

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio»

COM(2005) 82 final

(2006/C 24/08)

El 14 de marzo de 2005, de conformidad con el artículo 262 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Consejo decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio».

La Sección Especializada de Empleo, Asuntos Sociales y Ciudadanía, encargada de preparar los trabajos del Comité en este asunto, aprobó su dictamen el 5 de septiembre de 2005 (ponente: **Sr. RETUREAU**).

En su 420º Pleno de los días 28 y 29 de septiembre de 2005 (sesión del 28 de septiembre de 2005), el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado por 161 votos a favor, 4 en contra y 8 abstenciones el presente Dictamen.

1. Presentación comentada de la propuesta de la Comisión

en principio indisoluble, por motivos admitidos en el Derecho canónico) ⁽¹⁾,

1.1 La Comisión ha publicado un Libro Verde que abre una consulta sobre la competencia, los conflictos de leyes y el reconocimiento recíproco en materia de divorcios internacionales. El campo de aplicación propuesto se limitaría, no obstante, a los países miembros de la Unión (es preciso subrayar que el Libro Verde sobre testamentos y sucesiones propone un enfoque que abarca a las personas y bienes también en terceros países).

— las convenciones bilaterales, en particular la firmada por Finlandia y Suecia, que ambos países seguirán aplicando. Algunos Estados miembros también han establecido acuerdos con terceros países sobre la legislación aplicable en materia familiar, en particular el reconocimiento del matrimonio y del divorcio en el extranjero,

1.2 Existen diversas referencias internacionales que se ocupan directa o indirectamente de esta materia:

— los protocolos de inclusión y exclusión que figuran como anexo en los tratados que excluyen a Dinamarca y ofrecen al Reino Unido e Irlanda la opción de decidir si desean o no estar vinculados por una legislación relativa al Derecho civil.

— el Pacto de las Naciones Unidas de 1966 y las convenciones europeas relativas a los derechos humanos, que consagran la libertad del matrimonio y la necesidad del libre consentimiento, bajo pena de invalidación,

— la Convención de La Haya de 1970 sobre la competencia jurisdiccional, los criterios de competencia y el reconocimiento recíproco de las decisiones en asuntos de divorcio y separación judicial, de la que son firmantes los siguientes Estados miembros: Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Letonia, Lituania y Luxemburgo,

1.3 Sería inútil negar la complejidad de una cuestión que está relacionada con particularidades propias de distintas religiones y culturas que, a su vez, están profundamente arraigadas en la conciencia colectiva aunque, al mismo tiempo, viven, como todo el Derecho de familia, grandes cambios desde hace varias décadas. No obstante, el legislador europeo no puede olvidar, en el espacio europeo de derecho y libertad y en virtud de la libre circulación de personas, que un porcentaje importante de los matrimonios terminan en divorcio ni que cada vez son más los de naturaleza internacional.

— el Reglamento «Bruselas II» nº 2201(2003) sobre la competencia y el reconocimiento recíproco de las decisiones judiciales en la Unión Europea en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que no se aplica en Dinamarca y que sustituye a la citada Convención de La Haya, firmada por todos los países miembros de la Unión Europea excepto Dinamarca,

— las respectivas convenciones entre el Vaticano y Portugal, España, Malta e Italia sobre el matrimonio canónico y su disolución, así como sobre el reconocimiento de las decisiones de los tribunales del Vaticano (competencia de la Santa Rota en materia de nulidad del matrimonio canónico,

⁽¹⁾ Cabe recordar que las Cortes españolas estudiaron en diciembre de 2004 un proyecto de ley por el que se modificaba la legislación nacional aplicable al matrimonio y al divorcio. Aunque con la firme oposición de la Iglesia, recientemente se ha aprobado en España el matrimonio entre personas del mismo sexo (que ya existe en varios países de la Unión). En Francia existe la posibilidad de que dos personas que no puedan casarse legalmente firmen un contrato civil: el PACS o pacto civil de solidaridad, registrado por un juez y que representa una especie de sustituto del matrimonio. Como institución o como contrato, el matrimonio o cuasi matrimonio sigue limitado a dos personas con edad legal y subsiste la prohibición del incesto. Cabe preguntarse si debería incluirse la ruptura de un pacto civil como el PACS francés en el proyecto legislativo sobre el divorcio que sugiere el Libro Verde o si simplemente debería figurar entre las obligaciones contractuales.

1.4 La evolución contemporánea del Derecho nacional de familia se apoya principalmente en las nociones de democracia (capacidad legislativa de las asambleas), de la libertad de los individuos y la igualdad entre las personas, nociones que son de orden público tanto en el ámbito comunitario como en cada uno de los Estados miembros. Se observa, pues, una tendencia al contrato en el Derecho de familia (matrimonio o contrato civil entre personas del mismo sexo, divorcio de mutuo acuerdo, contratos sobre sucesiones, etc.).

1.5 Tal tendencia parece irreversible, si bien se materializa con ritmos distintos. La imposición cultural de concepciones religiosas más o menos arraigadas parece influir en la rapidez y el contenido de los cambios, que pueden entrar en conflicto con las ideas y normas de antigua tradición, así como con los conceptos y nociones jurídicas y sociales que las reflejan.

1.6 El Derecho nacional de los Estados miembros presenta, en cualquier caso, una gran diversidad por lo que se refiere a la legislación en materia de divorcio y separación judicial, así como en cuanto a las condiciones y efectos de la nulidad del matrimonio. Malta es el único Estado miembro que no reconoce el divorcio. Por tanto, el Libro Verde propone, con gran prudencia, no elegir la vía de la armonización del Derecho sustantivo.

1.7 El Libro Verde sugiere legislar, en su caso, en dos direcciones por lo que se refiere a los divorcios de naturaleza internacional (europea):

— la competencia jurisdiccional (determinación del foro competente y reconocimiento de sus decisiones en todos los Estados miembros),

— la determinación del Derecho aplicable por el tribunal competente.

1.8 Las disposiciones del Reglamento «Bruselas II» relativas a la determinación de la jurisdicción nacional competente y el reconocimiento recíproco de las decisiones de la justicia sin procedimiento de exequátur ya son aplicables en materia de divorcio. La cuestión que se plantea es saber si son o no suficientes en la situación actual y en qué medida un país podría o no oponer disposiciones de su orden público interno a la ejecución del fallo del tribunal competente de otro país miembro que aplica un Derecho material distinto en ese caso (y no necesariamente en su Derecho nacional ordinario).

1.9 Un grave problema es el que plantean las profundas divergencias existentes entre las reglas internas de aceptación de una demanda de divorcio con componente internacional. En algunos casos es posible que la demanda de divorcio no pueda ser aceptada por ningún tribunal de un país miembro. Tal situación priva a las partes de su derecho de acceso a un órgano jurisdiccional, lo cual resulta contrario a un derecho fundamental y, por tanto, es inaceptable.

1.10 Sería conveniente prever una regla de atribución de competencias para evitar esta pérdida del derecho de acceder a un juez, pero, ¿de qué manera?

1.11 Por lo que se refiere al derecho aplicable, en ocasiones facilita el procedimiento de divorcio, aunque también puede hacerlo largo, complejo e incluso restrictivo en cuanto a los motivos o condiciones que pueden alegarse. Si el Derecho del foro fuese el único aplicable, el resultado podría ser una «carrera hacia el órgano jurisdiccional» si el primer demandante tuviese la oportunidad de elegir el tribunal y el Derecho nacional más favorables a su demanda. Obviamente, la otra parte podría considerar lesionados sus intereses, pues la situación no responde necesariamente a sus expectativas si, por ejemplo, existe una relación escasa o nula con la legislación matrimonial y la nacionalidad de los cónyuges.

1.12 Así pues, tal vez debiera permitirse la remisión a otro órgano jurisdiccional competente si la parte demandada alega la existencia de factores de vinculación más fuertes o igualmente válidos con otro foro, o bien si el primer órgano jurisdiccional al que se acudió y las normas sustantivas que aplica a la demanda tienen pocos o ningún factor de vinculación.

1.13 Podría admitirse esta posibilidad de remisión (aunque habría que evitar idas y venidas de un órgano jurisdiccional a otro) y el juicio debería producirse en un plazo relativamente breve (procedimiento de urgencia) a fin de evitar maniobras dilatorias para impedir un examen a fondo. En efecto, las partes tienen derecho a un juicio definitivo en un plazo razonable, incluidos los casos de divorcio conflictivo.

1.14 En cuanto al Derecho que debe aplicar el órgano jurisdiccional nacional, según las circunstancias optará por el Derecho común interno o por reglas nacionales de Derecho internacional privado. Sin embargo, es importante la cuestión (que el Libro Verde no aborda) de la aplicación de normas de un tercer país (Derecho personal de los cónyuges, por ejemplo) si uno de los cónyuges o ambos poseen la nacionalidad de un tercer país, algo bastante habitual en Europa.

1.15 El Comité aprueba las orientaciones de trabajo que propone el Libro Verde, aunque sugiere que se evite todo procedimiento de remisión a un tercer país cuando uno de los cónyuges tenga nacionalidad europea, sea cual sea la ley que rige el matrimonio.

1.16 Además del reconocimiento del divorcio, debe considerarse también la cuestión del reconocimiento de la nulidad del matrimonio y de la separación judicial. Los Derechos nacionales difieren en lo relativo a las condiciones y efectos de la nulidad (en particular en el problema del matrimonio putativo). Por otra parte, aun cuando su propio Derecho nacional no prevea el divorcio, todos los Estados miembros han de reconocer en su territorio no sólo la validez de un divorcio obtenido en otro Estado miembro, sino también la totalidad de sus consecuencias jurídicas, patrimoniales y sobre el estado de las personas.

1.17 Los criterios de competencia de la Convención de La Haya son, por orden de importancia, los siguientes: la residencia habitual del demandante (domicilio en el sentido del Derecho común) o, al menos, un año de residencia continuada en el país en el que se presenta al tribunal la demanda ⁽²⁾, el último domicilio común de los esposos antes de la demanda y la nacionalidad de ambos esposos o de uno de ellos.

1.18 El Reglamento 2201(2003) prevé, en el octavo considerando, que «por lo que se refiere a las resoluciones judiciales relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial, el presente Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias» (no obstante, es preciso convenir en que las consecuencias del divorcio, económicas y de otro tipo, pueden variar según cuál sea el foro competente o la legislación aplicable, y que los cónyuges podrán tenerlo en cuenta cuando elijan el tribunal).

1.19 Asimismo, las decisiones definitivas de las jurisdicciones nacionales deben tener reconocimiento automático en el conjunto de la Unión, sin ningún otro procedimiento de validación ni invocación de motivos para no ejecutarlas ⁽³⁾. Por tanto, el certificado que se emite con vistas a la ejecución no debería ser susceptible de ningún recurso.

1.20 La competencia general es la del territorio (Estado miembro o subdivisión jurídica del Estado miembro en el caso del Reino Unido, en el que se aplican Derechos distintos para Inglaterra y el País de Gales, Escocia, Irlanda del Norte y Gibraltar). A los criterios de La Haya y prácticamente en el mismo orden, el reglamento añade la residencia habitual de uno de los cónyuges en caso de demanda conjunta. En materia de nacionalidad, ambos cónyuges han de tener la misma si la demanda se presenta en el país de origen, con independencia de cuál sea la residencia o el domicilio efectivos de cada uno. El plazo de residencia del demandante se reduce a seis meses si posee la nacionalidad del país de residencia.

1.21 El apartado 2 del artículo 7 sobre las competencias residuales permite al cónyuge que posea la nacionalidad de un Estado miembro presentar la demanda en el Estado miembro en el que reside y conforme a las normas de competencia de ese Estado si la otra parte posee la nacionalidad de un tercer país o no tiene su residencia (su «domicilio» en el sentido del Derecho común) en un Estado miembro. Sin embargo, podría plantearse un problema de conflicto positivo de competencias si el otro cónyuge recurre a un órgano jurisdiccional de un tercer país. Por otra parte, si el órgano jurisdiccional competente no perteneciese a ningún Estado miembro sino a un tercer país, y si uno de los cónyuges o ambos fuesen nacionales de un Estado miembro o estableciesen en él su residencia habitual y desearan que la sentencia fuese reconocida por los Estados miembros o, al menos, en sus respectivos países de

origen o de residencia, se someterían a la legislación aplicable a las sentencias emitidas en el extranjero o a las disposiciones de reconocimiento recíproco de posibles acuerdos internacionales. ¿Es necesario revisar al respecto el Reglamento Bruselas II para los nacionales de un Estado miembro?

1.22 Los criterios de atribución de competencia son, por tanto, más numerosos y explícitos en el Reglamento comunitario considerado en comparación con las disposiciones de la Convención de La Haya. Los primeros deberían servir de base para los criterios que debe recoger un Reglamento específico para el divorcio (por ejemplo, remitir a estas disposiciones y a las relativas al reconocimiento recíproco de las decisiones).

1.23 Pero ni la Convención de La Haya ni el citado Reglamento «Bruselas II» contienen disposiciones sobre la legislación aplicable al divorcio. Además, el Reglamento limita su campo de aplicación al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad propiamente dichas, sin mencionar las causas ni las consecuencias de la disolución del matrimonio. Estas cuestiones se dejan al Derecho nacional aplicable.

1.24 Cabe señalar, a título de ejemplo, que alrededor del 15 % de las demandas de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio que se presentan en Alemania tienen un componente internacional. Se desconoce la cifra de divorcios en los distintos Estados miembros que presentan, además, un componente europeo.

2. Elementos complementarios y sugerencias del Comité

2.1 Las reglas sobre los conflictos de leyes son actualmente las reglas nacionales del Estado miembro en que se encuentre el tribunal al que se acude. De ello pueden derivarse soluciones muy distintas en cuanto al Derecho aplicable en una misma situación, según el país en el que se haya presentado la demanda.

2.2 El Libro Verde ofrece una serie de ejemplos muy a propósito, tanto sobre la competencia –que puede provocar un conflicto negativo y dar lugar a la pérdida del derecho– como sobre la diversidad de soluciones. Es posible que la solución no se corresponda con las expectativas de uno de los cónyuges y ni siquiera de los dos. Sea como fuere, la consecuencia es una cierta inseguridad y una falta de previsibilidad jurídica en algunos casos, además de un riesgo de búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso y de «carrera hacia el órgano jurisdiccional» debido a la norma de la litispendencia del Reglamento «Bruselas II» (el primer órgano jurisdiccional al que se recurre es competente si existe un factor de vinculación).

2.3 El problema se plantea especialmente cuando los cónyuges no tienen en común ni la nacionalidad ni la residencia o cuando, teniendo la misma nacionalidad, residen en un país distinto de aquél del que son nacionales.

⁽²⁾ En algunos Estados miembros basta con un período de seis meses de residencia continuada.

⁽³⁾ Salvo la invocación de una posible reserva de orden público, que debería interpretarse en sentido estricto.

2.4 En tales situaciones, el Comité comparte la opinión de que debería dejarse a las partes una cierta flexibilidad para elegir cuál es el Derecho aplicable o para que la parte demandante pueda invocar sus expectativas en materia de Derecho aplicable o bien solicitar la remisión a otro órgano jurisdiccional con el cual el matrimonio tenga más vinculación objetiva. En el caso de que el demandante invoque un órgano jurisdiccional y la legislación nacional ordinaria que éste aplica, y si, por su parte, el demandado invoca otro órgano jurisdiccional competente u otra legislación aplicable, la decisión previa relativa a la jurisdicción o a la legislación competente debería corresponder al tribunal de primera instancia al que recurrió en primer lugar el demandante y ser objeto de un procedimiento de urgencia.

2.5 Si el único factor de vinculación fuese la nacionalidad de una de las partes, el Reglamento obliga a recurrir a la competencia del tribunal de su lugar de residencia habitual, donde el Derecho aplicable podría no responder a sus expectativas conjuntas (por ejemplo, el deseo de aplicar el Derecho del país con el que el matrimonio tiene una mayor vinculación).

2.6 Así pues, debería dejarse un margen a la autonomía de la voluntad de las partes, en vez de tener que someterse a la aplicación mecánica de los criterios de vinculación. Por ejemplo, podría permitirse la elección entre la ley del país del que se tiene la nacionalidad y la ley del foro, aunque sin posibilidad de remisión.

2.7 En materia de nulidad canónica por un tribunal eclesiástico algunos Estados miembros (Italia, Portugal, España, Malta⁽⁴⁾) han declarado que someten tales decisiones a sus tribunales civiles en virtud de un concordato o un convenio con la Santa Sede en este sentido. La nulidad canónica podría plantear problemas de conflicto con los derechos internos de otros Estados miembros debido a que no reconocen el motivo canónico de la nulidad o por un motivo de procedimiento⁽⁵⁾.

2.8 En caso de conflicto de fondo o de procedimiento con su orden público interno o con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Estado debería rechazar el exequátur o el reconocimiento de la decisión eclesiástica. La parte demandante debería poder iniciar un procedimiento civil normal de nulidad, separación o divorcio. En caso contrario, los demandantes no tendrían más opción que recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, lo que podría prolongar indebidamente la duración del procedimiento.

⁽⁴⁾ Polonia no ha especificado su concordato con el Vaticano.

⁽⁵⁾ Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, asunto 30882/96, sentencia de 20 de julio de 2001, «Pellegrini contra Italia». Anulación del fallo italiano, que aceptaba la decisión de nulidad del matrimonio pronunciada tras la presentación de un recurso de apelación ante el Tribunal de la Rota, por violación de los derechos de defensa.

2.9 Incluso considerando que el número de casos de conflicto negativo de competencias puede ser relativamente bajo, el Comité cree justificada una iniciativa comunitaria, en la medida en que tal situación da lugar a la vulneración de un derecho fundamental, como es el de tener acceso a un juez competente para el fallo y la resolución en casos de divorcio, separación judicial o nulidad.

2.10 Así pues, ello debería conducir a que se admita la armonización de las normas relativas a los conflictos de leyes y competencias, a fin de evitar tal pérdida de derechos.

2.11 No obstante, estas normas armonizadas deberían incluir una reserva de orden público en materia de reconocimiento o de exequátur de la decisión que presente un componente europeo y que se haya tomado en un tercer país si pone en duda un derecho fundamental reconocido en Europa a una de las partes u otras disposiciones imperativas de orden público interno que el juez está obligado a tener en cuenta de forma sistemática.

2.12 Por otra parte, el Derecho comunitario no debería aceptar en ningún caso que todos los Estados miembros deban reconocer obligatoriamente una sentencia de divorcio, nulidad o separación judicial pronunciada en un tercer país para residentes de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro sin procedimiento de exequátur previo, cuando otro Estado miembro hubiera reconocido con anterioridad tal sentencia en virtud de un acuerdo bilateral celebrado con ese tercer país⁽⁶⁾.

2.13 El Comité cree que la prórroga de competencias debería admitirse en caso de recurso conjunto, siempre que exista un criterio de vinculación respecto del foro elegido. Para la demanda conjunta de prórroga podría exigirse un documento público (notarial, etc.).

2.14 El Comité considera que las consecuencias efectivas del divorcio, por lo que se refiere a los derechos de los progenitores, la custodia de los hijos menores y las cuestiones patrimoniales, deberían ser objeto de un estudio comparativo país por país. Son aspectos nada desdeñables, puesto que podría producirse una «carrera hacia un tribunal determinado». En cualquier caso, parece difícil tratar la cuestión del divorcio abstrayéndola totalmente de sus consecuencias familiares y patrimoniales, que en ocasiones difieren de un país a otro según el Derecho aplicable o la jurisprudencia de las jurisdicciones nacionales (por ejemplo, en materia de custodia y de patria potestad), como se hace en el Libro Verde.

⁽⁶⁾ Aunque resulte obvio, al tratarse de un reglamento aplicable a las decisiones judiciales tomadas en un Estado miembro, es preferible precisarlo a fin de evitar cualquier posible problema de interpretación.

2.15 Los Estados miembros deberían ser invitados a considerar, en caso de que no lo hubiesen hecho ya, todas sus posibilidades de introducir modalidades alternativas de solución de conflictos, como la mediación ⁽⁷⁾, en materia de divorcio, separación o anulación con componente europeo. Esto facilitaría el acceso a la justicia y la reducción de los procedimientos para los justiciables.

2.16 El Comité sigue pendiente de un asunto importante para los ciudadanos y su movilidad. Seguirá el resultado de las consultas realizadas por la Comisión y las propuestas más

precisas de reglamentación que pudieran presentarse en consecuencia: es posible que se plantee la modificación del nuevo Reglamento «Bruselas II» o bien un Reglamento específico para el divorcio. Por otra parte, el Comité desea saber de forma más precisa y por países el número de casos de demanda de divorcio con componente comunitario, el número de casos de conflicto negativo de competencias y otros datos pertinentes. De este modo podrá examinar los problemas de un modo más preciso en caso de que en el futuro se presente una propuesta legislativa en materia de competencia y de legislación aplicable al divorcio.

Bruselas, 28 de septiembre de 2005.

La Presidenta
del Comité Económico y Social Europeo
Anne-Marie SIGMUND

⁽⁷⁾ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (COM(2002) 196 final).