogidas en el art. 8 del Reglamento, tal y como sucede con el art. 5, se han edificado en el principio de proximidad, si bien en esta ocasión el legislador comunitario ha dado prioridad a aquellas conexiones que reflejan proximidad territorial. En primer término, se aplicará la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda [art. 8 a)]. En su defecto, habrá que aplicar la ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda [art. 8 b)]. De no concurrir el criterio anterior, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda [art. 8 c)]. Finalmente, como conexión de cierre, a falta de todos los criterios anteriores de

el art. 774.1 LEC. Asimismo sostiene que, incluso en fecha posterior a la vista, como incidente de especial pronunciamiento (art. 389 LEC), o en virtud del art. 391.3 LEC, esto es, cualquier otra incidencia cuya resolución sea absolutamente necesaria para la continuación del juicio). *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 13ª edic., v. II, Comares, Granada, 2012, p. 235; ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *Diario La Ley*, n.º 7613, 18 abril 2011, pp. 6 y 7.

⁸⁵ Considerando 20.

⁸⁶ El art. 6, dispone: “1. La existencia y la validez de un convenio de elección de la ley aplicable y de sus cláusulas se determinarán con arreglo a la ley por la que se regiría el convenio en virtud del presente Reglamento si el convenio o cláusula fuera válido; 2. No obstante, el cónyuge que desee establecer que no dio su consentimiento podrá acogerse a la ley del país en el que tenga su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1”. Por su parte, el art. 7, establece: “1. El convenio contemplado en el artículo 5, apartados 1 y 2, se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio; 2. No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación; 3. Si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones; 4. Si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación”.

⁸⁷ Se trata, como destaca el Reglamento en su Considerando 21, de “ (...) una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate, para garantizar la seguridad y la previsibilidad e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que se que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses. Esos criterios de vinculación deben elegirse de modo que garantice que el procedimiento o de divorcio de separación judicial se rija por la una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho”.

conexión, se aplicará la ley ante cuyos órganos jurisdiccionales se haya interpuesto la demanda (*lex fori*) [art. 8 d)]⁸⁸. La preponderancia que este criterio tiene asimismo en la determinación de la competencia judicial internacional de los jueces españoles para conocer demandas de divorcio y separación según el art. 3 del Reglamento (CE) núm. 2103 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) núm. 1347/2000⁸⁹ (en adelante, Reglamento “Bruselas II bis”), nos adelanta la frecuencia con la que nuestras autoridades terminarán aplicando ley española, ley que, como es sabido, acoge un sistema divorcista objetivo.

En concreto, son tres los supuestos en los que el reconocimiento de decisiones españolas de divorcio será permitido en Colombia: a) cuando se haya aplicado la ley colombiana; b) cuando se haya aplicado una ley extranjera que contemple alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c.⁹⁰, o c) cuando, habiéndose aplicado la ley

⁸⁸ Frente a este criterio, que asimismo recogía como conexión de cierre el art. 107.2 C.c.e., el profesor R. ARENAS GARCÍA considera más efectivo el lugar de la celebración del matrimonio. *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, *op. cit.*, pp. 39-64, especialmente p. 58; id: “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en supuestos internacionales...”, *op. cit.*, pp. 354-359.

⁸⁹ DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre.

⁹⁰ *Vid.* SCSJC de 7 de julio de 2008, por la que se reconoce la sentencia de divorcio del matrimonio civil celebrado en Colombia, dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Meaux, Cámara Segunda, París, el 7 de noviembre de 2003 “por corresponderse, con el artículo 154, numerales 2º y 3º del Código Civil”; SCSJC de 30 de abril de 2008, por la que se reconoce la decisión del divorcio del matrimonio civil celebrado en Massa Maritima (GR), Italia, dictada por el Tribunal de Rieti, Italia, el 28 de febrero de 2001, aduciendo que “la separación de cuerpos que ha perdurado por más de dos años, que fue la causal invocada en la solicitud, causal admitida por el art. 154, numeral 8º”. Fundadas en esta misma causa fueron reconocidas mediante SCSJC de 6 de noviembre de 2007 y de 11 de diciembre de 1995, las decisiones adoptadas por el Tribunal Civil y Penal de Milán (Italia) -Sección IX Civil, de 12 de noviembre de 1997 y la proferida el 11 de diciembre de 1995 por la Segunda Sección del Juzgado Tercero del Círculo Judicial de Cascais, República de Portugal. Finalmente, “por venir fundada en el mutuo acuerdo”, la CSJC mediante sentencia de 19 de diciembre de 2008, reconoció la decisión de divorcio de matrimonio civil celebrado en Colombia, dictada por el Tribunal del Distrito de Lausana, Cantón de Vaud, de la Confederación Suiza, de 1 de diciembre de 2003. Véase, finalmente, la SCSJC de 27 de noviembre de 2007, por la que se deniega el reconocimiento de una sentencia divorcio alemana de matrimonio civil celebrado en Alemania, por no haberse acreditado en el expediente la prueba relacionada con la causa que produjo la disolución del vínculo matrimonial, destacándose que la imposibilidad de acreditar la causal que dio al traste con la disolución del vínculo ataca los principios fundamentales del Estado colombiano por la inobservancia de los arts. 163 y 164 C.c.c. “En efecto -reconoce la Sala-, no se logró aducir al expediente prueba relacionada con la causa que condujo a la disolución del matrimonio, aspecto de suma importancia habida cuenta que imposibilita superar la incertidumbre alrededor de cuál fue realmente la justificación del rompimiento, y si la acogida por el fallador foráneo está en consonancia con las leyes colombianas de orden público, pues en los documentos allegados por la actora (folios 6 a 12), se alude a que la respectiva demanda fue a instancia de parte y evidencia oposición, mientras que la demandante arguye que fue de mutuo consentimiento. Obsérvese que al libelo se acompañó copia de la sentencia extranjera y allí se refiere “al oponente” o “demandado” cuando hace mención a quien fuera cónyuge de la actora (folio 7), situación que aparece reiterativa a folio 12, al dejarse constancia que, “En la causa de divorcio promovido por la solicitante”, denotando, de una parte, que hubo contienda entre los consortes y de otra, que el fallo extranjero y el escrito incoativo son imprecisos al punto que comprometen las resultas de la homologación demandada. Así, mal puede confrontarse lo actuado por el

española o una ley extranjera no causal, el divorcio se haya producido por mutuo acuerdo de los cónyuges⁹¹.

Si partimos de la premisa que confirma que la aplicación de una ley distinta de las mencionadas puede comprometer el posterior reconocimiento en Colombia de las decisiones de divorcio dictadas por autoridades españolas, corresponde en consecuencia examinar el impacto que las disposiciones contenidas en el Reglamento “Roma III” pueden tener en el reconocimiento de estas decisiones en sede colombiana.

Uno o ambos cónyuges de nacionalidad colombiana pueden enfrentarse de dos maneras distintas a la cuestión de la ley aplicable a su divorcio. La primera, eligiendo dentro de un limitado grupo de leyes la ley que será aplicada a su divorcio (art.5). La segunda, dejando que sea el juez quien determine dicha ley en base a los criterios objetivos previstos en la norma (art. 8), y respetando el orden de prelación que en la misma se establece.

En efecto, el art. 5 del Reglamento, al permitir que los cónyuges puedan elegir una entre varias leyes, incluida la de su nacionalidad, en principio parece plantear plena concordancia con los intereses de las partes, en la medida en que serán ellos los encargados de decidir cuál de esas leyes es la más conveniente para la consecución de sus objetivos⁹². Sin embargo, como inmediatamente veremos, la elección de la ley rectora del divorcio en el que participe un nacional colombiano no será en modo alguno una circunstancia baladí de cara al futuro reconocimiento de la decisión española de divorcio en Colombia, ya que ello dependerá de diversos factores, muchos de ellos, posiblemente desconocidos por los cónyuges al momento de efectuar su elección⁹³.

En primer lugar, es importante que los cónyuges sepan que la aplicación de cualquiera de las leyes recogidas en el art. 5 del Reglamento podría comportar tantas ventajas

funcionario extranjero con respecto a lo regulado en el derecho interno, cuando aparece con evidente notoriedad las imprecisiones tanto del libelo como de la sentencia a homologar, pues una y otra impiden verificar su conformidad con las normas imperativas del ordenamiento patrio”. En igual sentido *vid.* SSCSJC de 5 de noviembre de 1996, 17 de julio de 2001 y 6 de agosto de 2004.

⁹¹ *Vid.* SSCSJC de 15 de agosto de 2007, 14 de noviembre de 2008, 20 de agosto de 2009, 7 de octubre de 2010, 19 de diciembre de 2011 y 5 y 19 de julio de 2012.

⁹² *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2000, p. 66; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *loc. cit.*, p. 54; ZABALO ESCUDERO, E., “Armonización del derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo”, *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de Seminarios, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 194-195; GUZMÁN ZAPATER, M., “Algunas variables económicas y el alcance de la ley nacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º. 20, 2010, p. 4; CAMPUZANO DÍAZ, B., “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, mayo/agosto (2011), pp. 564 y 565.

⁹³ *Vid.* ARENAS GARCÍA, R., “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, pp. 39-64, especialmente p. 52.

como desventajas para las partes, según se trate de inmigrantes que pretenden retornar a Colombia y hacer valer ahí la decisión de divorcio adoptada por autoridades españolas o integrarse en España como país de acogida. Así pues, si bien, por un lado, la elección de la ley colombiana [art. 5. c)] favorecerá la eficacia de la decisión de divorcio española en su país de origen, por otro, su aplicación no estará exenta de plantear algunos inconvenientes en sede española, tales como la necesidad de acreditar el Derecho colombiano (arts. 281.1 y 282 LEC)⁹⁴, los problemas derivados de la legitimación para accionar la demanda en aquel ordenamiento, la pesada carga de demostrar la concurrencia de alguna de las causales previstas en el art. 154 C.c.c.⁹⁵, las consecuencias negativas que la culpabilidad de uno de los cónyuges en el divorcio ocasiona sobre ciertos efectos colaterales, o, en su caso, la intervención de la excepción del orden público⁹⁶. De mismo modo sería conveniente que los cónyuges supieran que la elección de cualquiera de las otras leyes a las que remite los incisos a), b), y d) del art. 5 (entre las que puede encontrarse la ley española, o cualquier otra ley extranjera), siempre que dicha ley acoja un sistema divorcista objetivo o que, de acoger un sistema subjetivo, sus causales no coincidan con alguna de las admitidas por el ordenamiento colombiano, la decisión que finalmente adopte la autoridad española no será reconocida en Colombia, a menos que el divorcio en España se haya tramitado por mutuo acuerdo. En segundo término, los cónyuges deberán asimismo saber que, el conocimiento de las ventajas y desventajas que la aplicación de cualquiera de estas leyes comporta, tampoco sería capaz de adelantar en todos los casos las consecuencias que la designación de una u otra ley acarrearía en sede colombiana, ya que, puede suceder que designen una ley sin saber con certeza sus futuras intenciones de establecimiento, o que, conociéndolas, éstas puedan variar con el transcurso del tiempo.

En tercer lugar, debe tomarse en consideración que la posibilidad de designar la ley aplicable al divorcio antes de la presentación de la demanda, podría acarrear consecuencias irreversibles para cualquiera de los cónyuges, si sus intereses inicialmente convergentes quiebran en un momento posterior al de la celebración del pacto de elección. Sabido es que la conformidad de los cónyuges a la hora de elegir la ley aplicable a su divorcio no está necesariamente reñida con una futura conformidad de

⁹⁴ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La aplicación del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional...”, *op. cit.*, p. 205; CALVO CARAVACA, A, L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero”, *Diario La Ley*, núm. 6238, 2005, pp. 1-11; id: “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento civil 1/2000”, *Diario La Ley*, núm. 6178, 2005, 1-7; CARBALLO PIÑEIRO, L., “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y Constitucional”, *AEDIPr.*, núm. 1, 2001, pp. 483-503, especialmente pp. 493-496; GARAU SOBRINO, F., “La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC”, *AEDIPr.*, núm. 1, 2001, pp. 2343-2366.

⁹⁵ El Reglamento ha dejado intencionadamente un margen de libertad a los Estados Parte para la aplicación oficiosa o instancia de parte del Derecho extranjero eventualmente aplicable. En el caso de España, y en cuanto a la aplicabilidad del Derecho colombiano, conviene recordar la Convención Interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, de 8 de mayo de 1979, (*BOE* núm. 11, de 13 de enero de 1988). Esta Convención fue aprobada en Colombia mediante Ley 49, de 16 de diciembre de 1982 (*DO* núm. 35.159, de 28 de diciembre de 1982).

⁹⁶ Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Estatuto personal y orden público en un contexto creciente de multiculturalidad”, en GARCÍA RODRÍGUEZ I. (coord.), *Las minorías de una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2001, pp. 315-327.

ambos al momento de su tramitación. Por tanto, puede suceder que, entre el momento de suscribirse el pacto de elección y el de la presentación de la demanda de divorcio en España, surjan desavenencias entre los cónyuges impeditivas de una futura tramitación de la demanda de divorcio de manera conjunta o de uno con el consentimiento del otro⁹⁷. Tras esta circunstancia, pues, subyace un riesgo potencial -o más bien real- de que la sentencia española de divorcio no sea reconocida en Colombia si, elegida previamente la ley española o una ley extranjera que no coincida con lo previsto en el art. 154 C.c.c., la posterior tramitación del divorcio en España haya tenido lugar por la acción unilateral de cualquiera de los cónyuges.

Dicho de otra manera, esto significa que, siendo la ley española la que proporciona una resolución más rápida y sencilla de las crisis matrimoniales sin tener que alegar causa alguna y a un menor coste para los cónyuges, en principio no sería la elección de esta ley, sino la de la ley colombiana o la de una ley extranjera que acoja un sistema causal idéntico al previsto en la norma civil colombiana -visiblemente más restrictivo que el sistema objetivo español- la única elección que garantizaría el futuro reconocimiento de la decisión española de divorcio en Colombia, siempre la elección de ley haya tenido lugar antes de la presentación de la demanda. En el orden práctico, la cristalización de cualquiera de estas leyes elegidas -ley colombiana o cualquier otra ley extranjera que acoja un sistema causal idéntico al previsto en el art 154 C.c.c.-, eliminaría toda contingencia posterior vinculada con la imposibilidad de tramitar la demanda de divorcio por acuerdo mutuo, siempre, claro está, que uno de los cónyuges se negara a modificar el pacto de elección⁹⁸.

De este significado se deduce que la elección de la ley española constituye una garantía en sede de reconocimiento colombiana, solo sí, la tramitación de la demanda ha tenido lugar en el marco de un procedimiento por mutuo acuerdo. Pero esta garantía se alcanza por dos únicas vías: a) efectuando la elección en el momento de la presentación de la demanda por mutuo acuerdo o en un momento posterior; o b) previendo en el pacto de elección un cambio automático de ley española sujeto al cumplimiento de una condición futura (*ad ex.*, a favor de la de ley colombiana, o a favor de cualquier otra ley extranjera que acoja un sistema causal idéntico al previsto en la normativa de aquel país- dentro de los límites del art. 5-, cuando no sea posible tramitar la demanda de mutuo acuerdo)⁹⁹. Optar por cualquier otra variante conllevaría al inevitable fracaso de la decisión española de divorcio en sede colombiana, si uno de los cónyuges no ratificara su consentimiento para la modificación o derogación del acuerdo y se negara asimismo a llevar adelante el divorcio por mutuo acuerdo. Tal y como ocurre con el ejemplo

⁹⁷ Sobre estos extremos *vid. supra* página 12, especialmente nota 30 y 31.

⁹⁸ La doctrina resalta que para evitar problemas de “conflicto móvil”, las leyes elegibles en las tres primeras conexiones del art. 5.1 del Reglamento se congelan. Se trata de permitir que los cónyuges puedan elegir en el momento de la celebración del convenio una de esas leyes. Sin embargo, la desventaja que en este punto advierte dicha doctrina ha sido precisamente en aquellos supuestos en los que se exista desacuerdo entre los cónyuges en fecha posterior al pacto y uno de ellos no admitiera su modificación “manteniendo al otro bajo la situación forzada de la ley antes elegida”. *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 223 y 224.

⁹⁹ *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 235.

anterior, también aquí se hará sentir el efecto negativo de la cristalización de la ley de española ya elegida.

En este sentido es preciso insistir en que, salvo que se cuestione el consentimiento de uno de los cónyuges, del art. 6 del Reglamento no se deduce que la falta de acuerdo sobrevinida al pacto de elección constituya causa para su revocación¹⁰⁰. El acuerdo, es cierto, podrá modificarse en cualquier momento, pero para que esta modificación opere, será forzoso que ambos cónyuges estén de acuerdo en llevarla cabo. El pacto de elección de ley no podrá destruirse de forma unilateral. Su validez material permanecerá intacta, incluso en aquellos casos en los que no exista consenso entre los cónyuges al tiempo de la interposición de la demanda, no pudiendo el juez español aplicar un Derecho distinto al previamente elegido por los interesados mediante pacto.

En cuarto y último lugar, no debemos pasar por alto que el Reglamento ha considerado que la elección informada constituye un principio fundamental en el ámbito de la autonomía conflictual (Considerando 18). No obstante, resulta obligado puntualizar que del alcance real asignado a este principio fundamental en dicho texto institucional (referido a los principales aspectos del Derecho extranjero y sus procedimientos), tampoco cabría esperar que por esta vía se consiga prevenir a los cónyuges de las consecuencias jurídicas que su elección pudiera tener en otros sectores del DIPr.¹⁰¹.

¹⁰⁰ El art. 6.1 del Reglamento permite cuestionar únicamente la validez del consentimiento emitido en el pacto de elección de ley, esto es, la presencia de algún vicio (error, dolo, violencia o intimidación). Asimismo, la validez sustancial del pacto puede ponerse en entredicho si el juez acredita que la elección de la Ley estatal aplicable al divorcio/separación judicial no fue una elección informada. El art. 6.2, por su parte, viene referido al silencio de una de las partes. Significa que, el cónyuge que sostiene no haber emitido su consentimiento para la elección de ley aplicable, podrá acogerse a estos efectos a la ley del país en la que tenga su residencia habitual al momento de la presentación de la demanda, y será dicha ley la que determinará si el silencio equivale o no a una aceptación, siempre que, de las circunstancias se desprenda que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley elegida mediante pacto. *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰¹ El mecanismo habilitado por el Reglamento para dar cumplimiento a este principio fundamental es el establecido a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil¹⁰¹, creada por la Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001 (*DO núm. L 174*, de 27 de junio de 2001). En la actualidad, la información sobre el Derecho de la Unión Europea ha sido re-direccionado por la web oficial de la Red Judicial Europea al Portal Europeo e-Justicia (<http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce>)¹⁰¹. Para garantizar el cumplimiento de este principio, el Reglamento advierte a las autoridades de los Estados miembros participantes acerca de la importancia de que tiene para los cónyuges acceder a una información actualizada, pertinente y de calidad sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos en la materia, antes de designar la ley aplicable a su divorcio. Y ello con una finalidad única: que los cónyuges conozcan con exactitud las consecuencias jurídicas y sociales de su elección (Considerandos 14, 17 y 18). Sin embargo, la información acerca del Derecho extranjero disponible en la referida Red se halla limitada exclusivamente al contenido del Derecho de los Estados miembros de la UE. Tratándose de un principio fundamental, llama la atención que, siendo posible -según el propio Reglamento- designar como ley aplicable no solo la ley de un Estado miembro participante, sino también la de un tercer Estado, aunque no pertenezca a la UE (art. 4), el Reglamento no aborde cómo garantizar el acceso a esta información cuando la ley extranjera que resulte aplicable sea la de un tercer Estado. No obstante, por lo que concierne a las relaciones hispano-colombianas, la información sobre el Derecho extranjero queda asegurada a través de la cooperación establecida en la Convención Interamericana sobre prueba e

De todo cuanto se ha expuesto se desprende la relevancia que en sede de reconocimiento colombiana puede tener la vinculación de los legítimos intereses de los cónyuges con la elección de una ley que refleje esa concordancia. Y en efecto, es muy probable que los cónyuges elijan la ley española -menos restrictiva que la colombiana- si desconocen todas las consecuencias que tal elección puede acarrear en aquel país, como también lo es que, de ser aquéllos correctamente informados de tales consecuencias, no sea la española la ley que acaben eligiendo para regir su divorcio.

Para evitar consecuencias indeseadas para los cónyuges e impedir que los procesos de elección se conviertan en un auténtico bumerán para la consecución de sus intereses, lo deseable sería que, antes efectuar su designación, éstos conocieran los obstáculos que podrían plantear en sede colombiana la elección de una ley distinta de la colombiana. Pero, lamentablemente, tan pretenciosa expectativa solo podría derivar de un correcto asesoramiento legal que les permitiera trazar la estrategia más adecuada a sus intereses a la hora de elegir el Derecho aplicable a su divorcio, o del profundo conocimiento por parte del juez tanto del Derecho extranjero, como de la compleja problemática que el reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales encarna en el Derecho comparado extra-europeo, lo que, objetivamente, parece muy poco probable. Aspirar a que la función informativa del juez se extienda a las consecuencias que la elección de ley puede acarrear para las partes fuera del ámbito donde aquél desarrolla su actividad, puede resultar una exigencia demasiado quimérica frente a los contornos tan sinuosos que el reconocimiento de decisiones sobre crisis matrimoniales dibuja en el Derecho comparado intra y extra-europeo.

Con todo, puede asimismo suceder que, por diversas razones, el divorcio no consiga regirse por una ley elegida por los cónyuges, bien porque éstos no hayan tenido conocimiento de tal posibilidad, porque no logren alcanzar un acuerdo, o simplemente porque, habiéndolo alcanzado, razones de orden público o el incumplimiento de algunos de los requisitos formales o sustanciales exigidos por el Reglamento para considerarlo válido lo impidan. En cualquiera de estos casos, el divorcio se regirá por la ley reclamada por el art. 8 del Reglamento¹⁰².

La redacción ofrecida por el art. 8 impide, sin embargo, que las conexiones que en el mismo se recogen puedan ser utilizadas discrecionalmente por el operador jurídico¹⁰³. Al establecer una escalera de criterios de conexión sucesivos, las conexiones

información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, y de la que son parte tanto España como Colombia (*BOE* núm. 11, de 13 de enero de 1988 y *DO* núm. 36.159, de 28 de diciembre de 1982). *Vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: Aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, núm. 7913, 31 de julio de 2012, pp. 6 y 7.

¹⁰² *Vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 238.

¹⁰³ *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

subsidiarias sólo podrán recibir aplicación en defecto de sus predecesoras, que tienen carácter imperativo¹⁰⁴.

La escalera conflictual del art. 8 del Reglamento pone de relieve la preferencia del legislador comunitario por la conexión “residencia habitual”, conexión que, como ya se apuntara, llevará con frecuencia a la aplicación de la ley española, con la consiguiente exclusión del Derecho extranjero. De hecho, la posibilidad de aplicar al divorcio en el que participe un nacional colombiano la ley correspondiente a su nacionalidad será escasa.

La ley colombiana será únicamente aplicable si se dan las dos condiciones siguientes: a) que no puedan recibir aplicación las leyes designadas por las letras a) y b) del art. 8 del Reglamento (la ley de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o la ley en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda) y b) que ambos cónyuges ostenten la nacionalidad colombiana al tiempo de la interposición de la demanda.

Por otro lado, hay que tomar en consideración que la posibilidad de dar aplicación a la ley colombiana, *ex art. 8 c)*, puede verse igualmente limitada en supuestos de nacionalidad múltiple. En estos casos, para la determinación de la ley aplicable en el contexto del art. 8, a diferencia del art. 5 y de lo previsto en el Reglamento “Bruselas II bis”¹⁰⁵, solo resultará operativa una ley, y serán los Estados miembros los que decidan qué nacionalidad común de las que ostentan los cónyuges prevalece. El Considerando 22 del Reglamento “Roma III” así lo confirma, cuando, a tales efectos, remite a la legislación de los Estados miembros¹⁰⁶.

¹⁰⁴ P. OREJUDO sostiene que “El Reglamento no regula expresamente la imperatividad de sus normas. Sin embargo, (...) la ausencia de una disposición que establezca que sus normas son de aplicación imperativa para los Estados parte (y no facultativa, tal y como ocurre con las normas de conflicto en algunos Estados), no debe conducir a interpretar que ambas cuestiones dependen del DIPr. del foro”. *Vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “La nueva regulación de la ley aplicable...”, *loc. cit.*, p. 6; id: “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, en ABEL LLUCHA, X., PICÓ I JUNOY, J., y RICHARD GONZÁLEZ, M., (dirs.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral, contencioso-administrativo*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 477-498; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional...*, *op. cit.*, p. 523.

¹⁰⁵ En el marco del art. 5 sería posible la elección de la ley nacionalidad de uno de los cónyuges, pudiendo trasladarse a este supuesto, la solución que en el marco del Reglamento “Bruselas II bis” diera la STJUE, de 16 de julio de 2009, *Hadadi* As. C-168/08. Dicha sentencia autoriza la competencia de los tribunales de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad común ostenten ambos cónyuges. *Vid.* SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *El divorcio internacional en la Unión Europea*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 79.

¹⁰⁶ “En los casos en que el Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios de la Unión Europea”.

Téngase presente que, en Derecho español, la determinación de la ley aplicable en los supuestos de nacionalidad múltiple cuando una de ellas sea la española llevará a que sea esta última la que deba ser considerada, sea por encontrarse en España la residencia habitual del sujeto (art. 9.9.1 C.c.e.), por la simple prevalencia atribuida a la nacionalidad española (art. 9.9.2 C.c.e.) o, en su caso, por la aplicación de algún convenio de doble nacionalidad.

En el caso que nos ocupa, el Convenio de nacionalidad entre España y Colombia de 27 de junio de 1979¹⁰⁷ ratifica esta tendencia cuando, en su art. 4, dispone que “En el supuesto de doble nacionalidad, se definirá a la luz de la ley del Estado parte en cuyo territorio se encuentre la persona interesada. En consecuencia, ninguna persona con la calidad de nacional de uno de los dos Estados contratantes podrá alegar en el territorio del otro la mencionada calidad ni pretender el goce o ejercicio de los derechos derivados de ella si al propio tiempo se le considera como nacional del otro aplicando el criterio señalado en el párrafo anterior del presente artículo”. Serán por tanto muy frecuentes los supuestos en los que ambos cónyuges de nacionalidad colombiana adquieran la nacionalidad española por residencia (dos años de residencia al tratarse de nacionales de Estados iberoamericanos) o por otros motivos, conservando la colombiana, y sea aquélla la nacionalidad que prevalezca como criterio de conexión en aplicación del art. 8 del Reglamento. De ahí que consideremos que, en determinadas materias, como es precisamente la que nos ocupa, la aplicación de la nacionalidad del Estado de la residencia no es tampoco la solución más efectiva, razón por la cual cabría plantearse la oportunidad de revisar tanto el art. 9.9.1 C.c.e. como el Convenio de nacionalidad entre España y Colombia para acoger en uno y en otro soluciones igualmente flexibles¹⁰⁸.

El Reglamento “Roma III”, sin duda, ha supuesto una auténtica revolución en el sector de la ley aplicable dentro de su ámbito de operatividad¹⁰⁹. Su acogida por 14 Estados miembros representa además el eslabón intermedio que enlaza con el resto de sectores del DIPr. regulados por el Reglamento “Bruselas II *bis*”¹¹⁰. Sin embargo, a la vista de lo

¹⁰⁷ BOE núm. 287, de 29 de noviembre de 1980.

¹⁰⁸ A. RODRIGUEZ BENOT advierte que, a efectos de determinar como efectiva una u otra nacionalidad, la tendencia mayoritaria en el Derecho comparado es la de decantarse por una sola nacionalidad, que suele ser la del Estado del foro, frente a soluciones más flexibles, como es la propugnada en Suiza, donde, a tal efecto, se atiende a la materia de que se trate. *Vid.* RODRIGUEZ BENOT, A., “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo-2010), vol. II, núm. 1, pp. 186-202, pp. 191 y 192, especialmente nota 19.

¹⁰⁹ *Vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M., “Régimen Jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, 2012, p. 66.

¹¹⁰ Sobre la participación de España en el Reglamento “Roma III”, P. OREJUDO sostiene que “Otra posibilidad era no participar. Y otra más extrema, que se asumió en relación con la creación de una patente única en el ámbito de la UE, era oponerse a que el instrumento de cooperación se aprobase. Pues bien: a mi juicio, hubiera resultado preferible, tanto desde un punto de vista meramente técnico, como desde el plano político, si no oponerse, al menos abstenerse de participar”. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: Aplicación del Reglamento Roma III en España”, *loc. cit.*, pp. 1 y 2; SÁNCHEZ LORENZO, S., “El carácter ultra vires del Reglamento Roma I y el test de compatibilidad de las normas imperativas estatales”, *AEDRIPr.*, t. 6, 2006, pp. 165-178.

expuesto, cabe cuestionarse si las soluciones conflictuales ofrecidas por el legislador comunitario en dicho Reglamento, en defecto de elección de ley, tutelan con carácter general los intereses de los cónyuges o si, por el contrario, lo hace desde una perspectiva estrictamente europeísta¹¹¹.

La tutela judicial efectiva, es cierto, exige que la ley aplicable al divorcio sea la más estrechamente vinculada al litigio (principio de proximidad). Pero las situaciones privadas internacionales pueden presentar vínculos estrechos con distintos ordenamientos. Así, por ejemplo, de ostentar ambos cónyuges la nacionalidad colombiana y residir ambos en España al tiempo de la presentación de la demanda, tanto la ley española (ley de la residencia habitual) como la ley colombiana (ley de la nacionalidad común) serían respetuosas de la tutela judicial efectiva. No obstante, siendo ambas leyes igualmente “efectivas”, la aplicación de cada una de ellas por separado no va a comportar los mismos costes para los cónyuges. Y en efecto, si el litigio se desarrolla en España, a priori, sería la ley española y no la colombiana la que menores costes comportará para las partes y, por tanto, la ley más “eficiente”¹¹².

Respetuoso de este principio, el legislador europeo a la hora de organizar la escalera conflictual del art. 8 ha considerado que la ley que mejor refleja los vínculos entre el litigio y el país cuya ley va a ser aplicada es el de la residencia habitual, razón que ha llevado a esta conexión a ocupar los dos primeros peldaños de la escalera conflictual, relegando a un penúltimo lugar la ley de la nacionalidad común. Pero, es ciertamente la solución conflictual acogida por el art. 8 del Reglamento la más “eficiente” entre todas las soluciones posibles para todos los divorcios internacionales resueltos por nuestra autoridad, tal y como confirma cierta doctrina¹¹³. A nuestro juicio, no. Veamos por qué. Si al divorcio de inmigrantes colombianos residentes en España que desean retornar a su país de origen le es aplicada la ley española (ley de la residencia habitual o de la última residencia habitual) y la decisión que definitivamente adopte la autoridad española es rechazada en aquel país, no solo se estaría produciendo un resultado contrario y hasta inesperado para las partes, además de inseguridad jurídica en torno a su estado civil. Provocaría, asimismo, unos costes económicos adicionales que los cónyuges tendrían que soportar, al verse obligados a plantear un nuevo proceso de divorcio ante las autoridades de aquél país, resultado que, como ya viera, es lo que se pretende evitar cuando el legislador comunitario, en base al “principio de proximidad”, da prioridad a la

¹¹¹ Vid. BORRAS RODRÍGUEZ, A., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en A. BORRAS RODRÍGUEZ, A. y MERNISSI, S., *El islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política (Derecho, religión y política)*, Institut Català de la Mediterrània, Barcelona, 1998, pp. 163-198.; ESPINAR VICENTE, J. M., “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, en BARTOLOMÉ JIMÉNEZ PIERNA, C. y GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (coord.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, Universidad de Alcalá, Madrid, 1999, pp. 181-204; id: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994, p. 40.

¹¹² Secuencia seguida por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ al valorar los criterios de conexión previstos en el art. 8 del Reglamento y su concordancia con la tutela judicial efectiva. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges...”, *loc. cit.*, pp. 60-62.

¹¹³ Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges...”, *loc. cit.*, específicamente el punto 29, p. 62.

ley de la residencia habitual y sitúa en un tercer lugar la ley de la nacionalidad común. A esta conclusión no se llegaría seguramente si se tratara de inmigrantes con una clara intención de establecerse en España, supuestos para los que no cabría cuestionar la eficiencia de la ley de la residencia habitual, al proporcionar soluciones sencillas y a un menor coste para los cónyuges, por mucho que la conexión “nacionalidad común” responda a un fundamento histórico muy señalado, garante de un régimen normativo que no va plantear dificultades en el sector del reconocimiento¹¹⁴.

Como se observa, la función de cualquiera de las referidas conexiones imperativas puede resultar muy comprometida si la ponemos en relación con el interés de los cónyuges en establecerse en el Estado de acogida o en el Estado de origen. Tan contraproducente podría ser en el ámbito del art. 8 la aplicación de la ley de la residencia habitual a inmigrantes que pretenden regresar a Colombia si el divorcio en España no se ha concretado de mutuo acuerdo, como aplicar la ley correspondiente a la nacionalidad común si ambos cónyuges pretenden establecerse en España como país de acogida. Esta misma consecuencia sería la que acarrearía la aplicación de cualquiera de las leyes previstas por el art. 5 del Reglamento, aunque con un notable matiz. En esta oportunidad, las consecuencias advertidas no vendrían determinadas por la voluntad de los cónyuges, sino por imperativo legal.

El juego de ambas conexiones viene a indicarnos que las soluciones conflictuales acogidas en el art. 8 del Reglamento “Roma III” posiblemente sean muy saludables para el ámbito intra-europeo, pero requieren ser flexibilizadas¹¹⁵ fuera de este ámbito de operatividad, puesto que se acabaría aplicando formalmente una ley “efectiva”, pero “ineficiente”, en tanto en cuanto no responderá a los intereses reales de los cónyuges, quedando la tutela judicial efectiva vacía de contenido¹¹⁶.

En el desarrollo de esta contribución hemos venido advirtiendo cómo en el sector del reconocimiento esta precisión es concluyente, ya que las razones que pueden justificar la aplicación de una determinada ley en el espacio intra-europeo, no suelen funcionar a menudo en la mayoría de los sistemas casualistas extracomunitarios. En el ámbito del

¹¹⁴ Vid. ABARCA JUNCO, P., “La regulación de la sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA, A.L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L. (coord.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 167 y 168; ZABALO ESCUDERO, E., “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA, A.L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L. (coord.), *Estatuto personal y multiculturalidad...*, loc. cit., pp. 13-18; ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales...*, op. cit., pp. 257 y 25; id., “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, en QUEL LÓPEZ, F. J., y ÁLVAREZ RUBIO, J. J. (coord.), *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007, pp. 86-92; CRESPO NAVARRO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 325-350.

¹¹⁵ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional privado de la familia”, *AHLADIPr*, 2005, núm. 17, pp. 87-130, especialmente pp. 121, 122, 129 y 130.

¹¹⁶ El Considerando 9 del Reglamento “Roma III”, reconoce que “El Reglamento debe crear un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y la separación judicial en los Estado miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad...”. Vid. VIRGÓS SORIANO M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, op. cit., p. 523.

Reglamento “Bruselas II bis”, como tuvimos ocasión de ver al tratar el orden público matrimonial español, el impacto de la ley aplicada al divorcio es sensiblemente despreciable para el tráfico intracomunitario de soluciones en esta materia. El principio de confianza comunitaria lleva a su más elevada expresión la eficacia de las decisiones sobre crisis matrimoniales adoptadas en otro Estado miembro, aunque se trate de un Estado parte, no miembro del Reglamento “Roma III”. Pero esta deseada consecuencia, lamentablemente, no tendrá lugar en muchos ordenamientos latinoamericanos de corte subjetivo, y el caso colombiano es uno de ellos. Y es posible que el alcance real de esta problemática sea desconocido para el legislador comunitario, más su desconocimiento no evitará las derivaciones que la aplicación de una ley divorcista objetiva puede acarrear para los cónyuges fuera de las fronteras europeas.

A nuestro juicio, una de las formas de sortear resultados indeseados para los cónyuges sería permitir al juez competente elegir entre los criterios establecidos por el art. 8 del Reglamento “Roma III”. Una solución parcial a esta problemática podría pasar por introducir en el régimen actualmente previsto en el art. 8 del Reglamento la posibilidad de exclusión por parte del juez de las dos conexiones precedentes a la ley nacional común de los cónyuges en supuestos en los que aquél, a la vista de las circunstancias, estime que esta última conexión resulta la más eficiente. Somos conscientes de que una solución de esta estirpe en ocasiones podría verse mediatizada por la limitada información que el juez competente pueda tener sobre el Derecho extranjero y sus consecuencias en el sector del reconocimiento (limitación ya advertida al estudiar la autonomía conflictual). Pero también porque, disfrutando ambos cónyuges de la misma nacionalidad, los intereses de ambos no coincidan si, por ejemplo, uno de ellos pretende permanecer en España y el otro desee retornar a su país de origen. En tal caso no cabría más alternativa que respetar el orden de prelación establecido por el art. 8 del Reglamento.

A esta propuesta de flexibilización podría oponerse igualmente que la primera conexión acogida por el Reglamento haya sido precisamente la de posibilitar que sean los cónyuges quienes decidan cómo organizar su divorcio, pudiendo elegir una entre las leyes designadas por el art. 5.1 del Reglamento. Más, se trataría de un argumento fútil que decae frente al limitado cerco que la autonomía conflictual proyecta, *ex art. 5*, cuando exige la confluencia de condicionamientos de distinta naturaleza que, en ocasiones, podrían frustrar el deseo de los cónyuges de resolver su eventual situación de crisis con la aplicación de una ley elegida por mutuo consenso. Pero también porque a este beneficio, naturalmente, tampoco podrían acceder otro importante grupo de cónyuges cuyas acciones no hayan podido consensuarse durante la crisis, y cuyos intereses sería igualmente necesario proteger. Sobre esta última cuestión, téngase en cuenta que, para ejercitar la autonomía conflictual, será condición *sine qua non* que los cónyuges alcancen un acuerdo previo. Esta circunstancia regularmente implicará una predisposición de las partes hacia el arreglo pacífico de la crisis¹¹⁷. Y, siendo así, está claro que se verá sustancialmente reducido el impacto negativo de la ley aplicada en el sector del reconocimiento.

¹¹⁷ *Vid. supra* páginas 29 y 30.

El mutuo acuerdo es justamente la única causa de divorcio que no va a plantear problemas para su reconocimiento en Colombia, siendo, como se ha visto, una circunstancia inocua para las autoridades de aquel país. Es obvio que las mayores dificultades se suscitarán fuera del mutuo acuerdo, supuestos en los que, en este sector de problemas, será preciso tomar mayor cautela.

IV. CONCLUSIONES

El CHC, que, pese a su antigüedad, sigue rigiendo en la actualidad el reconocimiento de las decisiones civiles entre ambos países, constituye un instrumento claramente insuficiente que no responde a las necesidades actuales del tráfico jurídico entre España y Colombia en el ámbito material que nos ocupa. No son, sin embargo, la escasez de sus cláusulas, ni su deficiente y cuestionable instrumentación, los responsables de los mayores problemas que en la práctica viene suscitando el reconocimiento recíproco de decisiones en el ámbito hispano-colombiano.

A lo largo de este estudio se ha evidenciado el desigual tratamiento a que son sometidas las decisiones de divorcio por parte de las autoridades de uno y otro país. Así, mientras las autoridades españolas aplican estrictamente el CHC y gestionan adecuadamente los limitados recursos que este proporciona, facilitando el reconocimiento de las decisiones de divorcio colombianas en nuestro país, las autoridades colombianas someten invariablemente a las decisiones españolas de divorcio a un control indirecto de la ley aplicada, no previsto como condición de reconocimiento en el CHC. Este control, abiertamente arbitrario en el marco del CHC, se ha intentado justificar desde una miope perspectiva *iusprivatista*, que ha llevado a la jurisprudencia colombiana a ver en las meras diferencias normativas entre ambos sistemas una violación de su orden público interno, sin que tales diferencias resulten inconciliables con los principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano.

Convencidos de que una modificación del CHC en este sentido sería incapaz de eliminar la poderosa barrera impuesta por las autoridades colombianas al reconocimiento de decisiones de divorcio, vengan del país que vengan y sea cual fuere el régimen de reconocimiento aplicable, solo nos queda esperar a que opere un cambio en la postura jurisprudencial colombiana. Pero no hay que olvidar que, junto al irregular tratamiento ofrecido a nuestras decisiones de divorcio por parte de las autoridades colombianas, además de un enorme desconocimiento de la disciplina del DIPr., cohabitan unas normas desfasadas e imbuidas de un excesivo territorialismo que no conectan en muchas de sus regulaciones con ordenamientos de nuestro entorno, hecho que, en el sector del reconocimiento, se ha hecho sentir con especial acritud. El desconocimiento de los recursos que el DIPr. pone a nuestro servicio constituye un importante factor que impedirá que los operadores jurídicos colombianos cuenten con las herramientas necesarias para afrontar dignamente la creciente diversidad de situaciones privadas internacionales que pueden afectar a un número considerable de inmigrantes colombianos que en su día se afincaron entre nosotros, y que, a

consecuencia de la crisis económica que desde 2007 viene atravesando nuestro país, se han visto en la necesidad de retornar a su país de origen.

Entretanto esperamos a que este cambio se produzca, debemos asimismo atender aquellas dificultades derivadas del actual diseño de la norma de conflicto española, que indirectamente puede favorecer el rechazo de las decisiones españolas de divorcio en aquel país, como resultado de la frecuente aplicación por parte de las autoridades españolas de la ley española, cuya normativa ampara un sistema divorcista objetivo. Naturalmente, no pretendemos poner el acento de esta problemática en el sector de ley aplicable, responsabilizando al Reglamento “Roma III” de una consecuencia que deriva de en lo fundamental del inadecuado tratamiento al que son expuestas nuestras decisiones de divorcio en sede colombiana. No cabe dudas, y esto debe quedar claro, que el punto neurálgico de este debate se localiza en el ámbito del reconocimiento y no en el de ley aplicable. Pero, tampoco podemos obviar la señalada repercusión que la ley aplicada al divorcio tiene para el futuro reconocimiento de estas decisiones en aquellos ordenamientos extracomunitarios en los que todavía pervive la necesidad de demostrar un motivo -subjetivo o no- para disolver el vínculo matrimonial, y cuya comprensión de este fenómeno está lejos de proporcionar soluciones al tráfico internacional de decisiones sobre crisis matrimoniales cercanas a las nuestras.

En este sensible ámbito, las irredimibles consecuencias que el control de la identidad causal plantea a “toda” decisión extranjera de divorcio -española o no-, sustentada en una causal distinta de las previstas en el art. 154 C.c.c., nos alerta de que una solución conflictual eficiente para el espacio intracomunitario no siempre suele funcionar fuera de éste. Y, a nuestro juicio, esa cuota de responsabilidad corresponde asumirla al legislador comunitario.

El cambio de tendencia migratoria en España y en otros países europeos tras la crisis económica mundial constituye un poderoso indicador que invita al legislador comunitario a reconsiderar si el diseño de los criterios de conexión del art. 8 del Reglamento sigue siendo acertado o no desde esta perspectiva, en aras de encontrar soluciones más eficientes en supuestos de inmigrantes con retorno. En este sentido, sostenemos que una flexibilización de la actual norma de conflicto española constituiría un elemento neutralizador a algunas de las dificultades a las que nuestras decisiones pueden enfrentarse tanto en Colombia como en otros Estados no comunitarios tributarios de modelos divorcistas causales.

En el desarrollo de esta contribución se ha visto cómo el núcleo de esta diatriba depende en lo fundamental a la posibilidad de tramitar la demanda de divorcio por mutuo acuerdo. La existencia de acuerdo entre los cónyuges para la tramitación de la demanda de divorcio no solo garantiza que el control de identidad causal pierda toda virtualidad en sede Colombia, sino que destruye los problemas derivados de la aplicación de los arts. 5 y 8 del Reglamento, pasando éstos a desempeñar un papel secundario, sin que sea necesario siquiera ejercitar la autonomía conflictual.

Los problemas surgirán cuando los cónyuges no consigan tramitar la demanda de mutuo acuerdo -lo que con frecuencia será misión imposible en estos procesos-, ni sea posible concretar un pacto de elección de ley. La imposibilidad de alcanzar un acuerdo de elección conducirá irredimiblemente a la escalera de criterios de conexión prevista en el art. 8 del Reglamento, y por consiguiente, a la frecuente la aplicación de la ley española, ley que a su vez acoge un sistema no causal. Asimismo, en relación con el pacto de elección es importante señalar que su celebración tampoco estará exenta de plantear dificultades si, celebrado en un momento anterior al de la presentación de la demanda, los cónyuges hubieran elegido la ley española o una ley extranjera que suscriba un sistema divorcista objetivo y, por algún motivo, no sea posible modificar el acuerdo posteriormente, ni tramitar la demanda de conjunto. Tanto en este caso como en el anterior, el fracaso de la decisión española de divorcio en Colombia estaría asegurado. Dibujada tan estrecha senda, hoy por hoy una única solución cabe considerar frente a la ineludible consecuencia que genera la aplicación de la ley española en sede colombiana si el divorcio se ha tramitado fuera del mutuo acuerdo, y se halla en el ámbito de la autonomía conflictual. Abierta esta posibilidad, lo recomendable sería que los cónyuges eligieran la ley colombiana o una ley extranjera que acoja un sistema causal idéntico al previsto en la normativa de aquel país -si los límites del art. 5 del Reglamento lo permitieran-, o elegir la ley española siempre que el pacto de elección prevea un cambio automático a favor de la ley colombiana o de una ley extranjera con las causales equivalentes a las colombianas, cuando no fuera posible la tramitación de la demanda de divorcio de mutuo acuerdo. Pero, no hay que olvidar que el acceso a cualquiera de estas alternativas viene acompañado de otros inconvenientes. Y es que, para ejercitar la autonomía conflictual será requisito indispensable la conformidad de ambos cónyuges en la celebración de un acuerdo de elección de ley y, además, tener la suerte de ir de la mano de un correcto asesoramiento legal. El tema expresa, pues, su alta dificultad.