

**EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES
EXTRANJERAS
DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Madrid, Editorial Eurolex, 1997

294 páginas

ISBN: 84-89176-29-9

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

Nota: Los números de las páginas de este documento no coinciden con las del libro publicado por la editorial Eurolex, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

INDICE

Abreviaturas	7
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO PRIMERO. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y MARCO NORMATIVO	
I. Caracterización de la jurisdicción voluntaria	14
1. HETEROGENEIDAD	14
2. LÍMITES, FINALIDAD Y RASGOS ESENCIALES	18
II. Nociones preliminares	24
1. RECONOCIMIENTO (FUNDAMENTO, INTERESES, ALCANCE) Y EFICACIA	24
2. RESOLUCIÓN EXTRANJERA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	32
A. Resolución	32
B. Calificación como de jurisdicción voluntaria	35
III. Diversidad de regímenes normativos de reconocimiento	40
1. REGÍMENES CONVENCIONALES	41
2. RÉGIMEN DE FUENTE INTERNA	48

CAPITULO SEGUNDO. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

I. Perspectivas de estudio: española y comparada	55
II. ¿Cosa juzgada? y estabilidad de las resoluciones	56
III. Eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante	62
IV. Fuerza ejecutiva	68
V. Otros efectos	72
1. TRASCENDENCIA REGISTRAL	72
2. VALOR PROBATORIO	73
VI. Clasificación de las resoluciones según sus efectos	73
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	73
2. CONSTITUCIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS, NOMBRAMIENTOS Y AUTORIZACIONES PARA REALIZAR ACTOS ..	76
3. AUTENTICACION DE NEGOCIOS Y ACTOS DE DOCUMENTACIÓN	78
4. RESOLUCIONES CON EFICACIA EJECUTIVA	79

CAPITULO TERCERO. RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (I): ASPECTOS GENERALES

I. Reconocimiento procesal y reconocimiento conflictual	81
II. Mecanismos de reconocimiento	85
1. RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO Y ALCANCE DEL EXEQUÁTUR	85

<i>A. Solución generalizada (en la doctrina)</i>	85
<i>B. Revisión del planteamiento tradicional</i>	91
2. REGÍMENES CONVENCIONALES BILATERALES	100
3. REGÍMENES CONVENCIONALES MULTILATERALES	103
III. Determinación de las condiciones	112
1. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN	112
2. SIGNIFICADO DE LOS ARTS. 600 Y 601 LEC	115
3. ASIMILACIÓN A LAS CONDICIONES EXIGIDAS AL RESTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES	118
4. RECONOCIMIENTO CONFLICTUAL Y RELEVANCIA DE LA <i>LEX CAUSAE</i>	121
 CAPITULO CUARTO. RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE JURISDICCION VOLUNTARIA (II): CONDICIONES Y EFECTOS	
I. Eficacia y firmeza en el Estado de origen	130
1. INTERPRETACIÓN DE LA EXIGENCIA DE FIRMEZA	130
2. LIMITACIONES	137
3. REGÍMENES BILATERALES	141
II. Control de la competencia judicial internacional	138
1. SIGNIFICADO	138
2. ALCANCE	146
III. Compatibilidad con decisiones eficaces en España	153
IV. Orden público	158

1. CONSIDERACIONES GENERALES	158
2. GARANTÍAS PROCEDIMENTALES	163
3. ORDEN PÚBLICO MATERIAL	175
V. Otras condiciones	183
VI. Regímenes específicos	185
1. ADOPCIÓN	185
<i>A. Régimen de fuente interna</i>	185
<i>B. Regímenes convencionales</i>	197
2. OTRAS MODALIDADES DE PROTECCIÓN DE MENORES	202
<i>A. Convenio sobre protección de menores de 1961 (CPM)</i>	202
<i>B. Convenios sobre reconocimiento y ejecución en materia de custodia de menores</i>	207
VII. Consecuencias del reconocimiento	220
1. EFICACIA CONSTITUTIVA Y COMO HECHO JURÍDICO VINCULANTE	220
2. ACCESO AL REGISTRO	220
3. EFICACIA AL MARGEN DEL RECONOCIMIENTO	224
 CAPITULO QUINTO. EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	
I. Ejecución	226
1. ADMISIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN	226
<i>A. Consideraciones previas</i>	226
<i>B. Régimen de fuente interna</i>	229

2. EJECUCIÓN BASADA EN CONVENIOS INTERNACIONALES	233
<i>A. Convenios bilaterales</i>	<i>233</i>
<i>B. Resoluciones sobre custodia de menores</i>	<i>234</i>
II. Revocación y modificación de decisiones extranjeras	236
1. ADMISIBILIDAD DE LA MODIFICACIÓN	236
2. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN APLICABLE	239
3. LÍMITES DERIVADOS DEL DERECHO CONVENCIONAL	245
EPÍLOGO	249
BIBLIOGRAFÍA	251
JURISPRUDENCIA	269

ABREVIATURAS

AAMN	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
ADI	<i>Anuario de Derecho Internacional</i>
<i>Ann. suisse dr. int.</i>	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
BIMJ	<i>Boletín de Información del Ministerio de Justicia</i>
BJC	<i>Boletín de Jurisprudencia Constitucional</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
C.c.	Código civil
C.com.	Código de comercio
CB	Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (BOE de 21.01.91)
CCJC	<i>Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil</i>
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1959 (BOE núm. 243, de 10.10.79)
CEREC	Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (BOE núm. 210, de 01.09.84)
CHSIM	Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE núm. 202, de 24.08.87)
CIEC	Comisión Internacional del Estado Civil
CL	Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (BOE núm. 8, de 10.01.95)
CLJC	<i>Colección Legislativa de España Jurisprudencia Civil</i>
CPM	Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (BOE núm. 199, de 20.08.87)
CPNA	Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (BOE núm. 182, de 01.08.95)
DIPr	Derecho internacional privado
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DOCE	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>

ELRev	<i>European Law Review</i>
Family L.Q.	<i>Family Law Quarterly</i>
FGG	<i>Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Alemania)</i>
GRUR Int.	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil</i>
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
Int. Enc. Comp. L.	<i>International Encyclopedia of Comparative Law</i>
Int. Journ. L. P. Fam.	<i>International Journal of Law Policy and the Family</i>
IPRax	<i>Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts</i>
IPRspr	<i>Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts</i>
J.Bl.	<i>Juristische Blätter</i>
JC	<i>Jurisprudencia constitucional</i>
J.-Cl. dr. int.	<i>Juris-classeur de droit international</i>
Journ. dr. int.	<i>Journal de droit international</i>
La Ley	<i>Revista Jurídica Española, La Ley</i>
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
LH	<i>Ley Hipotecaria</i>
LOPJ	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>
LRC	<i>Ley del Registro Civil</i>
LSA	<i>Ley de Sociedades Anónimas</i>
PJ	<i>Poder Judicial, Revista del Consejo General del Poder Judicial</i>
RabelsZ	<i>Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
RAJ	<i>Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia</i>
R. des C.	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
Rec	<i>Recopilación de la Jurisprudencia del TJCE</i>
REDI	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
Rev. belge dr. int.	<i>Revue belge de droit international</i>
Rev. cr. dr. int. pr.	<i>Revue critique de droit international privé</i>
Rev. trim. dr. fam.	<i>Revue trimestrielle de droit familial</i>
RGD	<i>Revista General de Derecho</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RH	<i>Reglamento Hipotecario</i>
RIDC	<i>Revue internationale de Droit comparé</i>
Riv. dir. civ.	<i>Rivista di diritto civile</i>
Riv. dir. eur.	<i>Rivista di diritto europeo</i>
Riv. dir. int.	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
Riv. dir. int.pr. proc.	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
RJC	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RSDIE	<i>Revue suisse de droit international et de droit européen</i>
RRC	<i>Reglamento del Registro Civil</i>
StAZ	<i>Das Standesamt. Zeitschrift für Standesamtswesen</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>
TCE	<i>Tratado constitutivo de la Comunidad europea</i>

Pedro A. De Miguel Asensio
Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, Madrid, Eurolex, 1997
ISBN: 84-89176-29-9. Páginas: 296

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
Travaux Com. fr. dr. int. pr. ..Travaux du Comité français de droit international privé
TS Tribunal Supremo
TUE Tratado de la Unión Europea
ZfRV Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZPO Zivilprozeßordnung (Alemania)
ZZP Zeitschrift für Zivilprozeß

INTRODUCCION

1. La situación de acusado abandono, tanto legislativo como doctrinal, en la que se encuentra la jurisdicción voluntaria en el ordenamiento español, resulta particularmente acentuada en lo relativo al régimen de la eficacia en nuestro país de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria. Las carencias normativas del sistema español de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras se proyectan con peculiar intensidad sobre las resoluciones pertenecientes a ese ámbito. No tanto porque no existan reglas específicas para las resoluciones de jurisdicción voluntaria, cuanto porque no resulta siquiera claro cuáles de las escasas y deficientes normas internas reguladoras de la eficacia en España de las decisiones extranjeras son aplicables a las mismas (y caso de serlo, en qué términos). La incertidumbre existe no sólo respecto a la configuración de los efectos que tales resoluciones son susceptibles de producir en nuestro país, sino también en lo relativo a la determinación de los requisitos a los que se subordina esa eficacia. Asimismo, aunque en menor medida, se suscitan dudas acerca de los mecanismos admisibles (o necesarios) para hacer valer aquí su eficacia extraterritorial.

Por su parte, ni la doctrina ni la jurisprudencia, condicionadas por la multiplicidad y heterogeneidad de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, han contribuido de modo determinante a superar la situación de falta de certeza existente en esta materia. En particular, la tendencia doctrinal a marginar el tratamiento de las decisiones de jurisdicción voluntaria de los estudios sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en nuestro país se ha acentuado en los últimos años. Normalmente tales estudios bien excluyen radicalmente de su objeto el régimen de las resoluciones de esta naturaleza⁽¹⁾ bien lo abordan de modo casi marginal, centrando el

1. Así hacen, por ejemplo, entre los más recientes, F.F. Garau Sobrino, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España (sistemas general y convencional)*, Madrid, 1992, p. 23; y M.A. Amores Conradi, "Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de

análisis en asuntos -como declaraciones de herederos sin oposición, informaciones para perpetua memoria o protocolización de testamentos-(²) distintos de los que (desde luego en el momento presente) suscitan las cuestiones de mayor interés en el tráfico jurídico internacional. En nuestro país, la ausencia de tratamiento se combina, sin embargo, con la convicción casi generalizada de que el régimen de la eficacia de los actos de jurisdicción voluntaria es en todo caso sustancialmente distinto del aplicable respecto de las decisiones contenciosas.

2. Lo grave y perturbador que resulta ese estado de cosas, caracterizado por el abandono y la inseguridad jurídica, sólo puede valorarse en su justa medida cuando se aprecia la singular trascendencia práctica que la eficacia extraterritorial de las resoluciones correspondientes al ámbito de la jurisdicción voluntaria reviste en el contexto de las relaciones jurídico-privadas internacionales(³).

Ciertamente, decisiones esenciales en la configuración de la situación personal y familiar de los sujetos privados se adoptan por medio de procedimientos pertenecientes a la jurisdicción voluntaria. La posibilidad de hacer valer en otros países una situación creada o modificada por una resolución de jurisdicción voluntaria (así como la extinción de una situación preexistente) es determinante en ocasiones para salvaguardar el respeto a la

regímenes, unidad de soluciones", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1995, Madrid, 1996, pp. 270-314, p. 272, opinando "que las decisiones en materia de jurisdicción voluntaria plantean una problemática muy distinta" (a la que es propia de las contenciosas).

². *Vid. v. gr.*, A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias extranjeras en España (La jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Madrid, 1974, pp.175-179, esp. pp. 176 y 178.

³. La marginación en España del estudio de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria contrasta con la constatación ya de antiguo de que -fuera del ámbito patrimonial- su trascendencia práctica puede ser superior a la del reconocimiento y ejecución de las sentencias contenciosas. Así, en opinión ya clásica de J.M. Manresa y Navarro: "son (los actos de jurisdicción voluntaria) de aplicación más frecuente en las relaciones entre las naciones que los fallos dictados por la jurisdicción contenciosa. Con frecuencia vendrían a ser completamente imposibles los actos de vida civil, verificados entre ciudadanos de diversos Estados, si se rehusara en país extranjero toda autoridad a los actos de jurisdicción voluntaria", últimamente, *vid.* J.M. Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, t. VIII, 7ª ed. (aumentada por H. Dago Sainz y J. De Molinuevo Junoy), Madrid, 1960, pp. 476-477.

condición de las personas y a los mecanismos instaurados por los diversos ordenamientos para la tutela de personas (y de sus bienes) necesitadas de especial protección.

Basta pensar en la relevancia de las cuestiones que suscita la eficacia extraterritorial no sólo de las adopciones o de resoluciones sobre la patria potestad o la custodia de los hijos, sino también de la posición de las personas nombradas para el ejercicio de ciertos cargos (tutor, defensor judicial, representante del ausente...) que en ocasiones deben desarrollar sus funciones en el extranjero⁽⁴⁾. Acreditar la intensa relevancia transfronteriza de las decisiones (constitutivas) correspondientes al núcleo típico de la jurisdicción voluntaria -que revisten esta naturaleza en los diversos ordenamientos jurídicos que contemplan tal categoría de procedimientos-, es una constante en los estudios sobre el particular⁽⁵⁾, que no requiere ulterior elaboración.

3. La trascendencia de algunas de las materias típicas de la jurisdicción voluntaria explica que los convenios sectoriales con normas sobre reconocimiento (y ejecución) de decisiones hayan proliferado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria: medidas de protección de menores, adopción, decisiones sobre custodia de menores y derecho de visita... Asimismo, resultan aquí relevantes convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución de ámbito (material) general. Normalmente, la aplicabilidad de los convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución, tanto sectoriales como generales, no se hace depender del carácter contencioso (o voluntario) de la decisión.

En consecuencia, un elemento adicional de complejidad resulta de los

⁴. Así, no es extraño que el hecho de que una persona designada como representante por un acto de una autoridad pública pueda ejercitar en el extranjero esa condición, venga determinado por la posibilidad de reconocer la decisión que lo nombró, típicamente de jurisdicción voluntaria, al respecto, *vid.* P. Gottwald, "Die Rechtsstellung von Amtswaltern zwischen Territorialitäts- und Universalitätsprinzip", *Gerechtigkeit im Internationalen Privatrecht im Wandel der Zeit*, 1992, Regensburg, pp. 9-29, pp. 16-17.

⁵. En el contexto alemán, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des autonomen Rechts*, Constanza, 1991, pp. 1-2.

diversos ámbitos de producción de las normas relevantes. Frente al déficit regulador del régimen de fuente interna, coexisten una pluralidad de regímenes convencionales, que suscitan -junto a dificultades de delimitación- peculiares exigencias interpretativas.

4. La situación descrita no es suficientemente expresiva de lo arduo que resulta el análisis de la eficacia en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria. La complejidad de la tarea se agrava debido al limitado desarrollo teórico existente en el panorama jurídico español tanto en lo relativo a la jurisdicción voluntaria -pese a ser un sector en constante evolución y continuo crecimiento- como en lo que atañe al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. De otra parte, en un plano general, la etapa preliminar en la que se encuentra la reflexión acerca de la jurisdicción voluntaria en el ámbito del D.I.Pr. se manifiesta con especial intensidad en lo relativo a la eficacia extraterritorial de las decisiones⁽⁶⁾.

Ese escaso desarrollo teórico va acompañado en nuestro país de una práctica judicial muy limitada, en la que difícilmente cabe hallar pautas de interpretación sólidas respecto de las principales cuestiones suscitadas en esta materia. Por último, la inducción de soluciones con alcance general a partir de ciertos pronunciamientos jurisprudenciales presenta aquí particulares riesgos, como consecuencia de que entre los numerosos procedimientos de jurisdicción voluntaria los hay con finalidades y caracteres muy diversos. Tal realidad reclama la diferenciación y clasificación de los múltiples procedimientos, así como la elaboración de respuestas adecuadas en atención a las peculiaridades de la categoría de actos de jurisdicción voluntaria de que se trate.

⁶. Cf. A.V.M. Struycken, "Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986-1987, pp. 105-133, p. 127.

CAPITULO PRIMERO

DELIMITACION CONCEPTUAL Y MARCO NORMATIVO

I. Caracterización de la jurisdicción voluntaria

1. HETEROGENEIDAD

5. La notable diversidad de los numerosos procedimientos que forman parte de la llamada jurisdicción voluntaria condiciona toda aproximación de conjunto a este importante sector del ordenamiento jurídico. Tal variedad se manifiesta tanto al analizar la situación en España como muy especialmente a nivel comparado, pues no sólo el contenido de la jurisdicción voluntaria es muy heterogéneo en cada uno de los sistemas, sino que su regulación, caracterización e incluso denominación, divergen significativamente según los países⁽⁷⁾.

Desde la perspectiva española, la aludida diversidad puede ser apreciada en una de sus vertientes poniendo de relieve las materias en las que existen este tipo de procedimientos. En efecto, basta un somero vistazo al Libro III de la LEC para comprobar cómo en el ámbito de la jurisdicción voluntaria judicial existen en nuestro sistema, entre otras, actuaciones relativas a las siguientes cuestiones: acogimiento de menores y adopción; tutela y curatela; medidas provisionales en procesos matrimoniales; retorno de menores en supuestos de sustracción internacional; apertura y protocolización de testamentos; habilitaciones para comparecer en juicio;

7. Circunstancia que ha sido destacada en las más relevantes aproximaciones a la jurisdicción voluntaria desde la perspectiva comparada, *vid.* N. Alcalá-Zamora y Castillo, "Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria", *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, Año XV, 1962, pp. 521-596, esp. p. 583; J. Jodlowsky, "El procedimiento civil no contencioso", *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, Año XX, 1967, pp. 165-209, pp. 166 y 170-177; y Z. Stalev, "Non-Contentious Proceedings and Their Development", W.H. Habscheid (Hrsg.), *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, 1983, pp. 253-289, pp. 262-264.

informaciones para perpetua memoria; enajenación de bienes de menores e incapacitados; ausencia y declaración de fallecimiento; deslinde y amojonamiento, depósito y reconocimiento de efectos mercantiles; calificación de las averías, liquidación de la gruesa, descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles en el comercio marítimo; así como otros actos de comercio que requieren la intervención judicial perentoria. Sin embargo, los recogidos expresamente en el Libro III de la LEC distan de ser todos los actos de jurisdicción voluntaria contemplados en nuestro ordenamiento, pues fuera de la LEC aparecen otros muy diversos: consignación judicial, dispensa de impedimentos matrimoniales...(8), recogidos no sólo en el C.c. y normas civiles autonómicas o forales, sino también en otros textos legales.

6. Otra vertiente sobre la que se proyecta la mencionada heterogeneidad es la relativa a la configuración de las concretas actuaciones procedimentales en los distintos expedientes de jurisdicción voluntaria, piénsese, en las grandes diferencias existentes al respecto entre la tramitación, por ejemplo, de los expedientes relativos a la protocolización de un testamento ológrafo, la obtención de una declaración de fallecimiento, la constitución de una adopción, la autorización judicial para enajenar bienes de un menor, la determinación de la persona bajo cuya custodia queda un menor o la calificación de las averías. Además, la complejidad de la situación se acentúa porque el acusado casuismo procedimental existente en este ámbito en nuestro ordenamiento no excluye la presencia de numerosos procedimientos de jurisdicción voluntaria atípicos, es decir, cuya tramitación no aparece regulada(9).

8. Una enumeración, por materias, de los diversos procedimientos de jurisdicción voluntaria (judicial) establecidos en nuestro ordenamiento se contiene en B. González Poveda, *La jurisdicción voluntaria (Doctrina y formularios)*, 2ª ed., Pamplona, 1996, pp. 185-194 (criticando el excesivo casuismo procedimental existente en la materia). Asimismo, J.L. Gómez Colomer, "La jurisdicción voluntaria", J. Montero Aroca, M. Ortells Ramos, J.L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo, *Derecho jurisdiccional II (Proceso civil 2º)*, Barcelona, 1993, pp. 759-782, pp. 771-780.

9. Cf., v. gr. en relación con el nombramiento de albacea y con la constitución de la administración judicial de la herencia, B. González Poveda, *La jurisdicción...*, op. cit., pp. 1.229-

Por otra parte, procede siquiera apuntar cómo el contenido (y la eficacia) de los actos a que pueden dar lugar este tipo de procedimientos varían extraordinariamente. En concreto, existe una notable contraposición entre las resoluciones que producen la creación, modificación o extinción de estados o situaciones jurídicas, y aquellos actos que sólo implican la mera constatación o documentación de situaciones. Por ejemplo, cabe apreciar un significativo contraste entre la decisión en virtud de la cual se constituye una adopción, que da lugar a la creación de una nueva situación jurídica de particular trascendencia en el ámbito personal y familiar, y el acto judicial en el que se recoge las informaciones para perpetua memoria practicadas, que simplemente documenta declaraciones de testigos sobre ciertos hechos que interesen al solicitante.

7. La complejidad propia del panorama apuntado condiciona la virtualidad de las construcciones teóricas formuladas con pretensión de explicar la esencia, la finalidad o la naturaleza de la jurisdicción voluntaria en su conjunto. En efecto, tales planteamientos son con frecuencia resultado de una simplificación, en la medida en que toman como referencia sólo ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria, de modo que la pretensión de generalidad de las conclusiones extraídas choca con la radical diversidad de la realidad abordada⁽¹⁰⁾. En esta línea, resulta aconsejable, como punto de partida, adoptar un cierto relativismo, respetuoso con la pluralidad inherente a la jurisdicción voluntaria⁽¹¹⁾ y tener presente la importancia de la labor de

1.347.

¹⁰. Cf. N. Alcalá-Zamora y Castillo, "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. I, Milán, 1951, pp. 1-55, esp. pp. 40-46, denunciando también los inconvenientes de la miopía nacionalista en esta materia.

¹¹. En nuestra jurisprudencia constitucional ha encontrado plasmación expresa la imposibilidad de ofrecer a ciertas cuestiones respuestas generales válidas para todos los actos de jurisdicción voluntaria, siendo preciso diferenciar las soluciones en atención a los casos particulares. Así, valorando, a la luz del art. 24 C.E., si la falta de audiencia de quien pueda considerarse afectado en sus derechos por un acto de jurisdicción voluntaria produce indefensión, *vid.* STC 13/1981, de 22 de abril de 1981 (BOE núm. 121, de 21.05.81) esp. fdto. jdco. 3 (que resuelve un recurso de amparo contra un auto pronunciado en expediente de jurisdicción voluntaria relativo al régimen de visitas, comunicación y estancias de un menor).

sistematización a desarrollar por la doctrina⁽¹²⁾.

8. Tradicionalmente el debate en torno a la jurisdicción voluntaria, tras resaltar lo desafortunado de la denominación, se ha centrado en el análisis de su naturaleza jurídica, en particular, en valorar si se trata de un fenómeno jurisdiccional o administrativo⁽¹³⁾, habiendo predominado este último planteamiento. Existe una tendencia creciente a negar tanto el carácter propiamente jurisdiccional -por entender, que implicaría actuar irrevocablemente el derecho respondiendo a una pretensión-, como la naturaleza estrictamente administrativa de la jurisdicción voluntaria, en la que básicamente se satisfacen intereses privados, aunque exista una dimensión significativa de interés general o común⁽¹⁴⁾.

El presente estudio, como se detallará, se limita a (una parte de) la jurisdicción voluntaria judicial, normalmente tratada de modo autónomo en nuestro sistema y caracterizada por la intervención de los órganos judiciales en ejercicio sino de la potestad jurisdiccional sí de funciones expresamente atribuidas por la ley en garantía de derechos (en los términos del art. 117.3 y 4 C.E.)⁽¹⁵⁾. Sólo en ese ámbito de la jurisdicción voluntaria existen (desde la perspectiva de nuestro ordenamiento) resoluciones (judiciales) susceptibles de plantear cuestiones de reconocimiento en sentido propio.

Una aproximación significativa a la realidad de la jurisdicción voluntaria reclama delimitar su extensión -resultante en nuestro país del panorama legislativo-, valorar la(s) función(es) y finalidad(es) esenciales de los expedientes integrantes de la misma, así como los elementos

¹². Cf. W.H. Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., Múnich, 1983, p. 2.

¹³. Vid. J. Jodlowsky, "El procedimiento...", *loc. cit.*, pp. 177-181.

¹⁴ Vid., v. gr., N. Alcalá-Zamora y Castillo, "Premisas...", *loc. cit.*, pp. 16-17 y 48-50. Para una aproximación a cómo se presenta el debate en el momento actual en los dos sistemas jurídicos que más atención le han dedicado *vid.*, con abundantes referencias, W.H. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 26-31; y A. Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, 6ª ed., Milán, 1990, pp. 1-13.

¹⁵. A favor de la superación del debate entre la naturaleza jurisdiccional o administrativa de la jurisdicción voluntaria, pero considerando que un sector relevante de la jurisdicción voluntaria judicial presenta carácter jurisdiccional, *vid.* F. Ramos Mendez, *Derecho procesal civil*, t. II, 4ª ed., Barcelona, 1990, pp. 1291-1295.

característicos de los procedimientos que le son propios.

2. LÍMITES, FINALIDAD Y RASGOS ESENCIALES

9. Los confines de la jurisdicción voluntaria judicial son imprecisos. En el sistema español el punto de partida debe ser lo dispuesto en el art. 1.811 LEC:

"Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas".

Cabe entender que junto a los procedimientos expresamente asignados a la jurisdicción voluntaria -por aparecer en el Título III LEC o porque otra norma ha previsto que determinadas actuaciones judiciales se rijan por las disposiciones de la jurisdicción voluntaria⁽¹⁶⁾-, dentro de la misma quedan comprendidos, como señalara el T.S., todos aquellos supuestos en los que una norma de derecho material exija o autorice a solicitar la intervención judicial sin originar una pretensión procesal contenciosa frente a parte determinada⁽¹⁷⁾.

Es preciso poner de relieve dos circunstancias. De una parte, debe retenerse la íntima vinculación entre las normas materiales y las procedimentales que es propia de los asuntos de jurisdicción voluntaria, como muestran, tanto las continuas remisiones al C.c. y al C.com. contenidas en el Título III LEC (que, además de las procedimentales, incorpora también numerosas normas substantivas), como la ausencia de un procedimiento común a todos los actos de jurisdicción voluntaria, cuya tramitación varía

¹⁶. Como previó, por ejemplo, la disposición transitoria décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados arts. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico (BOE núm. 119, de 19.05.81), y, más recientemente, entre otras, las disposiciones adicionales primera y tercera de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (BOE núm. 15, de 17.01.96).

¹⁷. Vid. Sent. TS (Sala 1ª) de 13 de mayo de 1975 (RAJ 2.047).

sustancialmente en función de la materia a que corresponda el asunto de que se trate⁽¹⁸⁾. De otra, cabe siquiera apuntar que la situación de acusado abandono en que, en líneas generales, se encuentra la normativa reguladora de los expedientes de jurisdicción voluntaria en nuestro ordenamiento⁽¹⁹⁾ no parece que vaya a ser alterada sustancialmente en breve plazo⁽²⁰⁾.

10. La difuminación de los límites de la jurisdicción voluntaria deriva fundamentalmente de la caótica situación legislativa existente, caracterizada por la dispersión y la falta de precisión. En ocasiones se prevén como expedientes de jurisdicción voluntaria, sin alterar su naturaleza, procedimientos en los que puede existir controversia; en otros supuestos, la falta de una previsión expresa genera incertidumbre acerca del encuadramiento o no dentro de la jurisdicción voluntaria⁽²¹⁾; por último, la difusa delimitación de la jurisdicción voluntaria judicial respecto a supuestos

¹⁸. Es este un dato que se reitera en la regulación de la jurisdicción voluntaria en el plano comparado, cf. Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, p. 263.

¹⁹. *Vid., v.gr.*, L. Prieto-Castro Ferrandiz, "Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria", *id.*, *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, pp. 585-602, p.597; y J. Almagro Nosete, J. Tomé Paule, *Instituciones de Derecho procesal (Proceso civil)*, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 992-993. La presencia de procedimientos de jurisdicción voluntaria innecesarios, inútiles y en desuso es particularmente acusada en el ámbito mercantil, cf. F. Ramos Mendez, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, pp. 18-19 y 29-34.

²⁰. Cabe reseñar que el borrador de Ley de enjuiciamiento civil presentado por el Ministerio de Justicia en abril de 1997 excluye la revisión de la normativa sobre la jurisdicción voluntaria, señalando en el punto II de su Introducción que "(a)nte todo, la nueva Ley se configura con exclusión de la materia relativa a la denominada jurisdicción voluntaria, que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta, donde han de llevarse las disposiciones sobre una conciliación que ha dejado de ser obligatoria y sobre la declaración de herederos sin contienda judicial". En línea con ese planteamiento, la Disp. derogatoria 1ª de ese borrador prevé que queden en vigor las normas de la LEC relativas a la jurisdicción voluntaria.

²¹. Así ocurre, entre otros, en relación con el procedimiento consensual de separación y divorcio y con los procedimientos universales hereditarios, cf., *v. gr.*, A. De la Oliva, M.A. Fernández, *Derecho procesal civil*, t. IV, 4ª ed., Madrid, 1995, pp. 239-240 y 348-349. Si bien en relación con el primero, pese a sus reglas específicas, predomina en la doctrina la consideración como de jurisdicción voluntaria, *vid.* J. Almagro Nosete, J. Tomé Paule, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 1.015; J.L. Gómez Colomer, "La jurisdicción...", *loc. cit.*, p. 771; y J.M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, pp. 191-192.

en los que son competentes otros órganos (en particular, notarios) resulta de la falta de criterio por parte del legislador a la hora de (no) asignar a los órganos judiciales la tramitación de ciertas categorías de expedientes.

Especialmente problemática parece la delimitación cuando se constata que resoluciones sobre una misma materia y con eficacia análoga pueden ser adoptadas tanto por medio de expedientes de jurisdicción voluntaria como a través de procesos contenciosos. Así resulta, con frecuencia, en el ámbito de la protección de menores, como ilustra ahora con particular claridad el último inciso del art. 158 C.c. En una línea similar, cabe hacer notar cómo la eficacia de la decisión constitutiva de divorcio no varía por la circunstancia de que el mismo haya sido tramitado de mutuo acuerdo -en un procedimiento equiparable a los propios de la jurisdicción voluntaria- o por vía de un proceso contencioso.

11. No todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria responden a una misma función básica. Ahora bien, debe destacarse que el núcleo esencial de los expedientes de jurisdicción voluntaria judicial contemplados en nuestro ordenamiento tiene como finalidad la protección de los intereses de personas que se hallan necesitados de particular asistencia o tutela en sus relaciones de Derecho privado. Así ocurre, entre otros, en los diversos procedimientos relativos a incapaces, menores y ausentes. La intervención estatal viene exigida por ser el único medio de asegurar la tutela requerida, siendo necesario, debido a la trascendencia de los intereses afectados, que tales procedimientos se encuentren atribuidos en exclusiva a los órganos judiciales, por sus garantías de independencia e imparcialidad⁽²²⁾. La atribución en nuestro ordenamiento de todos estos procedimientos a órganos judiciales es expresión de una toma de postura favorable a la proyección de las garantías judiciales básicas del Estado de Derecho sobre la posición de los sujetos afectados por procedimientos de jurisdicción voluntaria⁽²³⁾.

²². Cf. R. Gimeno Gamarra, "Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria", *ADC*, t. VI, 1956, pp. 3-80, p. 20.

²³. Cf. en el contexto alemán, T. Pfeiffer, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale*

Ciertamente, los procedimientos que responden a esa finalidad básica de asistencia constituyen en el panorama comparado el núcleo esencial de la jurisdicción voluntaria, común a gran número de ordenamientos⁽²⁴⁾. Ahora bien, el legislador ha atribuido también a nuestros órganos judiciales, entre otros, ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria que se corresponden con una función constatatadora o de documentación, extraña a la actividad propiamente jurisdiccional. La asignación a los jueces de estos últimos actos resulta al menos cuestionable, en la medida en que puede dificultar la más eficaz realización de los mismos, sin aportar ulteriores garantías e incrementando la carga de trabajo de los juzgados⁽²⁵⁾.

12. Pese a la diversidad de expedientes, cabe señalar, a partir del núcleo de asuntos típico (clásico) de la jurisdicción voluntaria, una serie de caracteres procedimentales presentes en la mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria judicial⁽²⁶⁾: unilateralidad del procedimiento,

Gerechtigkeit, Francfort, 1995, p. 32.

²⁴. Cf., desde una perspectiva comparada, J. Jodlowski, "El procedimiento...", *loc. cit.*, pp. 186-187; J.M. Enßlin, *Die Anerkennung ausländischer Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit*, Múnich, 1971, pp. 9-10; Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, p. 266. Es el llamado dominio clásico de la jurisdicción voluntaria, donde tradicionalmente han coincidido de modo sustancial los diversos ordenamientos, *vid.* F. Swoboda, *Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Múnich, 1934, pp. 13-15.

²⁵. En este contexto debe enmarcarse el debate acerca la exclusión del ámbito judicial de ciertos actos de jurisdicción voluntaria, en concreto de aquellos que responden a una finalidad de constatación o documentación. Acerca de este debate, desde la perspectiva notarial, *vid.* V. Font Boix, "El notario y la jurisdicción voluntaria", *AAMN*, t. XV, 1967, pp. 211-295, quien entiende que en la actividad notarial caben los actos de jurisdicción voluntaria que implican "solemne e indirecta publicidad jurídica". La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa en la materia, opta por suprimir de la jurisdicción voluntaria judicial ciertas operaciones de legalización de libros, regulando también la obtención de la declaración de herederos mediante acta de notoriedad tramitada ante notario.

²⁶. *Vid.* R. Gimeno Gamarra, "Ensayo...", *loc. cit.*, pp. 65-67; y, en el ámbito comparado, J. Jodlowski, "El procedimiento...", *loc. cit.*, pp. 196-199 (destacando la convergencia entre ordenamientos sobre el particular); Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, pp. 276-282; W.H. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 22-25; y A. Jannuzzi, *Manuale...*, *op. cit.*, pp. 16-21.

relevancia del principio de oficialidad, amplitud del arbitrio judicial y modificabilidad de las resoluciones. En principio, el rasgo propio identificador de estos procedimientos es la falta de contradicción. La ausencia de discusión litigiosa explica el carácter unilateral del procedimiento voluntario, en el que la noción de parte pierde su sentido. No hay partes, sino interesados que instan -si son varios, de acuerdo- el procedimiento o intervienen en el mismo. En caso de oposición a la solicitud por un interesado, el expediente deja paso en nuestro sistema a un proceso contencioso, conforme al art. 1.817 LEC, si bien el alcance como regla general del art. 1.817 LEC es limitado, pues conoce notables excepciones, en las que la oposición de algún interesado se resuelve en el mismo procedimiento, sin convertir el expediente en contencioso⁽²⁷⁾. El resultado de tal cúmulo de excepciones es que en la mayoría de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, sobre todo en el ámbito familiar, frente a la que parece ser la regla general, la oposición de algún interesado no convierte en contencioso el expediente.

Es más, en ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria parece que lo normal sea dar respuesta a auténticas controversias. No se trata de que en ocasiones exista un litigio subyacente que no resulta prejuzgado por el acto de jurisdicción voluntaria, debido al limitado alcance de éste (cabe pensar, a modo de ejemplo, en las habilitaciones para comparecer en juicio o en las liquidaciones judiciales de averías), sino de que por medio de expedientes de jurisdicción voluntaria se prevé resolver algunos asuntos en los que pueden existir verdaderas discrepancias (como sucede, por ejemplo, al decidir acerca de la guarda y custodia de los hijos)⁽²⁸⁾. Asimismo, en ciertos expedientes de

²⁷. Como las recogidas en los arts. 1.827, 1.873 y 2.111 LEC así como en la disposición adicional tercera de la mencionada LO 1/1996. Asimismo, la jurisprudencia ha tendido a excluir la operatividad del art. 1.817 LEC cuando resulta incompatible con la naturaleza y el fin del expediente, así como cuando se trata de actos previstos para resolver ciertos desacuerdos o de aquellos que tienen un carácter coercitivo sobre el opositor, *vid.* Sent. TS (Sala 1ª) de 3 de junio de 1950 (RAJ 1.014). Valorando el art. 1.817 LEC y las soluciones existentes sobre el particular en el extranjero, *vid.* V. Fairén Guillén, "Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa", *ADC*, 1991, t. XLIV, pp. 941-959, *passim*.

²⁸. Es indicativo que el legislador en la disposición transitoria décima de la mencionada Ley 11/1981 previera la aplicación de las normas de la jurisdicción voluntaria

jurisdicción voluntaria la oposición esta implícita, como en el relativo a la autorización del juez para realizar actos de disposición de bienes gananciales cuando uno de los cónyuges se negare a prestar su consentimiento (art. 1.377 C.c.).

13. Otra característica propia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria es la particular trascendencia que en los mismos corresponde al principio de oficialidad, en detrimento del principio dispositivo que domina el proceso civil contencioso. Normalmente, el juez tiene en la jurisdicción voluntaria amplios poderes para adoptar medidas, diligencias y pruebas, sin que opere la doctrina de los hechos admitidos. Asimismo, se prevé con carácter general la intervención del Ministerio Fiscal (art. 1.815 LEC). La actuación de oficio del juez y la participación del Ministerio Fiscal son relevantes ante todo cuando se trata de procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que predomina la finalidad asistencial⁽²⁹⁾, pues es en estos casos en los que destaca la perspectiva de interés general o común⁽³⁰⁾.

La presencia de intereses de esta naturaleza no debe, sin embargo, hacer olvidar que el objeto fundamental de estos procedimientos son derechos de fundamental trascendencia en la configuración de la situación jurídico-privada de las personas, como ocurre en los diversos asuntos sobre cuestiones de estado civil -tanto de jurisdicción voluntaria como contenciosos-⁽³¹⁾.

14. La mencionada finalidad tutelar o asistencial propia de los asuntos

"para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente".

²⁹. Ilustrativa es la notable presencia del Ministerio Fiscal en los procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a la protección de menores, al respecto S. Ortiz Navacerrada, "Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", *Actualidad Civil*, 1996, núm. 44, pp. 957-969, pp. 959-960 (también pp. 965-966).

³⁰. En la jurisprudencia, poniendo de relieve la importancia del principio de oficialidad en todos los procedimientos relativos a cuestiones de estado civil, *vid.* Sent. TS (Sala 1ª) de 8 de marzo de 1991 (RAJ 2.084), en materia de prodigalidad.

³¹. Cf. T. Pfeiffer, *Internationale...*, *op. cit.*, p. 32 y pp. 279-281.

que integran el núcleo típico de la jurisdicción voluntaria se corresponde bien con el amplio arbitrio judicial existente en estos procedimientos, en los que es frecuente que el contenido de una resolución se haga depender de la interpretación en el caso concreto de conceptos jurídicos indeterminados como el interés del menor o el interés del adoptando.

Asimismo, ese objetivo típico de la jurisdicción voluntaria se encuentra en la base de la menor estabilidad propia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. En línea de principio, en nuestro sistema, lo establecido en una resolución de jurisdicción voluntaria puede ser revisado no sólo en el marco de un proceso contencioso sino también de un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria. La peculiar modificabilidad de (algunas de) estas decisiones -extraña a los procesos civiles contenciosos- se corresponde en los diversos sistemas jurídicos con la circunstancia de que normalmente no ponen fin a un litigio con eficacia de cosa juzgada material, sino que se enmarcan en el desarrollo de una actividad asistencial que no concluye con la resolución y que exige capacidad de adaptación a los cambios de circunstancias⁽³²⁾.

II. Nociones preliminares

1. RECONOCIMIENTO (FUNDAMENTO, INTERESES, ALCANCE) Y EFICACIA

15. El fundamento y la naturaleza del reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria coinciden sustancialmente con los del reconocimiento de decisiones judiciales derivadas de procesos contenciosos. El reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras encuentra su fundamento último en el objetivo de promover la continuidad y estabilidad de las relaciones jurídico-privadas vinculadas con varios ordenamientos, lo

³². Vid. F. Baur, "Die Wirksamkeit der Maßnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (nach deutschem Recht)", *Atti del 3º Congresso internazionale di Diritto processuale civile*, Milán, 1969, pp. 292-305, pp. 302-303.

que inspira la cooperación entre Estados en esta materia⁽³³⁾. Se trata así de responder a la limitada eficacia jurídica de toda resolución judicial, en principio, restringida, como consecuencia de la soberanía estatal y de la ausencia de una obligación de reconocimiento en el Derecho internacional general⁽³⁴⁾, al territorio del concreto Estado al que pertenece la autoridad que la adopta⁽³⁵⁾. Con carácter general, la eficacia extraterritorial (más allá de los límites del Estado de origen) de las decisiones judiciales presupone el reconocimiento por parte del Estado receptor en el que se pretenden hacer valer.

16. Los intereses en presencia -condicionantes de la reglamentación de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria- coinciden sustancialmente con los que son propios del reconocimiento de decisiones contenciosas⁽³⁶⁾, si bien requieren ciertas matizaciones en este concreto ámbito⁽³⁷⁾. En síntesis, los intereses concernidos son, de un lado, los del

³³. Cf. A. Ferrer Correia, "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit comparé)", *Estudos vários de Direito*, Coimbra, 1982, pp. 105-191, p. 119. En nuestra jurisprudencia *vid.* la conocida sent. TS (Sala 1ª) de 5 de abril de 1966 (RAJ 1.684), pese a negar entonces la eficacia en España de sentencias extranjeras de divorcio.

³⁴. Interpretando, sin embargo, que de la protección de los derechos humanos resultante del Derecho internacional general se deriva la obligación de reconocer efectos a ciertas resoluciones extranjeras en materia de estado civil -en muchas ocasiones de jurisdicción voluntaria-, *vid.* R. Geimer, "Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *Festschrift für M. Ferid*, Francfort, 1988, pp. 89-130, p. 89; e *id.*, "§ 328", R. Zöller, *Zivilprozeßordnung*, 19ª ed, Colonia, 1995, pp. 883-922, p. 884. En contra de tal planteamiento, dejando a salvo, claro está, las obligaciones resultantes de la normativa convencional, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 19-20; y H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2ª ed., Múnich, 1996, p. 306, n. 1.

³⁵. *Vid.* J.D. González Campos, *Curso de Derecho internacional privado*, vol. II, Oviedo, 1983, p. 327.

³⁶. Para un elaborado análisis de los intereses condicionantes en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras (a partir de las pronunciadas en procesos contenciosos) *vid.* D. Martiny, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts III/1*, Tubinga, 1984, pp. 37-55; y R. Geimer, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, Múnich, 1995, pp. 1-10.

³⁷. Algunas derivadas de las materias en las que se concentran los expedientes de jurisdicción voluntaria más significativos (estado civil, capacidad y familia), que determinan que, por ejemplo, intereses económicos relevantes en el ámbito contencioso -no los relativos a la economía procesal, que también operan aquí- apenas sean trascendentes en relación con

Estado de origen y los del Estado requerido y, de otro, los de los diversos sujetos afectados por la decisión, siendo aquí donde la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria -en la que no suelen existir partes en sentido propio- presenta ciertas peculiaridades. La satisfacción de las necesidades del tráfico jurídico-privado debe ser prioritaria en el diseño de una política estatal respecto del reconocimiento de decisiones extranjeras, que debe estar destinada a salvaguardar los intereses privados.

El interés estatal en la promoción del tráfico jurídico internacional por medio del reconocimiento (y, en la medida en que sea relevante, de la declaración de ejecutabilidad) de decisiones extranjeras, evitando que situaciones ya configuradas por órganos extranjeros deban ser nuevamente valoradas por los tribunales internos es predicable, no sólo del ámbito contencioso, sino también de las resoluciones (con las consecuencias que se desprenden del empleo aquí de este término -*vid.* núms. 22 y 23, *infra*-) de jurisdicción voluntaria. Tal constatación, no debe variar por el hecho de que estas últimas resoluciones carezcan típicamente de cosa juzgada material y no resuelvan controversias. El interés por facilitar el tráfico jurídico internacional exige también favorecer la posibilidad de hacer valer extraterritorialmente decisiones que configuren una situación, estado o condición, con independencia de que sean susceptibles de revisión y de que propiamente no hayan resuelto una controversia sobre derechos subjetivos, sino que hayan sido adoptadas, por ejemplo, en el marco de un procedimiento destinado a proteger a una persona necesitada de particulares medidas de tutela.

Así, el interés estatal en proporcionar protección jurídica que garantice la certeza, evitando la existencia de situaciones claudicantes, es particularmente relevante en el ámbito de las decisiones constitutivas sobre estado civil, con frecuencia, de jurisdicción voluntaria. En este ámbito, rechazar el reconocimiento de decisiones extranjeras puede resultar especialmente lesivo de ese interés, pues la tramitación de un nuevo procedimiento en el Estado requerido no evitará la existencia en todo caso de un desajuste con la decisión del Estado de origen, que puede dar lugar a

las decisiones de jurisdicción voluntaria.

situaciones claudicantes de particular gravedad (piénsese, por ejemplo, en que la nueva adopción tramitada en el Estado requerido se constituye en una fecha posterior a la que sería relevante caso de haberse reconocido la previa decisión extranjera).

Frente a esos intereses que favorecen el reconocimiento de decisiones extranjeras, existen otros intereses estatales que apuntan en dirección contraria. En particular, el interés por garantizar que los fundamentos del orden jurídico y de la vida social del Estado no resultan menoscabados por medio del reconocimiento de resoluciones extranjeras que no respetan tales fundamentos. Este interés estatal queda satisfecho con la instauración en el marco del reconocimiento de mecanismos de control (orden público) que permiten rechazar la eficacia de las resoluciones en la medida en que resulte incompatible con tales fundamentos.

17. Los intereses de las partes en materia de reconocimiento presentan más matizaciones en relación con la jurisdicción voluntaria. En efecto, en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria la contraposición de intereses entre las partes procesales carece en principio de relevancia, debido al carácter unilateral del procedimiento que da lugar a la resolución. En tales situaciones, cabe entender que el interés particular básico es normalmente favorable al reconocimiento: el de una persona afectada por la resolución de jurisdicción voluntaria que pretende hacer valer en otro país la situación jurídica constituida en la decisión de origen, sin tener que instar un nuevo procedimiento. Existe un interés razonable en favor de la continuidad de una posición jurídica más allá del Estado cuyos tribunales adoptaron la resolución en la que se funda, que se vincula con la conveniencia señalada de evitar situaciones jurídicas claudicantes.

Ahora bien, en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria está presente un significativo aspecto de interés general o público, debido al carácter asistencial de los procedimientos, que se refleja en el alcance asignado al principio de oficialidad, la discrecionalidad del aplicador y la menor estabilidad de las resoluciones. Esa función tuitiva de la jurisdicción

voluntaria debe condicionar la configuración y operatividad de las condiciones del reconocimiento. El Estado requerido, habida cuenta de que normalmente no hay una parte frente a la que se pretende el reconocimiento que esté interesada en oponerse al mismo, puede modular el régimen de control de las condiciones de reconocimiento⁽³⁸⁾, intensificando la verificación de oficio de las mismas⁽³⁹⁾. Esa función asistencial, típicamente duradera, se vincula también con la existencia de un interés favorable a la adaptación de las decisiones judiciales extranjeras (reconocidas) a las cambiantes circunstancias, admitiendo su modificación.

18. El reconocimiento consiste básicamente en la extensión al Estado requerido (España) de efectos que la resolución produce en el Estado de origen; es decir, en hacer posible la eficacia extraterritorial de la decisión⁽⁴⁰⁾. Si bien una decisión judicial extranjera puede tener eficacia (por ejemplo, probatoria) al margen de su reconocimiento y, asimismo, el reconocimiento puede ser presupuesto de que produzca cierta eficacia (en particular, registral) no prevista en el Estado de origen, lo cierto es que el reconocimiento de una decisión extranjera implica siempre admitir que la misma pueda desplegar (siquiera parcialmente) la eficacia que tiene en el ordenamiento del Estado de origen también en el Estado requerido. Este planteamiento no implica empero una toma de postura a favor de la llamada teoría de la extensión -según la cual los efectos que debe recibir en el Estado requerido la decisión extranjera son aquellos que le son propios según la ley del país de procedencia-, contrapuesta a la de la equiparación -partidaria de que tales efectos sean los que produciría una decisión idéntica adoptada por un órgano

³⁸. Vid., en el sistema alemán, R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, pp. 108-109; y J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 163-173.

³⁹. Es relevante que entre los aspectos del principio dispositivo que típicamente son inaplicables a la jurisdicción voluntaria, destaca lo relativo a los presupuestos procesales, cf. B. González Poveda, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁰. Vid., v. gr., U. Drobni, "Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung", *Festschrift für E. von Caemmerer*, Tubinga, 1978, pp. 687-704, pp. 699-701; R. Geimer, *Anerkennung...*, *op. cit.*, p. 86; y, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, K. Firsching, "Zur Anerkennung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *StAZ*, vol. 26, 1976, pp. 153-158, p. 153.

judicial del Estado requerido-(⁴¹). En realidad la trascendencia práctica de la polémica acerca de la opción entre esos dos planteamientos debe ser relativizada, en la medida en que actualmente tienden a matizarse, dejando de lado los planteamientos absolutistas(⁴²).

En todo caso, la cuestión clave es concretar cuáles son los límites de la extensión. Para unos, ésta tiene como único límite el orden público(⁴³). Atendiendo a otros planteamientos existen ulteriores restricciones, que no son siempre interpretadas de modo uniforme. En ocasiones se exige que los efectos pretendidos sean conocidos en el Estado requerido y admisibles para la concreta resolución que pretende reconocerse(⁴⁴). Según otra formulación, el criterio general es que los efectos que puede generar la resolución extranjera (de jurisdicción voluntaria), por una parte, no deben ir más allá de los previstos en el país de origen y, por otra, no deben exceder de los que produciría una resolución semejante adoptada por un juez del Estado requerido -teoría de la acumulación(⁴⁵)-, al menos en la medida en que el

⁴¹. Exponiendo las dos teorías, con referencias a la doctrina alemana de la que proceden, *vid.* F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, pp. 29-32.

⁴². Cf. (pese a haber sido uno de los más cualificados y firmes defensores de la teoría de la equiparación), F. Matscher, "Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen (aus österreichischer Sicht)", *ZZP*, vol. 103, 1990, pp. 294-321, pp. 308-309.

⁴³. Como sostiene en nuestro sistema F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, pp. 30 y 39, si bien admite además como límite en el reconocimiento basado en la normativa de fuente interna la no extensión de efectos de una clase desconocida en el Derecho español (p. 34). En el sector del reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria, con base en convenios internacionales, un planteamiento semejante se contiene en J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 10-14.

⁴⁴. *Vid.* D. Martiny, *Handbuch...*, *op. cit.*, p. 171; y P. Gottwald, "Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen", *ZZP*, vol. 103, 1990, pp. 257-293, p. 263.

⁴⁵. *Vid.* en relación con el sistema alemán, que ha prestado particular atención a esta cuestión, respecto de decisiones de jurisdicción voluntaria, R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 90. Sin hacer referencia al ámbito de la jurisdicción voluntaria, *vid.* H. Hoyer, "Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen und ihre Vollstreckung im Inland", *J.Bl.*, 1982, vol. 104, pp. 634-643, p. 639; R. Geimer, *Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 88-89; y H. Schack, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 313. Acerca de la situación en Francia, *vid.* H. Muir Watt, "Effets en France des décisions étrangères", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 584-2, 1990, p. 8. A favor de esa solución en la interpretación del CB, *vid.* las Conclusiones del Abogado General M. Darmon en el asunto 145/86, *Hoffmann/Krieg* (Rec. 1988, pp. 654-661, p. 657, "pienso que conviene fijar un doble límite: la sentencia no debe producir en el país requerido más efectos que en su Estado

desbordamiento de los mismos resulte inadmisibile a la luz de los criterios del Estado requerido (de modo que en su interpretación puede llegarse a resultados similares a los que produce entender que el único límite es el orden público). En España, a falta de criterios legales y jurisprudenciales, sobre todo en lo que atañe a la normativa de fuente interna -si bien no falta quien ha expresado su preferencia por la llamada teoría de la acumulación⁽⁴⁶⁾, que resultaría la más respetuosa con la esencia del reconocimiento y con la necesidad de salvaguardar la coherencia del ordenamiento jurídico interno-, no existe una solución consolidada sobre el particular⁽⁴⁷⁾.

19. Objeto del reconocimiento en sentido propio son los efectos procesales (procedimentales) de la resolución extranjera, es decir, los resultantes directamente de la misma y no las consecuencias que su existencia pueda tener en el marco de la aplicación de normas materiales (en particular, en qué medida la situación consolidada en el extranjero en virtud de la resolución es un hecho relevante para las normas materiales aplicables al fondo de un asunto). En el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria, como se analiza más adelante, la cosa juzgada material carece prácticamente de relevancia, siendo la eficacia esencial de las resoluciones la constitutiva.

Pues bien, ocurre que tratándose de la eficacia constitutiva la

de origen, sin que pueda implicar más efectos que los que tendrían las sentencias locales del mismo tipo"), siguiendo fielmente el planteamiento de G.A.L. Droz, *Compétence judiciaire et effets de jugements dans le Marché Commun*, París, 1972, p. 281. Si bien esta tesis no parece encontrar apoyo expreso en la sent. TJCE de 4 de febrero de 1988, pronunciada en el mencionado asunto (*Rec.* 1988, pp. 666 y 671: "una resolución extranjera reconocida en virtud del art. 26 del Convenio debe desplegar, en principio, en el Estado requerido los mismos efectos que en el Estado de origen") y, ciertamente, en los regímenes convencionales existe una mayor tendencia a restringir los límites de la operatividad de la extensión de efectos, se ha señalado que del conjunto de la sent. TJCE de 4 de febrero de 1988 (y, en particular, de su parágrafo 18) se desprende el apoyo a la tesis sobre el particular sustentada por el Abogado General (*vid.* H. Gaudemet-Tallon, Nota a la sent. TJCE de 4 de febrero de 1988, *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 77, 1988, pp. 605-609, p. 608).

^{46.} *Vid.* M.A. Amores Conradi, "Eficacia...", *loc. cit.*, pp. 295-299.

^{47.} *Cf.* M. Virgós Soriano, "Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras", E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I., 6ª ed., 1996, pp. 355-398, p. 364.

referencia tanto al ordenamiento del Estado de origen como al del Estado requerido (y la polémica al respecto) reviste limitada trascendencia⁽⁴⁸⁾, pues el contenido y alcance del efecto vienen determinados propiamente (con independencia de que se trate de un efecto procesal) por la ley rectora del fondo del asunto *-lex causae-* (que obviamente puede coincidir con cualquiera de las otras dos). Esto no implica, sin embargo, que la postura adoptada acerca del alcance de la extensión de efectos propia del reconocimiento no sea aquí relevante, pues sí condiciona, por ejemplo, la modificabilidad de la resolución e incluso la propia caracterización de la decisión como constitutiva.

20. Por otra parte, el reconocimiento de una decisión judicial extranjera no es normalmente determinante de su ejecución en el Estado receptor, pese a ser presupuesto lógico de la misma. El que pueda producir eficacia ejecutiva en el extranjero se subordina al respeto de requisitos específicos, siendo precisa la declaración de ejecutabilidad por una autoridad del Estado requerido, habida cuenta del particular carácter del efecto pretendido. En España, con el condicionante de la existencia en la LEC de un mismo procedimiento único de reconocimiento y obtención de la declaración de ejecutabilidad, la diferenciación entre reconocimiento y ejecución continúa siendo problemática, en particular en la jurisprudencia⁽⁴⁹⁾.

Para finalizar, es preciso insistir en que las resoluciones judiciales extranjeras pueden desplegar en España cierta eficacia al margen del reconocimiento. En particular, la simple fuerza probatoria que la resolución como documento público puede lograr es susceptible de ser utilizada para

⁴⁸. La controversia acerca de la operatividad y límites de la extensión de efectos tiene lugar fundamentalmente en relación con la cosa juzgada material, *vid.* G. Fischer, "Objektive Grenzen der Rechtskraft im internationalen Zivilprozeßrecht", *Festschrift für W. Henckel*, Berlín, 1995, pp. 199-213, p. 200.

⁴⁹. Así, a modo de ejemplo, declarando la ejecución en España de una resolución de jurisdicción voluntaria meramente constitutiva y sin pronunciamientos susceptibles de ejecución, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 28 de febrero de 1984 -relativo a una sentencia francesa de atribución de la patria potestad en exclusiva a la madre- (CLJC núm. 124). Asimismo, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 1993 (REDI, 1994, vol. XVI, pp. 320-322, con nota de S. Álvarez González, pp. 322-326, poniendo de relieve la confusión reseñada).

acreditar hechos que pueden ser condicionantes de procesos en nuestro país.

2. RESOLUCION EXTRANJERA DE JURISDICCION VOLUNTARIA

21. Precisar el significado aquí de la expresión resolución extranjera de jurisdicción voluntaria exige fundamentalmente analizar en qué supuestos cabe hablar propiamente de resoluciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, así como determinar los criterios que sirven para concretar si la decisión extranjera es o no de jurisdicción voluntaria. Es claro que el término extranjero singulariza las resoluciones objeto de estudio por proceder de un órgano público -normalmente judicial- ajeno a la soberanía española.

A. Resolución

22. No todos los procedimientos de jurisdicción voluntaria son susceptibles de dar lugar a una resolución. En ocasiones, el fin legalmente previsto de un expediente de jurisdicción voluntaria no se logra por medio de una resolución, sino de un acto de otro tipo; así ocurre en nuestro sistema, por ejemplo, con las actuaciones relativas al deslinde y amojonamiento⁽⁵⁰⁾ y con el acto formal de celebración del matrimonio⁽⁵¹⁾. En esta línea, deben quedar aquí desde un principio al margen, por no dar lugar propiamente a resoluciones (susceptibles de reconocimiento en sentido propio), no sólo las actuaciones encomendadas en nuestro sistema a autoridades no judiciales, sino también otras contempladas en expedientes de jurisdicción voluntaria judicial. Es el caso, por ejemplo, de simples medidas instrumentales de garantía (como la fianza que puede imponerse al tutor -arts. 260 C.c. y 1.835

⁵⁰. Cf. J. Carreras, "Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria", M. Fenech, J. Carreras, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962, pp. 661-684, p. 667-668, quien también pone de relieve cómo en algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria existen varias etapas bien diferenciadas, lo que explica que en los mismos pueda haber resoluciones diversas que pongan fin a cada una de las fases. En el contexto alemán, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 99-100.

⁵¹. No sucede así con la decisión que pone fin al expediente previo a la celebración del matrimonio.

LEC-, o los inventarios a practicar judicialmente previstos en los supuestos de ausencia -arts. 2.037 y 2.045 LEC-), que en ningún caso son resoluciones definitivas. En un plano similar habría que incluir también aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria que tienen como finalidad realizar ciertos actos de ejecución⁽⁵²⁾.

Con carácter general, los actos que ponen fin a expedientes de jurisdicción voluntaria que responden a una finalidad meramente documentadora o constatadora -los que con frecuencia están atribuidos a órganos no judiciales- no dan lugar a una resolución judicial fundada⁽⁵³⁾. Tales actos suscitan en el plano de su eficacia (extraterritorial) normalmente sólo cuestiones relativas a su fuerza probatoria y su trascendencia registral⁽⁵⁴⁾ -salvo, si acaso, cuando la actuación de la autoridad es presupuesto para la válida constitución de la relación jurídica⁽⁵⁵⁾-, comunes a todos los documentos públicos otorgados ante autoridad extranjera⁽⁵⁶⁾ y alejadas de las

⁵². A este grupo pertenecen, entre otros, ciertas subastas judiciales (arts. 2.048 ss. LEC) y la enajenación de ciertos efectos mercantiles (arts. 2.161 y 2.181 LEC), (*vid.* J. Almagro Nosete y J. Tomé Paule, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 974 y 990-991).

⁵³. La peculiaridad de la intervención judicial en tales supuestos es determinante de su tratamiento diferenciado. Así, en la interpretación del art. 177 TCE, el TJCE ha rechazado su competencia para conocer de una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial en el marco de un procedimiento de *giurisdizione volontaria* en el que la intervención del juez es de mera homologación, por entender que en tales circunstancias no existe un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional, *vid.* Sent. TJCE de 19 de octubre de 1995, as. C-111/94, *Job Centre (Rec.)*, pp. 3382-3388, esp. pp. 3386-3387).

⁵⁴. *Cf., v.gr.*, W. Kralik, "Die Wirksamkeit der Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Österreich", *Atti...*, *op. cit.*, pp. 306-325, p. 309; y, en relación con los actos de jurisdicción voluntaria en los que la función de la autoridad es simplemente receptiva de declaraciones de voluntad, G. Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padua, 1954, p. 351.

⁵⁵. Sobre el particular, si bien partiendo de presupuestos muy distintos (que implican la marginación de su estudio de los expedientes que constituyen el núcleo típico de la jurisdicción voluntaria judicial), *vid.* C. Pamboukis, "L'acte quasi public en droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 82, 1993, pp. 565-580, pp. 579-590.

⁵⁶. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 1996, pp. 485-507. Excluyendo los actos de jurisdicción voluntaria llamados (en la doctrina francesa) "receptivos" del concepto de resolución contenido en el art. 25 CB, para asimilar su régimen al previsto para los documentos públicos en los arts. 50 y 51 CB, *vid.* P. Gothot y D. Holleaux, *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Madrid, 1985, p. 151; y H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe)*, 2ª ed., París, 1996, p. 233.

que resultan más controvertidas en relación con las resoluciones de jurisdicción voluntaria -en particular, el alcance más allá del Estado de origen de la eficacia constitutiva peculiar de tales resoluciones-(⁵⁷). Con carácter general, la relevancia en el extranjero de documentos públicos de otro país suscita, junto a su eficacia probatoria, fundamentalmente cuestiones de Derecho aplicable, en particular en relación con el llamado estatuto formal(⁵⁸).

23. Por lo demás, el término resolución judicial debe ser entendido de modo amplio, incluyendo cualquier decisión, con independencia de cuál sea su denominación, adoptada por un órgano judicial de otro Estado, como es habitual en los convenios suscritos por España en la materia. Asimismo, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria no debe descartarse la posibilidad de dispensar el mismo tratamiento a decisiones adoptadas por órganos administrativos cuando sean equiparables a las resoluciones de jurisdicción voluntaria adoptadas por órganos judiciales en España(⁵⁹). Por otra parte, es de señalar que, al igual que ocurre en relación con las decisiones dictadas en procesos contenciosos y por idénticos motivos, no son aquí susceptibles de reconocimiento las resoluciones simplemente ordinatorias del procedimiento

⁵⁷. La singular trascendencia de las resoluciones judiciales definitivas que ponen término a los procedimientos con finalidad constitutiva frente a las relativas a otros expedientes, como los que responden a una función de documentación, se refleja en la práctica española en que normalmente sólo las primeras revisten forma de auto, mientras que las restantes se adoptan en simple providencia (cf. B. González Poveda, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 152).

⁵⁸. Vid. R. Geimer, "Internationalrechtliches zum Außerstreitverfahren", *Symposium Außerstreitreform*, Viena, 1982, pp. 93-135, p. 116.

⁵⁹. Aunque tal equiparación puede resultar excepcional, debe apuntarse aquí cómo en la Propuesta de convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de familia y sucesiones, formulada por el llamado Grupo europeo de Derecho internacional privado en su reunión de Heidelberg (30 de septiembre - 2 de octubre de 1993), se propone que el concepto de decisión sea definido a sus efectos de modo diferente a como lo es en los arts. 25 CB y CL, con el objeto de incluir, junto a las decisiones adoptadas por tribunales, las pronunciadas por órganos administrativos. Vid. el texto de la propuesta de convenio en *REDI*, vol. XLV, 1993(2), pp. 638-642, esp. pp. 641-642; asimismo, vid. P. Lagarde, "Informe explicativo sobre la propuesta de convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia de familia y de sucesión, elaborada por el Grupo europeo de Derecho internacional privado (Proyecto de Heidelberg)", *REDI*, vol. XLVI, 1994(1), pp. 466-474, p. 473.

de jurisdicción voluntaria⁽⁶⁰⁾ ni aquellas relativas a presupuestos "procesales", que únicamente producen efectos para el concreto procedimiento en el que fueron pronunciadas⁽⁶¹⁾.

B. Calificación como de jurisdicción voluntaria

24. El contenido variable de la jurisdicción voluntaria a nivel comparado implica que la calificación de una resolución judicial extranjera como de jurisdicción voluntaria, a los fines de decidir sobre su eficacia en nuestro país, pueda suscitar dificultades, en la medida en que la consideración sobre el particular difiera en el Estado de origen y en el requerido. En efecto, la extensión de la jurisdicción voluntaria varía notablemente según los ordenamientos⁽⁶²⁾. Cabe, sin embargo, identificar un conjunto de asuntos que por su esencia pueden ser considerados de jurisdicción voluntaria, teniendo esta consideración en la gran mayoría de ordenamientos, si bien los concretos límites varían entre unos y otros.

Dentro de este grupo se integran una serie de procedimientos con finalidad asistencial de personas necesitadas de especial protección, relativos fundamentalmente a cuestiones de capacidad, estado civil y familia: tutela, curatela, complemento de capacidad para realizar ciertos actos, adopción, ausencia y declaración de fallecimiento. Incluso en sistemas jurídicos que no conocen un concepto general de jurisdicción voluntaria, jurisdicción no contenciosa u otro similar, como ocurre con los anglosajones, los procedimientos relativos a tales asuntos presentan una configuración común con características similares a las de la jurisdicción voluntaria en los ordenamientos que sí conocen este concepto general⁽⁶³⁾. Otros asuntos de

⁶⁰. Sobre las mismas *vid.* J. Carreras, "Eficacia...", *loc. cit.*, pp. 671-672.

⁶¹. Cf. R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, pp. 91-92.

⁶². Sobre estas cuestiones *vid.* J. Jodlowsky, "El procedimiento...", *loc. cit.*, pp. 186-191; y Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, pp. 266-267.

⁶³. *Vid.* en relación con el ordenamiento inglés, M. Vollkommer, *Der materielle und formelle Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit im englischen Recht (eine prozeßrechtliche Untersuchung)*, Múnich, 1960, pp. 54-55.

Derecho de familia que normalmente pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria, si bien la coincidencia en el plano comparado es menor, son los relativos a la patria potestad y al divorcio por mutuo acuerdo.

Al margen de ese núcleo típico de la jurisdicción voluntaria, sólo ciertos ordenamientos prevén que determinados asuntos que consisten en la resolución de litigios patrimoniales, pese a su esencia contenciosa, sean resueltos a través de procedimientos de jurisdicción voluntaria (que en tales supuestos pueden perder algunos de sus elementos característicos, como la ausencia de contradicción). Tal es la situación, en particular, en Alemania, donde se atribuyen a la jurisdicción voluntaria, entre otras, ciertas cuestiones relativas a arrendamientos a plazo y a la titularidad de viviendas⁽⁶⁴⁾.

25. La precisión de si la resolución extranjera es o no de jurisdicción voluntaria puede resultar problemática cuando la consideración sobre el particular es diversa en el Estado de origen y en el Estado requerido (España). Puede ocurrir que una decisión sea considerada como de jurisdicción voluntaria en el país de origen, mientras que en España pertenezca al ámbito de la jurisdicción contenciosa, tal sería el caso, por ejemplo, tratándose de una decisión austriaca de declaración de incapacitación⁽⁶⁵⁾. Habida cuenta de lo difusa que resulta la delimitación entre jurisdicción voluntaria y contenciosa en los distintos ordenamientos no debe extrañar que también pueda suceder lo contrario, es decir, que una decisión extranjera adoptada en un proceso contencioso corresponda en nuestro país al ámbito propio de la jurisdicción voluntaria, ya que incluso ordenamientos que otorgan a la jurisdicción voluntaria un alcance muy semejante, divergen al atribuir ese carácter a

⁶⁴. Poniendo de relieve, al comparar la situación en Francia, cómo con la asignación a la jurisdicción voluntaria de la resolución de auténticas controversias entre partes sobre derechos subjetivos el ordenamiento alemán extiende el ámbito de la jurisdicción voluntaria más allá de su núcleo típico común a la mayoría de los ordenamientos, *vid.* D. Martiny, *Nichtstreitige Verfahren in Frankreich*, Múnich, 1976, pp. 38-49.

⁶⁵. Acerca del carácter de jurisdicción voluntaria de estos procedimientos en el Derecho austriaco y alemán, tras su reciente evolución sobre el particular, *vid.* R. Geimer, "Internationalrechtliches...", *loc. cit.*, pp. 103-104, que contrasta con la situación existente en España, donde la declaración de incapacitación debe ser siempre pronunciada en proceso contencioso (*vid.* disposición adicional tercera de la LO 1/96).

ciertas categorías de procedimientos de notable trascendencia, como es el caso de los divorcios tramitados de mutuo acuerdo⁽⁶⁶⁾.

Lo que está aquí en juego es determinar el concreto régimen -en tanto en cuanto éste varíe según la resolución sea o no de jurisdicción voluntaria- a aplicar para decidir acerca de la eficacia en nuestro país de una resolución judicial extranjera. De este modo, cabe entender que la cuestión debe resolverse, con carácter general, acudiendo al ordenamiento del Estado en el que se pretende que la resolución extranjera despliegue sus efectos; lo determinante es que un acto de las características de la resolución extranjera sea considerado de jurisdicción voluntaria en el Estado receptor⁽⁶⁷⁾. Es decir, en nuestro caso, el criterio básico es que serán consideradas como de

⁶⁶. Poniendo de relieve el contraste entre la situación prevalente en Alemania, donde los procesos de divorcio se consideran en todo caso contenciosos y la existente en Austria, donde si se tramitan de mutuo acuerdo se incluyen en la jurisdicción voluntaria, *vid.* R. Geimer, "Internationalrechtliches...", *loc. cit.*, p. 105. También a diferencia de lo que ocurre en Alemania, en Francia (*cf.* J. Vincent y S. Guinchard, *Procédure civile*, 24ª ed., París, p. 158) e Italia (*vid.* A. Jannuzzi, *Manuale...*, *op. cit.*, pp. 849-898) tales procedimientos forman parte de la jurisdicción voluntaria, al igual que como quedó señalado parece predominar entre nosotros la consideración como de jurisdicción voluntaria del procedimiento consensual previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio (BOE núm. 172, de 20.07.81).

⁶⁷. *Vid.*, *v. gr.*, M. Krefft, *Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Berlín, 1993, pp. 15-16; e, interpretando el art. 31 de la vigente Ley suiza de D.I.Pr., P. Volken, "Art. 31", *IPRG Kommentar*, Zúrich, 1993, pp. 314-319, p. 316. Asimismo, a favor de la calificación a estos efectos según la ley del foro, considerando irrelevante incluso el carácter no judicial de la autoridad extranjera, siempre que la función político-social ejercitada por la misma se corresponda con la que es propia de las resoluciones judiciales de jurisdicción voluntaria en Francia, *vid.* M. Motulsky, "Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1948-1952, pp. 13-31, pp. 18-19; y en la misma línea, anterior en el tiempo, C.G. Raggi, *L'efficacia degli atti stranieri di volontaria giurisdizione*, Milán, 1941, pp. 50-53. Un claro ejemplo de este planteamiento en la jurisprudencia comparada reciente se contiene en la sentencia de la *Corte di Casazione (S.U.)*, de 8 de agosto de 1990 n. 8061 (Italia), que rechaza la aplicación de las normas sobre la eficacia en Italia de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria tratándose de una decisión alemana relativa al nombramiento de un curador adoptada en procedimiento de jurisdicción voluntaria, por entender que conforme al ordenamiento italiano el contenido de esa decisión equivale "*al provvedimento di inabilitazione o interdizione*", que presenta carácter contencioso por afectar a la capacidad del sujeto (*vid.* *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, vol. XXVII, pp. 1.032-1.037, esp. pp. 1.035-1.036). Para un planteamiento distinto, partiendo del ordenamiento del país de origen, *vid.* M.A. Amores Conradi, "Comentario al Auto TS de 28 de junio de 1985", *CCJC*, núm. 9, 1985, pp. 2.837-2.845, p. 2.839.

jurisdicción voluntaria, a efectos de la aplicación de las reglas sobre reconocimiento de decisiones, sólo las resoluciones extranjeras que de haber sido adoptadas en España lo hubieran sido por un órgano judicial a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, así como las que sin estar previstas en nuestro sistema sean equiparables a otras sí contempladas⁽⁶⁸⁾. Los elementos determinantes en la delimitación como contencioso o no, deben ser, en principio, la función y el objeto del acto extranjero (su equivalencia con los del foro), no su forma⁽⁶⁹⁾.

26. Ahora bien, el criterio aceptado generalizadamente y aquí retenido, consistente en la calificación según la ley del foro, no está, sin embargo, exento de dificultades. En primer lugar, habida cuenta de lo difusa que resulta en nuestro ordenamiento la separación entre jurisdicción contenciosa y voluntaria en ciertas materias. Así es posible que ciertas medidas -en ámbitos de particular trascendencia como es el relativo a la protección de menores- puedan ser adoptadas tanto a través de expedientes de jurisdicción voluntaria como en procesos contenciosos -expresamente lo prevé el último inciso del art. 158 C.c.⁽⁷⁰⁾-⁽⁷¹⁾. La calificación de tales medidas a la hora de

⁶⁸. Aunque no se tratara de un supuesto de reconocimiento, resulta ilustrativa en nuestra jurisprudencia la Sent. TS (Sala 1ª) de 21 de junio de 1991 (RAJ 4570 y nota de S. Alvarez González en *REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 216-220). La sentencia considera la institución de la tutela temporal prevista en el ordenamiento de los Países Bajos como perteneciente a la jurisdicción voluntaria, a los fines de su tramitación ante los tribunales españoles, habida cuenta de la proximidad guarda de hecho y el acogimiento previstos en el C.c.

⁶⁹. Vid. D. Martiny, *Handbuch...*, op. cit., pp. 238-239.

⁷⁰. Aunque según la disposición adicional de la LO 1/1996, se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para adoptar las medidas previstas en el art. 158 C.c. Acerca del juego combinado de ambas disposiciones, poniendo de relieve su carácter confuso, vid. J.M. Espinar Vicente, *El matrimonio...*, loc. cit., 354-355.

⁷¹. Se entiende así que en ocasiones se haya considerado necesario formular un concepto substantivo, no formal, de la jurisdicción voluntaria, en relación con el reconocimiento de decisiones extranjeras (vid. Z. Stalev, "Non-Contentious...", loc. cit., p. 259, n. 7) y también que se haya pretendido complementar el criterio general expuesto con la idea de que en todo caso las resoluciones pronunciadas en procedimientos relativos a la finalidad asistencial propia del núcleo típico de la jurisdicción voluntaria deben ser consideradas, a estos fines, como de jurisdicción voluntaria (vid., aludiendo en la interpretación del sistema alemán al criterio *favor recognitionis* para defender tal planteamiento R. Geimer,

decidir su eficacia en España como de jurisdicción voluntaria o pertenecientes al ámbito contencioso no puede, conforme al criterio general sólidamente establecido, hacerse depender de la naturaleza del procedimiento sustanciado en el extranjero -donde tal diferenciación puede ser desconocida-, sino que debe hacerse de conformidad con el ordenamiento español.

La completa difuminación en ciertas materias de los límites entre la jurisdicción contenciosa y voluntaria es un elemento más a favor de la tendencia a equiparar las condiciones a las que se subordina el reconocimiento de las decisiones contenciosas y de jurisdicción voluntaria, en especial, cuando se trata de hacer valer su eficacia constitutiva. Ahora bien, en la medida en que las diferencias subsistan, la preferencia, en línea de principio, por la calificación en el marco del reconocimiento como de jurisdicción voluntaria de las resoluciones extranjeras en esos asuntos que en nuestro ordenamiento pueden ser resueltos tanto en vía contenciosa como voluntaria puede ser la opción más oportuna (salvo que se pretenda que la decisión despliegue efectos propios sólo de procesos contenciosos). De una parte, en la adopción de tales medidas suelen estar presentes la función y características comunes al ámbito propio (clasico) de la jurisdicción voluntaria: tutela de los intereses de personas necesitadas de particular protección (en concreto, del menor acerca de cuya custodia se decide), trascendencia del principio de oficialidad en el procedimiento, modificabilidad de las resoluciones... Asimismo, ese planteamiento resulta plenamente coherente con el criterio favorable al reconocimiento (*favor recognitionis*) inspirador de nuestro sistema⁽⁷²⁾, en la medida en que actualmente el reconocimiento -si bien con un alcance limitado- de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, en tanto en cuanto no produzcan eficacia de cosa juzgada material ni incorporen pronunciamientos susceptibles de ejecución, puede tener lugar a través de un mecanismo menos gravoso que el que es propio de las decisiones contenciosas.

"Anerkennung...", *loc. cit.*, pp. 95-96).

⁷². Al respecto, en el contexto alemán, *vid.* R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3ª ed., Colonia, 1997, p. 719.

III. Diversidad de regímenes normativos de reconocimiento

27. Atendiendo al origen, resulta fundamental la distinción entre normas convencionales y normas de fuente interna dentro del conjunto normativo regulador en nuestro ordenamiento del reconocimiento de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria. Tradicionalmente el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria ha sido contemplado de modo expreso únicamente en textos convencionales. En efecto, en las normas de fuente interna no existe mención expresa del tratamiento de la eficacia de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria, salvo en materias específicas⁽⁷³⁾, lo que suscita particulares dificultades.

Se halla generalizada en la interpretación de nuestro sistema jurídico en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras, la diferenciación entre régimen(es) convencional(es) y régimen de fuente interna, subdividido éste a su vez en régimen de reciprocidad y régimen de condiciones⁽⁷⁴⁾. La primacía de las soluciones convencionales sobre el sistema de fuente interna, prevista en el art. 951 LEC, resulta en la actualidad directamente de lo dispuesto en el art. 96.1 CE. Se impone, en consecuencia, valorar primero en qué medida los instrumentos convencionales vinculantes para España en materia de reconocimiento y ejecución incluyen dentro de su ámbito de aplicación las decisiones de jurisdicción voluntaria

⁷³. Ese es el caso en particular de los párrafos cuarto y quinto del art. 9.5 C.c respecto de las adopciones constituidas en el extranjero. Por otra parte, hay que hacer referencia a la reciente modificación de los arts. 1.901 a 1.909 LEC, llevada a cabo por la mencionada L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor, que incorpora las normas procedimentales relativas al retorno internacional de menores en los supuestos de sustracción internacional, en las situaciones en los que sea aplicable un convenio internacional.

⁷⁴. Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., pp. 526-540; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", loc. cit., pp. 358-362.

1. REGÍMENES CONVENCIONALES

28. Entre los convenios multilaterales, cabe distinguir aquellos que tienen un ámbito material general de los que sólo contemplan la eficacia de decisiones judiciales en materias específicas. Al primer grupo pertenecen el CB y el CL, que si bien regulan con carácter general el reconocimiento de decisiones judiciales -pronunciadas tanto en procesos contenciosos como en procedimientos de jurisdicción voluntaria⁽⁷⁵⁾- en materia civil y mercantil, excluyen de su ámbito material una serie de cuestiones, entre las que se encuentran aquellas a las que pertenecen la casi totalidad de expedientes de jurisdicción voluntaria⁽⁷⁶⁾. Así, conforme a los arts. 1 CB y CL se excluyen de su ámbito de aplicación: "1. El estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones".

De este modo, los instrumentos elaborados en el marco de la integración comunitaria para facilitar el reconocimiento y ejecución recíprocos de decisiones judiciales carecen de relevancia práctica en relación con las resoluciones de jurisdicción voluntaria, normalmente relativas a materias excluidas del ámbito de aplicación. No obstante, la situación puede verse modificada, caso de culminar los esfuerzos tendentes a la elaboración de un Convenio en el marco europeo -siendo relevante aquí lo dispuesto en los arts. K.1.6) y K.3.2.c) TUE-, que incluiría el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de familia y sucesiones⁽⁷⁷⁾.

⁷⁵. Interpretando que el CB se aplica con independencia del carácter contencioso o de jurisdicción voluntaria del procedimiento, *vid.* P. Jenard, "Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" (DOCE C 1990 189/122-179, p. 130).

⁷⁶. *Cf.*, en relación con el reconocimiento de decisiones, J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 5ª ed., Heidelberg, 1996, p. 303.

⁷⁷. Es de reseñar, sin embargo, que en el art. 1 de la ya mencionada Propuesta de convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de familia y sucesiones, formulada por el llamado Grupo europeo de D.I.Pr. en 1993, se excluyen de su ámbito material de aplicación la adopción, las medidas relativas a la protección de las personas y de sus bienes, incluidos los derechos de custodia y visita; es decir, se margina de su contenido las materias de Derecho de familia más significativas desde la perspectiva de la jurisdicción voluntaria (*vid.* P. Lagarde, "Informe...", *loc. cit.*, pp. 468-469). Acerca del debate en torno al ámbito material de aplicación de esta propuesta de

29. Entre los Convenios multilaterales sobre reconocimiento (y ejecución) relativos a materias específicas, ratificados por España, presentan particular interés, por incorporar el reconocimiento (y en algunos casos también la ejecución) de resoluciones de jurisdicción voluntaria, los siguientes: CPM, CEREC y CPNA. Ninguno de estos convenios prevé un régimen diferenciado en función de que la resolución cuya eficacia extraterritorial se pretende sea o no de jurisdicción voluntaria.

En primer lugar, cabe reseñar el CPM, si bien próximamente puede quedar desplazado, pues se trata de un instrumento cuyas deficiencias⁽⁷⁸⁾ han motivado ya su revisión, por medio del Convenio adoptado en el Acta Final de la 18 Sesión de la Conferencia de La Haya el 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, elaborado -conforme a su art. 51- para sustituir al CPM⁽⁷⁹⁾. El

convenio, *vid.* M. Fallon, *The Value Added by a European Union Instrument on Jurisdiction in Matrimonial Causes in the Light of Existing Conventions. Final Report*, Lovaina, 1995, policopiado, pp. 37-39; y P. Beaumont, G. Moir, "Brussels Convention II: A New Private International Law Instrument in Family Matters for the European Union or the European Community?", *ELRev*, vol. 20, 1995, pp. 268-288, pp. 285-287 (opinando que el reconocimiento automático propio del Convenio de Bruselas resultaría inadecuado respecto de las decisiones sobre custodia de menores). De otra parte, recogiendo cómo se plantea la posibilidad de incluir en su ámbito material las disposiciones sobre los derechos de custodia en los procesos matrimoniales *vid.* E. Jayme, "Zum Stand des IPR in Europa", *IPRax*, 1996, vol. 16, p. 65. *Vid.* también A. Borrás, "Luz verde a la extensión del Convenio de Bruselas a cuestiones de familia", *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 906-908, p. 907.

⁷⁸. Para una valoración de las carencias más acusadas del CPM, destacando entre otros aspectos, las limitaciones del art. 7, la norma básica del Convenio sobre reconocimiento de decisiones, *vid.* S. Boelck, *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961*, Tubinga, 1994, *passim*; y J. Kropholler, "Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens", *RabelsZ*, vol. 58, 1994, pp. 1-19, pp. 14-17.

⁷⁹. Analizando en su conjunto el nuevo Convenio *vid.* P. Picone, "La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXXII, 1996, pp. 705-748; A. Bucher, "La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *RSDIE*, vol. 7, 1997, pp. 67-109, pp. 74-109; y, en relación con el anteproyecto, P. Lagarde, "Rapport de la Commission spéciale", *Revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs*, La Haya, 1995, pp. 27-107, y F. Sturm, "Stellungnahme zum Vorentwurf eines Übereinkommens über den Schutz von Kindern", *IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 10-14).

CPM establece en su art. 7 una obligación de reconocimiento de las medidas de protección de menores adoptadas por las autoridades competentes en virtud del Convenio que no lleven consigo actos ejecutivos en el extranjero. Por su parte, el Convenio de 1996 prevé en su Capítulo IV (arts. 23 a 28) un elaborado régimen de reconocimiento y ejecución, que supone un avance sustancial en relación con el contenido en el art. 7 CPM. La aplicación práctica del CPM por los tribunales españoles, a diferencia de lo que ocurre en otros países ha sido mínima⁽⁸⁰⁾. En el CPM (en particular, en sus arts. 1 y 7) no se define el concepto de medida de protección ("que no lleve consigo actos de ejecución"), determinante para que el reconocimiento se rija por el Convenio. Dentro del ámbito material del CPM se integran no sólo las medidas de protección de menores relativas al régimen de las relaciones paterno filiales (régimen de la patria potestad, custodia, guarda, derecho de visita), sino también otras, como las que hacen referencia al ejercicio de la tutela y, en general a los diversos mecanismos instaurados de defensa y representación de la persona (y de los bienes) del menor⁽⁸¹⁾. El ámbito espacial del Convenio determina que la obligación de reconocimiento se aplique a las medidas (incluso provisionales) adoptadas por autoridades de Estados contratantes competentes en virtud de las normas del propio CPM⁽⁸²⁾.

⁸⁰. Cf. A. Borrás, "L'expérience espagnole des Conventions de La Haye du 5 octobre 1961 relative à la protection des mineurs, du premier juin 1970 relative à la reconnaissance du divorce et du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international des enfants, et de la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 relative à la reconnaissance des décisions en matière de garde", M. Fallon, *The Value...*, op. cit., *Annexes*, pp. 1-16, p. 5.

⁸¹. Vid. J.M. Castro-Rial Canosa, "El Convenio de La Haya sobre protección de menores", *REDI*, vol. XIV, 1961(1-2), pp. 11-54, p. 20. Las concretas medidas comprendidas en el concepto y su específica configuración varían según la reglamentación de los diversos sistemas jurídicos sobre el particular, para una extensa relación de las medidas de protección incluidas en el marco del sistema alemán, vid. J. von Staudinger (J. Kropholler), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Kindschaftsrechtliche Übereinkommen; Art. 19 EGBGB)*, 30ª ed., Berlín, 1994, pp. 21-30.

⁸². Además de España, son parte del CPM (junio 1997): Alemania, Austria, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía. Acerca del ámbito espacial del CPM, vid. K. Siehr, "Art. 19 Anh", *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 7, 2ª ed., Múnich, 1990, pp. 1.177-1.284, p. 1.181. Al ratificar el CPM, España formuló la reserva prevista en su art. 13, restringiendo su aplicación a los menores que tengan la nacionalidad de un Estado contratante, si bien tal reserva ha sido retirada con efecto desde el 19 de agosto de 1995 (BOE, de 15.09.95). Conforme a su art. 17, el Convenio se aplica en España respecto

En segundo lugar, es preciso aludir al CEREC, que con el objetivo de contribuir a superar las significativas lagunas del art. 7 CPM, trata de garantizar una mejor tutela de los intereses de los menores, facilitando la eficacia extraterritorial de las decisiones sobre custodia de menores (especialmente en sus arts. 7 a 12). El CEREC comprende toda resolución relativa al cuidado de la persona del menor -incluido el derecho a fijar su residencia-, así como el derecho de visita (art. 1.c). El concepto comprende, junto a medidas de protección en el marco de las relaciones paterno filiales, otras establecidas para la salvaguarda de su persona, por ejemplo, en el marco de la tutela⁽⁸³⁾. Se trata de un instrumento convencional que establece (art. 7) no sólo una obligación de reconocimiento, sino también de ejecución de las resoluciones procedentes de los Estados miembros⁽⁸⁴⁾ en una materia en la que con frecuencia las resoluciones se adoptan en procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Por último, cabe mencionar el CPNA, que incorpora disposiciones -en particular los arts. 23 a 27- que regulan el reconocimiento y la eficacia de la adopción. El CPNA es de aplicación cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante⁽⁸⁵⁾ ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante, bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el de origen (art. 2). Como habrá ocasión de analizar, sólo las adopciones certificadas como conformes al Convenio por la autoridad

de las medidas adoptadas a partir del 21 de julio de 1987, fecha de entrada en vigor para nuestro país.

⁸³. Vid. A. Marín Lopez, "El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores", *ADI*, vol. VII, 1983-1984, pp. 211-226, pp. 216-217; R.L. Jones, "Council of Europe Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Relating to the Custody of Children", *ICLQ*, vol. 30, 1981, pp. 467-475, pp. 471-472; y J. von Staudinger (J. Pirrung), *Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 321-322.

⁸⁴. Además de España, son parte (junio 1997): Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

⁸⁵. Son miembros (junio 1997): Andorra, Burkina Faso, Canadá, Costa Rica, Chipre, Ecuador, España, Filipinas, Finlandia, México, Perú, Polonia, Rumania, Sri Lanka y Venezuela.

competente del Estado en el que ha tenido lugar se benefician del régimen de reconocimiento previsto en el mismo (art. 23).

30. También están en vigor para España, como es bien sabido, una serie de convenios bilaterales reguladores, entre otros aspectos, del reconocimiento y ejecución de decisiones en general. El tratamiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en estos convenios bilaterales dista de ser homogéneo. Algunos mencionan expresamente, incluyéndolas dentro de su ámbito de aplicación, las resoluciones adoptadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria⁽⁸⁶⁾, como hacen los concluidos con Francia -art. 2.1-, Italia -art. 12.1.b)-, Alemania -1.1-⁽⁸⁷⁾, Austria -1.1- y Brasil -art. 15.3-⁽⁸⁸⁾. Por

⁸⁶. En esta medida, si bien a la luz de tales convenios el tratamiento de una resolución como de jurisdicción voluntaria parece subordinarse a su consideración como tal en el Estado de origen y no en el requerido (frente al criterio general aquí afirmado), lo cierto es que propiamente la distinción entre contencioso y voluntario en tales convenios resulta irrelevante en la medida en que en sí misma no sirve para establecer ningún régimen diferenciado.

⁸⁷. Sin embargo, la formulación del art. 1.1 en la versión en alemán del Convenio ("*durch die über Ansprüche der Parteien in einem Verfahren der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit erkannt wird*") que parece menos ideada para las resoluciones de jurisdicción voluntaria que la española (la cual, si bien alude a "partes" emplea no sólo -al igual que la alemana- el término "procedimiento", sino también el de "petición", propios de la jurisdicción voluntaria), así como las peculiaridades de la jurisdicción voluntaria en Alemania que comprende ciertos litigios entre partes de naturaleza contenciosa, ha llevado a un sector de la doctrina alemana a considerar excluidos del ámbito de aplicación del Convenio el dominio clásico de la jurisdicción voluntaria (así, J. Richardi, *Die Anerkennung...*, op. cit., pp. 35-36). Semejante interpretación parece resultar contraria a la sistemática del Convenio, que además de mencionar expresamente la inclusión de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, contempla en varios preceptos (arts. 6.2, 8.1 y 24.2) el matrimonio, las relaciones familiares, la capacidad o la declaración de ausencia o fallecimiento, entre otras materias normalmente comprendidas en el ámbito de la jurisdicción voluntaria

⁸⁸. Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973 (BOE núm. 273, de 15.10.77); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 de noviembre de 1983 (BOE núm. 40, de 16.02.88); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y Austria, hecho en Viena el 17 de febrero de 1984 (BOE núm. 207, de 29.08.85); y Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid el 13 de abril de 1989

su parte, el Convenio con Bulgaria⁽⁸⁹⁾, sin precisar con carácter general su aplicación a las decisiones judiciales de jurisdicción voluntaria, hace referencia expresa a su aplicación a ciertas materias incluidas en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria (así, el art. 19.3 alude expresamente a la eficacia de las resoluciones sobre derecho de guarda y custodia de menores, así como derecho de visita), utilizando además en el conjunto del Convenio una terminología (resolución, procedimiento...) que parece justificar una respuesta afirmativa acerca de la inclusión dentro de los límites del Convenio de las decisiones de tal naturaleza.

Ahora bien, es necesario señalar que el Convenio con Brasil -art. 16.a)- excluye de su ámbito material los sectores en los que típicamente tienen lugar los procedimientos de jurisdicción voluntaria (capacidad, estado civil y derecho de familia). Asimismo, la menor estabilidad propia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria puede suscitar dudas acerca de la posibilidad de reconocer algunas de estas decisiones, al interpretar el requisito de firmeza⁽⁹⁰⁾. De otra parte, el Convenio con China⁽⁹¹⁾, si bien regula expresamente el régimen de las decisiones sobre cuestiones relativas al estado y capacidad de las personas -arts. 21.7 y 22.2- (con frecuencia de jurisdicción voluntaria), puede suscitar dudas sobre la inclusión de las resoluciones de jurisdicción voluntaria dentro de su ámbito de aplicación. Ahora bien, ni la exigencia de que las decisiones produzcan fuerza de cosa juzgada (art. 22.3) ni la terminología y formulación del conjunto del Convenio

(BOE núm. 164, de 10.07.91).

⁸⁹. Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (BOE núm. 155, de 30.06.94).

⁹⁰. Así, interpretando muy restrictivamente qué resoluciones de jurisdicción voluntaria quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio hispano-alemán, *vid.* A.M. Karl, *Die Anerkennung von Entscheidungen in Spanien*, Tubinga, 1993, pp. 109-115. Para una interpretación menos restrictiva de los diversos convenios bilaterales que hacen referencia expresa a las decisiones de jurisdicción voluntaria, *vid.* I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia extraterritorial de las decisiones de jurisdicción voluntaria", *RGD*, año XLIV, 1988, pp. 1.181-1.217, pp. 1.191 y 1.200. Sobre esta cuestión *vid.* núm. 100, *infra*, analizando la exigencia de firmeza.

⁹¹. Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992 (BOE núm. 60, de 31.01.94).

parecen determinantes en ese sentido. La exigencia de cosa juzgada debe entenderse referida a la firmeza (cosa juzgada formal). Por su parte, la terminología convencional propia del ámbito contencioso (así, el art. 21 relativo a la competencia judicial indirecta aparece basado, incluso respecto de las cuestiones relativas al estatuto personal, en las nociones de demandante y demandado, impropias del ámbito de la jurisdicción voluntaria), debe valorarse considerando que cabe aplicar las normas del Convenio a las resoluciones de jurisdicción voluntaria adaptando su interpretación a las peculiaridades de éstas (además de que, como ha quedado señalado, en ciertos procedimientos de jurisdicción voluntaria existen sujetos en posiciones contrapuestas próximas a las de las partes de procesos contenciosos -lo que puede condicionar los criterios atributivos de competencia retenidos-; por ejemplo, cuando se resuelven controversias entre cónyuges acerca del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos).

Los restantes convenios bilaterales en vigor, suscritos con Suiza, Colombia, Checoslovaquia, México, Israel, Unión Soviética y Marruecos⁽⁹²⁾, no se pronuncian expresamente sobre el particular, dependiendo de la interpretación de sus disposiciones el que las mismas sean aplicables respecto a decisiones de jurisdicción voluntaria; posibilidad que con carácter general no parece que deba ser excluida⁽⁹³⁾, pues la exigencia generalizada de que las

⁹². Tratado sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial entre España y Suiza, hecho en Madrid el 10 de noviembre de 1896 (*Gaceta de Madrid* de 9 de julio de 1898); Convenio sobre ejecución de sentencias civiles entre España y Colombia, hecho en Madrid el 30.05.1908 (*Gaceta de Madrid* de 18.04.1909); Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, entre España y Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987 (*BOE* de 03.12.88); Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales, en materia civil y mercantil entre España y México, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989 (*BOE* núm. 85, de 09.04.91); Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989 (*BOE* núm. 3, de 03.01.91); Convenio entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990 (*BOE* núm. 151, de 25.06.97); y Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 151, de 25.06.97, relativo a su aplicación provisional).

⁹³. Así, aplicando el Convenio bilateral de 1908 para otorgar el exequátur de una

decisiones sean definitivas cabe pensar que debe ser equiparada en principio a la firmeza, que sí pueden lograr decisiones de jurisdicción voluntaria. Es preciso, empero, dejar constancia de que los acuerdos bilaterales que vinculan a España con México -art. 3.2- e Israel -art. 1.3.a)- dejan también fuera de su alcance material las cuestiones relativas a a capacidad, estado civil y familia, a las que va referida la mayor parte de los asuntos de jurisdicción voluntaria, privando a tales convenios de relevancia práctica en este sector. El significado del mencionado Convenio hispano-marroquí, recién publicado, puede resultar aquí limitado, al referirse únicamente a la posibilidad de hacer valer extraterritorialmente "La autoridad de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva" (arts. 22-28) y haberse concluido simultáneamente un convenio bilateral en materia de derecho de custodia y derecho de visita⁹⁴), que junto a la instauración de un mecanismo de cooperación para lograr la devolución inmediata de menores desplazados o retenidos ilegalmente regula el reconocimiento y ejecución de las decisiones en esas materias, iniciando una nueva vía en la política de cooperación judicial internacional seguida hasta la fecha por España, que no conocía convenios bilaterales de tales características.

2. RÉGIMEN DE FUENTE INTERNA

31. En defecto de convenio internacional, el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras se rige, con carácter general, por lo previsto en el régimen de fuente interna, subdividido, a su vez, como se mencionó, entre régimen de reciprocidad y régimen de condiciones. Pese a su

resolución colombiana constitutiva de una adopción plena, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1983 (reproducido en J.D. González Campos, J.C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español (Textos y materiales, vol. I, Derecho judicial internacional)*, 2ª ed., Madrid, 1992, pp. 578-579). En el caso del Convenio bilateral con la Unión Soviética, de la formulación del art. 17 parece que debe desprenderse una respuesta afirmativa sobre el particular.

⁹⁴. Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 150, de 24.06.97, relativo a su aplicación provisional).

prevalencia, es un lugar común en nuestra doctrina señalar la falta de relevancia práctica del régimen de reciprocidad, previsto en los arts. 952 y 953 LEC. La marginación en la práctica del régimen de reciprocidad se compadece con su escasa adecuación a la luz del fundamento del reconocimiento de decisiones y también con su tratamiento por la jurisprudencia como cuestión cuya invocación y prueba corresponde a las partes, pudiendo beneficiar típicamente sólo a quien se opone al reconocimiento, en la medida en que la mayor parte de las condiciones previstas en el régimen común operan -aunque con matizaciones- como requisitos mínimos exigibles en todo caso⁽⁹⁵⁾.

Ahora bien, debe mencionarse la eventual incidencia de la reciprocidad negativa, que podría ser relevante en situaciones específicas en las que el Estado de origen establezca un régimen de reconocimiento de las decisiones de jurisdicción voluntaria más estricto del resultante de nuestro sistema de fuente interna. No obstante, la peculiar naturaleza de la jurisdicción voluntaria, en particular, la función tuitiva esencial en muchos de sus procedimientos, ha servido en el extranjero para rechazar la aplicación de la exigencia de reciprocidad en el reconocimiento respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, pues el componente de retorsión inherente a tal mecanismo resulta particularmente inadecuado en relación con la eficacia extraterritorial de las decisiones correspondientes al ámbito propio de la jurisdicción voluntaria⁽⁹⁶⁾.

32. La determinación del régimen aplicable con carácter general a falta de convenio internacional para decidir acerca de la eficacia en nuestro país de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria plantea especiales

⁹⁵. Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 533-539; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, p. 360.

⁹⁶. En el contexto alemán, donde la cuestión ha suscitado particular interés, *vid.* D. Martiny, *Handbuch...*, *op. cit.*, p. 241. En esta línea, aunque sin referencia expresa a la jurisdicción voluntaria, *vid.* M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, p. 360 ("parece claro que en materias de estado civil de las personas y de relaciones de familia el recurso a la reciprocidad para dificultar el reconocimiento iría en contra de valores constitucionales"). Por su parte, considerando inconstitucional el régimen de reciprocidad de los arts. 952 y 953 LEC, *vid.* M.A. Amores Conradi, "Eficacia...", *loc. cit.*, pp. 275-278.

dificultades ante la ausencia de regulación de conjunto sobre el particular⁽⁹⁷⁾. Las posibilidades retenidas por nuestra doctrina y jurisprudencia van desde la aplicación analógica de lo establecido en el Libro 2º ("De la jurisdicción contenciosa"), Tít. VIII ("De la ejecución de las sentencias"), Secc. 2ª ("De las sentencias dictadas por tribunales extranjeros") LEC, hasta el recurso a los arts. 600 y 601 LEC -relativos a la eficacia en España de los documentos extranjeros- unido, en ocasiones, a la exigencia del respeto de los requisitos de validez contenidos en la ley aplicable al fondo según el D.I.Pr. español⁽⁹⁸⁾. La indeterminación del régimen de reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en el sistema de fuente interna se proyecta tanto sobre los mecanismos a través de los cuales puede obtenerse el reconocimiento, como sobre las condiciones a las que el mismo se subordina, lo que justifica el estudio detallado más adelante de esos dos grupos de problemas.

33. Entre las cuestiones más complejas del reconocimiento de resoluciones extranjeras se encuentra, en los diversos sistemas jurídicos, la determinación de las relaciones entre el sistema autónomo y los diversos regímenes convencionales, así como las dificultades suscitadas por la concurrencia de convenios⁽⁹⁹⁾. Ciertamente, pese a que no se trate de una circunstancia peculiar de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, conviene señalar aquí cómo la delimitación entre regímenes puede resultar compleja. De una parte, si bien es claro que los diversos regímenes convencionales se aplican con preferencia respecto a las normas de fuente interna, la precisión

⁹⁷. A salvo queda lo dispuesto en el art. 9.5 C.c. respecto de las adopciones constituidas en el extranjero, así como las normas específicas sobre control del acceso al Registro de las decisiones extranjeras.

⁹⁸. Vid. A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, op. cit., p. 178 (a favor del recurso a los arts. 600 y 601 LEC); I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", loc. cit., pp. 1.212-1.217 (proponiendo, según los casos, bien el recurso a los arts. 600 y 601 LEC, bien el control de los aludidos requisitos de validez del acto); J.M. Espinar Vicente, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1993, pp. 231-233; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., pp. 584-585 (a favor de la aplicación de los arts. 600 y 601 LEC más el control de la validez según la ley aplicable al fondo); M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", loc. cit., pp. 374-375; y, ofreciendo una visión de conjunto de los diversos planteamientos, A.M. Karl, *Die Anerkennung...*, op. cit., pp. 38-41.

⁹⁹. Cf. F. Matscher, "Anerkennung...", loc. cit., p. 310.

del ámbito material, temporal y espacial en el que opera cada uno de los regímenes convencionales puede suscitar particulares dificultades, como habrá oportunidad de señalar más adelante en supuestos concretos. Además, su limitado alcance material puede conducir incluso a que los distintos pronunciamientos contenidos en una misma resolución se rijan por regímenes distintos.

Por otra parte, cabe plantear si la preeminencia del régimen convencional debe ser compatibilizada con la posibilidad de aplicar la normativa de fuente interna, marginando la convencional, en los concretos supuestos en los que -pese a estar incluidos en el ámbito de aplicación de algún convenio- aquélla resulte más favorable al reconocimiento. Tal posibilidad, de escasa trascendencia práctica, al margen de estar prevista expresamente en algunos de los convenios -arts. 23.2 y 19.2 de los acuerdos con Alemania y Austria-(¹⁰⁰), parece congruente con uno de los objetivos básicos de estos convenios, facilitar la eficacia de decisiones extranjeras, así como el criterio *favor recognitionis*, característico de este sector del ordenamiento destinado a promover la estabilidad de las situaciones jurídicas vinculadas a varios Estados(¹⁰¹). Es posible, sin embargo, dudar si el régimen de reciprocidad resultante de los arts. 952 y 953 LEC puede representar un obstáculo a la eficacia de este planteamiento en nuestro ordenamiento, cuando la aplicación del régimen autónomo más beneficioso no se recoja en el propio convenio. Por otra parte, debe también tomarse en consideración que en determinados convenios el interés por facilitar el reconocimiento se halla subordinado al logro de otros objetivos (piénsese, por ejemplo, en el carácter esencial que la salvaguarda del interés superior del adoptando presenta en el CPNA).

34. Reseñada brevemente la situación normativa en nuestro

¹⁰⁰. Pronunciándose en estos supuestos a favor de la interpretación cumulativa, consistente en aplicar el régimen convencional pero eliminando los requisitos no previstos en el régimen de fuente interna, *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso..., op. cit.*, pp. 562-563.

¹⁰¹. *Vid.*, en esta línea, R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, pp. 113 y 130.

ordenamiento respecto de la eficacia de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria, parece oportuno hacer una somera referencia a la reglamentación de fuente interna en algunos de los países más significativos de nuestro entorno, que sí contienen normas regulando expresamente el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. Tal es la situación, en contraste con la ausencia de regulación sobre el particular, que caracteriza el ordenamiento español, en países como Alemania, Suiza e Italia, si bien las soluciones normativas varían. En Alemania la eficacia de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria aparece regulada expresamente en el § 16 de la Ley de jurisdicción voluntaria (FGG) introducido por la reforma de 1986, que reproduce básicamente la normativa relativa al reconocimiento de decisiones contenciosas -§ 328 ZPO-, de modo que las condiciones exigidas son las mismas, con la sustancial diferencia de no subordinar el reconocimiento tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria a la exigencia de reciprocidad⁽¹⁰²⁾. La misma solución prevalece en Austria, pese a la falta de una norma específica relativa a las decisiones de jurisdicción voluntaria⁽¹⁰³⁾.

En Suiza, el art. 31 de la Ley sobre D.I.Pr. de 18 de diciembre de 1987 prevé la aplicación analógica de las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones contenciosas (arts. 25-29) para determinar la eficacia de los actos de jurisdicción voluntaria, si bien esa misma ley incorpora disposiciones específicas relativas a aspectos concretos del reconocimiento de decisiones en ciertas materias pertenecientes a la jurisdicción voluntaria, como la ausencia y la declaración de fallecimiento (art. 42) y la adopción (art. 84)⁽¹⁰⁴⁾.

La Ley italiana sobre D.I.Pr. de 1995⁽¹⁰⁵⁾ incorpora normas sobre reconocimiento y ejecución, particularmente controvertidas, destinadas a modificar significativamente el régimen anteriormente existente. En concreto,

¹⁰². Sobre el sistema alemán *vid.* R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, *passim*; y J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 93-173.

¹⁰³. Cf. R. Geimer, "Internationalrechtliches...", *loc. cit.*, p. 114.

¹⁰⁴. *Vid.* P. Volken, "Art. 31"..., *loc. cit.*, pp. 317-319; y B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Basilea, 1996, pp. 90-92.

¹⁰⁵. Acerca de las disposiciones relativas a la jurisdicción voluntaria, *vid.* D. Culot, *La volontaria giurisdizione e lo straniero*, Milán, 1995, pp. 33-35.

el contenido de sus arts. 65 y 66 se aleja de la solución tradicional en materia de reconocimiento de decisiones de jurisdicción voluntaria, recogida en el art. 801 del *Codice di procedura civile*, que se limitaba a subordinar la eficacia en Italia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria al cumplimiento de las condiciones previstas para las decisiones contenciosas en los arts. 796 y 797, en cuanto fueran aplicables, suscitando notables dificultades interpretativas⁽¹⁰⁶⁾. Los mencionados arts. 65 y 66 aparecen dedicados al reconocimiento de las decisiones extranjeras sobre capacidad, existencia de relaciones de familia o derechos de la personalidad, el primero, y al reconocimiento de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, el segundo. Por su parte, el art. 67 regula el cumplimiento y ejecución tanto de las sentencias extranjeras como de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. Según el art. 66 las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria serán reconocidas de modo automático (sin procedimiento especial) siempre que se respeten las condiciones del art. 65 (no contrariedad con el orden público y respeto de los derechos esenciales de defensa) en cuanto sean aplicables, cuando han sido adoptadas por las autoridades del Estado cuya ley resulta aplicable según el D.I.Pr. italiano, producen efectos en el ordenamiento de ese Estado pese a haber sido adoptadas por una autoridad de otro Estado o cuando han sido pronunciadas por una autoridad competente según los criterios del ordenamiento italiano. Por su parte, el art. 67 prevé la posibilidad tanto de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria sean objeto de una declaración general de reconocimiento, como de que resulten título para la ejecución forzosa⁽¹⁰⁷⁾.

¹⁰⁶. Para una visión de conjunto, *vid.* M.R. Saulle, "Giurisdizione volontaria (diritto internazionale)", *Enciclopedia del Diritto* (XIX), Milán, 1970, pp. 455-468, pp. 459-464.

¹⁰⁷. Interpretando, en ocasiones de modo crítico y desde planteamientos diversos, estas disposiciones de la nueva Ley de D.I.Pr. italiana (o del proyecto previo), cuya entrada en vigor, como la de todo el Título IV de la Ley fue diferido hasta el 1 de octubre de 1996 (*Decreto-Legge* núm. 214 de 26.4.96), *vid.* P. Picone, "I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del Diritto internazionale privato italiano", *Riv. dir. int.*, 1990, vol. LXXIII, pp. 639-691, pp. 657-666; R. Luzzatto, "Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale", *La riforma del Diritto internazionale privato e processuale*, Milán, 1994, pp. 151-171, pp. 166-168; S. Bariatti, "Articoli 64-68", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1995, vol. XXXI, pp. 1.221-1.253, pp. 1.232-1.252; A. Attardi, "La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere", *Riv. dir. civ.*, año

La situación en el ordenamiento francés, en el que la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria no aparece específicamente regulada, es más próxima a la existente en España. Tradicionalmente el debate se había centrado en torno a la exigencia o no de exequátur respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, habiéndose extendido la opinión de que el exequátur no era preciso para esta categoría de decisiones extranjeras. En la actualidad, sin embargo, predomina la idea de que la exigencia o no de la formalidad del exequátur es independiente del carácter contencioso o de jurisdicción voluntaria de la resolución (si bien en estas últimas, debido a los efectos que les son propios desempeña una función muy limitada). Existe una tendencia consolidada a someter la eficacia en Francia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria al régimen general de reconocimiento común a las decisiones contenciosas⁽¹⁰⁸⁾.

XLI, 1995, pp. 727-786, pp. 776-781; G. Broggin, "La nouvelle loi italienne de droit international privé", *RSDIE*, vol. 6, 1996, pp. 1-41, pp. 36-38; N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Turín, 1996, pp. 161-168; y F. Carpi, "L'efficacia delle sentenze ed atti stranieri", *La riforma del sistema di Diritto internazionale privato e processuale*, Milán, 1996, pp. 145-161, pp. 153-155.

¹⁰⁸. Cf. H. Muir Watt, "Effets...", *loc. cit.*, Fasc. 584-2, p. 8.

CAPITULO SEGUNDO

EFFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE JURISDICCION VOLUNTARIA

I. Perspectivas de estudio: española y comparada

35. El reconocimiento de las resoluciones extranjeras (en España) consiste en principio en la extensión a nuestro país de efectos que la decisión en cuestión genera en el Estado de origen. La eficacia que el correspondiente ordenamiento extranjero atribuye a la decisión condiciona los efectos que puede desplegar en España, por lo que no cabe desconocer el interés aquí, como punto de partida, de un análisis desde la perspectiva comparada de los efectos propios de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. Ahora bien, quedó también señalado cómo el alcance de la extensión de efectos a nuestro país puede resultar condicionada por la eficacia que el ordenamiento español prevé para decisiones equivalentes.

Por lo tanto, pese a la relevancia decisiva en este marco del método comparativo, el análisis de los efectos de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en el sistema español debe constituir el núcleo esencial del tratamiento preliminar de la eficacia de tales decisiones contenido en este capítulo, previo al estudio del régimen y de las consecuencias del reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria. El planteamiento adoptado matiza también las dificultades derivadas de la radical diversidad de la jurisdicción voluntaria en el ámbito comparado.

36. Fundamental trascendencia reviste en un estudio de esta naturaleza, teniendo presente la heterogeneidad propia de los actos de jurisdicción voluntaria, la ordenación de las resoluciones previstas en este ámbito. El criterio de clasificación no puede ser aquí otro que el que resulta

de diferenciar las decisiones en atención a los efectos que las mismas pueden producir, por ser el elemento que condiciona tanto el régimen de reconocimiento como la eficacia que pueden desplegar en nuestro país. De otra parte, habida cuenta de que la consideración de una decisión extranjera como de jurisdicción voluntaria a los fines de su reconocimiento en España depende básicamente de su calificación como tal en nuestro sistema, se explica que la clasificación se formule a partir de los actos que el ordenamiento español considera de jurisdicción voluntaria.

II. ¿Cosa juzgada? y estabilidad de las resoluciones

37. Es preciso, en primer lugar, valorar la posibilidad de que las resoluciones definitivas adoptadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria produzcan el efecto de cosa juzgada formal. Se trata, como es sabido, de un efecto interno relativo al propio procedimiento en el que se pronuncia la resolución, que se produce cuando contra la misma no se prevé ningún recurso o no se interpone en el plazo establecido; es decir, cuando la resolución llega a ser inatacable en el mismo procedimiento⁽¹⁰⁹⁾. Pues bien, con carácter general, la eficacia de la cosa juzgada formal -así entendida- se atribuye a las resoluciones definitivas adoptadas en el ámbito de la jurisdicción voluntaria -es decir, las que resuelven sobre la petición que funda el expediente y las que impiden la continuación del mismo- en términos equivalentes a los que son propios de las sentencias resultantes de procesos contenciosos. En consecuencia, se admite de modo generalizado por la doctrina y jurisprudencia españolas, en la interpretación del art. 1.818 LEC -del que resulta sólo la variabilidad (por el propio juez) de providencias de jurisdicción voluntaria no definitivas-, que las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria pueden devenir firmes, dando lugar a la cosa juzgada formal, en los términos en que acaba de ser caracterizada⁽¹¹⁰⁾.

109. Cf. A. De la Oliva, M.A. Fernández (A. De la Oliva) *Derecho...*, t. II, pp. 176-179; y J. Montero Aroca, M. Ortells Ramos, J.L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo (J. Montero Aroca), *Derecho jurisdiccional II (Proceso civil)*, Barcelona, 1995, pp. 362-365.

¹¹⁰. Cf. R. Gimeno Gamarra, "Ensayo...", *loc. cit.*, p. 69; J. Carreras, "Eficacia...", *loc. cit.*,

La admisibilidad de que las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria ganen firmeza, esto es, pasen a ser inatacables en el propio expediente, cuando no existe recurso contra ellas o no se ejercita en plazo, se halla ampliamente extendida en el plano comparado, siendo común a la mayoría de los ordenamientos⁽¹¹¹⁾; si bien en ocasiones estos presentan matizaciones al respecto, en particular, al prever recursos sin límite temporal frente a algunas resoluciones de jurisdicción voluntaria⁽¹¹²⁾.

38. Mayor incertidumbre ha venido existiendo respecto a la posibilidad de que las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria puedan producir eficacia de cosa juzgada material⁽¹¹³⁾. Paso previo ineludible, para valorar si puede tener lugar en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, es caracterizar aquí la cosa juzgada material. Como es conocido, la cosa juzgada material es un efecto de ciertas resoluciones judiciales firmes consistente en una peculiar fuerza para que su contenido vincule a los órganos judiciales en cualquier otro proceso⁽¹¹⁴⁾. Esa vinculación sobre ulteriores procesos tiene una doble vertiente, negativa -excluyendo una nueva resolución sobre el

pp. 673-674; L. Prieto-Castro y Ferrandiz, *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 186; J.L. Gómez Colomer, "La jurisdicción...", *op. cit.*, p. 768; J. Almagro Nosete, J. Tomé Paule, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 984; y B. González Poveda, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 164.

¹¹¹. A favor de la operatividad aquí de la cosa juzgada formal, *cf.*, v. *gr.*, para Austria, W. Kralik, "Die Wirksamkeit...", *loc. cit.*, pp. 314 y 318; en el contexto polaco, J. Jodlowski, "L'efficacité des décisions dans la procédure gracieuse", *Atti...*, *op. cit.*, pp. 326-343, pp. 330-331; para Alemania, W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 191-195, poniendo también de relieve (p. 198) cómo la modificabilidad de oficio por el juez -establecida en el § 18 FGG- propiamente no atenta contra la invariabilidad intraprocedimental de las resoluciones, pues la modificatoria debe normalmente adoptarse en un nuevo expediente. Por su parte, N. Alcalá-Zamora y Castillo, "Eficacia...", *loc. cit.*, p. 591, entiende que en la inatacabilidad de las resoluciones de jurisdicción voluntaria no cabe apreciar identidad con la cosa juzgada formal, sino simple analogía.

¹¹². *Vid.* en relación con el sistema alemán, W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 192-195.

¹¹³. Al menos en parte de nuestra doctrina; así, *vid.* R. Gimeno Gamarra, "Ensayo...", *loc. cit.*, pp. 69-70 (si bien su opinión es de rechazo a que produzcan tal efecto); y L. Prieto-Castro y Ferrandiz, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 186. Desde la perspectiva comparada, *vid.* J. Jodlowski, "El procedimiento...", *loc. cit.*, pp. 200-201.

¹¹⁴. *Vid.* A. De la Oliva Santos, *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, pp. 23-106.

fondo de idéntico asunto- y positiva -obligando a respetar en todo proceso posterior lo ya decidido que resulte prejudicial o conexo. El fundamento último de la cosa juzgada material es garantizar la seguridad jurídica, haciendo posible que las controversias sean resueltas finalmente, de modo que lo decidido sobre la titularidad y alcance de los derechos subjetivos, sea cual sea el sentido de la decisión, no pueda ser cuestionado ulteriormente⁽¹¹⁵⁾.

Ocurre que la finalidad típica de la jurisdicción voluntaria no coincide con la que es propia de los procesos contenciosos, fundamentalmente porque en aquella no existe una controversia sobre derechos entre partes que deba ser resuelta finalmente para garantizar la seguridad jurídica y el orden social. En esta medida, la función propia de la cosa juzgada material carece de sentido en el ámbito propio (clásico) de la jurisdicción voluntaria, por lo que no se justifica que las resoluciones definitivas adoptadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria den lugar a la peculiar y específica vinculación propia de la cosa juzgada material⁽¹¹⁶⁾.

Eso es así en nuestro ordenamiento, no sólo respecto de ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria (como el depósito de efectos mercantiles u otros que responden a una finalidad constatadora) que por su limitado alcance en ningún caso podrían dar lugar a un efecto como la cosa juzgada material⁽¹¹⁷⁾, sino en general respecto de cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria. En efecto, la existencia de una resolución definitiva pronunciada en un expediente de jurisdicción voluntaria, al margen de que para salvaguardar la finalidad asistencial propia del ámbito típico de la jurisdicción voluntaria pueda resultar modificable en un procedimiento posterior, no impide con carácter general que ulteriormente pueda cuestionarse su contenido en un proceso ordinario, en el que el órgano judicial no se hallaría vinculado -en ningún caso en términos equiparables a

¹¹⁵. Desde la perspectiva comparada, *vid.* Z. Stalev, "The Effects of Judgments as Remedies", *International Perspectives on Civil Justice (Essays in honour of J.I.H. Jacob)*, Londres, 1990, pp. 169-178, pp. 172-175.

¹¹⁶. Cf. Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, p. 280; y W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 206-207.

¹¹⁷. *Vid.* F. Ramos Méndez, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 44; *id.*, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 1292-1293.

la cosa juzgada material- por la resolución anterior de jurisdicción voluntaria. De este modo, tanto en España⁽¹¹⁸⁾ como en la gran mayoría de los ordenamientos extranjeros⁽¹¹⁹⁾, se considera que el efecto de cosa juzgada material es ajeno a la jurisdicción voluntaria.

39. Ahora bien, lo anterior no implica que las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria no vinculen a los órganos judiciales en posteriores actuaciones, sino únicamente que no podrán generar la peculiar y específica vinculación propia de la cosa juzgada material. Como se valorará más adelante, en la medida en que una resolución de jurisdicción voluntaria crea o modifica una situación jurídica, cabe asimilar su eficacia a la constitutiva - independiente de la (no) producción de cosa juzgada material⁽¹²⁰⁾-, que no puede ser ignorada en posteriores actuaciones judiciales. Asimismo, toda resolución judicial, incluso de jurisdicción voluntaria, es susceptible de originar una significativa vinculación como hecho jurídico en ulteriores procesos.

En una línea similar, se ha señalado en nuestra doctrina, aun negando que la cosa juzgada material sea propia de la jurisdicción voluntaria, que las resoluciones de jurisdicción voluntaria pueden producir ciertos efectos de cosa juzgada material respecto a posteriores procedimientos de jurisdicción voluntaria. En particular, en lo relativo a la llamada eficacia vinculante propia

¹¹⁸. En la jurisprudencia del TS, *vid.* en esta línea la sent. TS (Sala 1ª) de 31 de marzo de 1959 (RAJ 1.527) relativa a un supuesto de ausencia, haciendo mención a otra de 5 de diciembre de 1902. En nuestra doctrina, negando que las resoluciones de jurisdicción voluntaria sean susceptibles de producir cosa juzgada material, *vid.*, *v.gr.*, J. Almagro Nosete, J. Tomé Paule, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 972.

¹¹⁹. *Vid.*, poniendo de relieve muy limitadas excepciones en el plano comparado, Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, pp. 280-281; en particular, para Italia, *vid.* C.G. Raggi, *L'efficacia...*, *op. cit.*, pp. 143-144; para Francia, J. Vincent y S. Guinchard, *Procédure...*, *op. cit.*, 21ª ed., p. 141; y, para Alemania, *vid.* W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 203-212, dejando al margen de la solución general ciertos auténticos litigios -ajenos al ámbito típico de la jurisdicción voluntaria- que en el sistema alemán se prevé que se desarrollen a través de actuaciones de jurisdicción voluntaria

¹²⁰. *Vid.* M. Serra Domínguez, "Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria", *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 621-642, pp. 640-642; e *id.* "Artículo 1.252", M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVI, vol. 2º, Madrid, 1981, pp. 627-704, p. 692, n. 259.

de las resoluciones denegatorias de una petición, que lleva a considerar que el juez está obligado a dictar una resolución rechazando la solicitud si conoce que un expediente análogo promovido por el solicitante fue terminado anteriormente por resolución denegatoria o declaración de hacerse contencioso⁽¹²¹⁾. Ahora bien, a falta de regulación sobre el particular y habida cuenta de la inoperatividad con carácter general de la cosa juzgada material en este ámbito, cabe entender que tal resolución denegatoria posterior no resulta propiamente de una vinculación del segundo juez respecto de la resolución anterior propia de la noción de cosa juzgada⁽¹²²⁾, sino que depende de que valore los elementos fácticos y jurídicos condicionantes de la decisión de igual modo que el primero⁽¹²³⁾, al margen de que en la práctica pueda ser influido por el contenido de la resolución previa y por la voluntad de garantizar la coherencia en la aplicación del ordenamiento, al no haber variado las circunstancias desde la primera solicitud.

40. La menor estabilidad de las resoluciones definitivas adoptadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria no resulta sólo de su subordinación a lo que pueda decidirse en un posterior proceso ordinario, sino también de la peculiar modificabilidad de estas resoluciones. El carácter unilateral que suele revestir el procedimiento, así como, muy especialmente, la finalidad asistencial y tutelar de personas necesitadas de particular protección en el ejercicio de sus derechos, que son propios del ámbito típico de la jurisdicción voluntaria, justifican la posibilidad de que resoluciones judiciales definitivas adoptadas en tales materias sean susceptibles de resultar modificadas posteriormente a través de un nuevo expediente, cuando las circunstancias hagan aconsejables tales modificaciones para salvaguardar los intereses (del menor, del ausente...) objeto de protección⁽¹²⁴⁾.

¹²¹. Vid. J. Carreras, "Eficacia...", *loc. cit.*, pp. 675-676; y J.L. Gómez Colomer, "La jurisdicción...", *op. cit.*, p. 768.

¹²². Vid., en el contexto francés, H. Solus y R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, París, 1961, p. 460.

¹²³. Lo que no implicaría manifestación de la cosa juzgada, cf. A. De la Oliva Santos, *Sobre...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

¹²⁴. Vid. R. Gimeno Gamarra, "Ensayo...", *loc. cit.*, p. 70; F. Baur, "Die Wirksamkeit...",

La posibilidad de que resoluciones de jurisdicción voluntaria sean revisadas, así como las consecuencias de la eventual revisión, dependen de lo dispuesto en los diversos ordenamientos jurídicos. Antes de hacer referencia a la situación en el nuestro, cabe señalar ciertos elementos comunes a buena parte de los sistemas jurídicos. La modificación de resoluciones de jurisdicción voluntaria no aparece prevista sólo en situaciones en las que han tenido lugar nuevos hechos que hacen aconsejable una adaptación, lo que resulta imprescindible con respecto a relaciones duraderas en el tiempo (como la tutela o la situación de ausencia declarada). Es posible que la revisión pueda llevarse a cabo incluso sin concurrir nuevos hechos, por el mero transcurso del tiempo, cuando la autoridad correspondiente entiende que es procedente para salvaguardar los intereses objeto de protección. El respeto a los derechos adquiridos por terceros de buena fe con base en tales resoluciones opera normalmente como límite a su modificación.

Por otra parte, es habitual que la modificabilidad de las resoluciones varíe en los diversos ordenamientos en atención a las características de la materia concernida por el acto de jurisdicción voluntaria. Por ejemplo, existen motivos obvios para que la estabilidad de una decisión sobre la custodia de un menor no sea tan intensa como la relativa a la constitución de una adopción (plena). Por último, conviene señalar que es una cuestión ajena a la modificabilidad aquí tratada el que en ocasiones la situación creada por una resolución de jurisdicción voluntaria se extinga por el transcurso del tiempo, como ocurre, por ejemplo, normalmente con la tutela cuando el menor alcanza la mayoría de edad.

41. En el ordenamiento español la revisión o modificación en un nuevo procedimiento de resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria se halla expresamente establecida en materias específicas como la tutela, la curatela y el régimen del defensor judicial, en las que, en particular, se contempla la posibilidad de que sean removidos de sus cargos los tutores, curadores y

loc. cit., pp. 302-304; C. Vocino, "L' efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria (Diritto italiano)", *Atti...*, *op. cit.*, pp. 497-531, pp. 520-525; y Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, pp. 281-282.

defensores judiciales (arts. 247-249, 291 y 301 C.c.). Asimismo, la modificabilidad de las decisiones es también clara tratándose de ciertas medidas adoptadas en el ámbito de las relaciones paterno-filiales y en concreto en el marco de procedimientos matrimoniales (por ejemplo, las medidas sobre custodia de los hijos)⁽¹²⁵⁾. La posibilidad de revisión aparece también prevista de modo expreso en materia de ausencia y declaración de fallecimiento (arts. 196 C.c. y 2.043 LEC).

III. Eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante

42. Es común a la mayoría de las resoluciones definitivas adoptadas en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria producir por sí mismas la creación, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. En esta línea, existe amplio consenso en afirmar, tanto en España⁽¹²⁶⁾ como en el extranjero⁽¹²⁷⁾, que estas resoluciones tienen, como regla general, carácter constitutivo.

En nuestro ordenamiento revisten eficacia constitutiva, entre otras, las siguientes resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria: constitución de la adopción (arts. 1.825-1.832 LEC, 176 C.c. y concordantes), constitución del acogimiento familiar por decisión judicial (arts. 173.3 y 4 C.c. y 1.828 LEC), nombramiento de defensor judicial (art. 163 C.c.), constitución de la tutela y

¹²⁵. Nuestra jurisprudencia, en la interpretación del art. 1.888 LEC relativo a la determinación de la custodia de los hijos, ha entendido que la modificación es posible incluso sino concurren las circunstancias previstas en el texto del art. 1.893 LEC, relativo a la modificabilidad de tales medidas, que sólo contempla la revisión cuando se base en hechos posteriores (*vid.* Sent. Aud. Territorial de Valencia (Sala 1ª) de 24 de septiembre de 1973 - RGD, año XXIX, 1973, p. 854, poniendo de relieve que basta con que concurren circunstancias que siendo anteriores no fueran tomadas en consideración en la decisión previa).

¹²⁶. Cf. J. Guasp, *Derecho procesal civil*, t. II, 3ª ed., Madrid, 1968, p. 952; J.L. Gómez Colomer, "La jurisdicción...", *loc. cit.*, p. 761; y J. Almagro Nosete y J. Tomé Paule, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 973-974. Asimismo, es significativa, por la particular trascendencia atribuida a los actos constitutivos, la clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria de M. Serra Domínguez, "Naturaleza...", *loc. cit.*, Barcelona, 1969, p. 634.

¹²⁷. Cf., desde la perspectiva comparada, N. Alcalá-Zamora y Castillo, "Eficacia...", *loc. cit.*, p. 588; y Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, p. 280. Asimismo, *vid.*, para Alemania, W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 204-205; y para Italia, C. Vocino, "L'efficacia...", *loc. cit.*, p. 503.

curatela (arts. 1.833-1.872 LEC, 215 ss. C.c., disp. adic. Ley 13/1983 y disp. adic. L.O. 1/96), autorizaciones para enajenar bienes de menores e incapacitados (arts. 2.011-2.030 LEC), emancipación por concesión judicial (arts. 320-321 C.c.), habilitaciones para comparecer en juicio (arts. 1.994-2.001 LEC y 157 C.c.), dispensa de impedimentos matrimoniales (art. 48 C.c.), ejercicio del derecho de relación o de comunicación de los hijos menores (arts. 160 y 161 C.c.) ciertas medidas provisionales en relación con las personas, como la determinación de con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a patria potestad de ambos y el modo en que el otro cónyuge puede velar por los hijos y tenerlos en su compañía (entre otros, arts. 103 y 159 C.c. y disp. trans. décima Ley 11/1981 y disp. adic. cuarta Ley 30/1981), atribución de la administración de los bienes comunes a uno sólo de los cónyuges (1.387 y 1.388 C.c.), nombramiento de albacea (966 LEC, 911 C.c.), designación de administrador judicial de la herencia (1.007 LEC), nombramiento de defensor de los bienes del desaparecido (arts. 2.033-2.037 y 2.040 LEC y 181 C.c.), declaración de ausencia (arts. 2.038-2.041 y 2.043 LEC y 182-192 C.c.) y declaración de fallecimiento (arts. 193-197 C.c. y 2.042-2.044 LEC), nombramiento de coadministrador de sociedades colectivas o comanditarias (arts. 132 y 148 C. com. y 2.162-2.165 LEC), nombramiento judicial de auditor de cuentas (art. 206 LSA)...

El carácter constitutivo de las resoluciones se halla también generalizado en los ordenamientos extranjeros respecto de las resoluciones pertenecientes al ámbito clásico de la jurisdicción voluntaria. Tal eficacia quiebra -fuera de ese ámbito- en aquellos ordenamientos que han introducido en la jurisdicción voluntaria auténticos litigios entre partes sobre derechos, pues éstos con frecuencia concluyen con pronunciamientos declarativos o de condena y susceptibles de producir cosa juzgada material¹²⁸). No obstante, es de señalar que, de acuerdo con los criterios antes establecidos, tales resoluciones, a los fines de su reconocimiento en España deben ser calificadas normalmente como decisiones contenciosas y no de jurisdicción voluntaria.

¹²⁸. Tal es la situación, como es ya conocido, en particular en Alemania, *vid.* F. Baur, "Die Wirksamkeit...", *loc. cit.*, pp. 300-301. Asimismo, para Austria, *vid.* W. Kralik, "Die Wirksamkeit...", *loc. cit.*, pp. 318-321.

43. Es importante, sin embargo, dejar sentado que la llamada eficacia constitutiva propia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria no supone la equiparación de tales decisiones con las sentencias constitutivas pronunciadas en procesos contenciosos. En efecto, estas últimas implican la realización de un derecho subjetivo a la creación, modificación o extinción de una concreta situación jurídica; es decir, son resultado del ejercicio de una acción constitutiva. Asimismo, también a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción voluntaria, de las sentencias constitutivas se predica la cosa juzgada material, con su peculiar fuerza vinculante⁽¹²⁹⁾. Pues bien, puede decirse que las resoluciones definitivas adoptadas en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria normalmente producen eficacia constitutiva, en la medida en que por sí mismas, crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas; sin embargo, ni presuponen la existencia de un derecho subjetivo ni producen cosa juzgada material. Normalmente tal eficacia constitutiva, pese a la falta de cosa juzgada material, tiene (cierto) alcance *erga omnes*, en la medida en que mientras la situación establecida en la resolución de jurisdicción voluntaria no sea revisada debe ser respetada por todos, como resultado de su eficacia como hecho jurídico vinculante. Por otra parte, la oponibilidad frente a terceros puede resultar de la inscripción registral de la resolución.

El contenido de la situación jurídica creada o modificada depende de lo dispuesto en la propia resolución y, por lo tanto, de las normas materiales en las que la misma se haya basado. Ahora bien, la eficacia constitutiva deriva directamente de la resolución, siendo el objetivo fundamental del procedimiento. La intervención judicial -decisoria-, dista de ser en estos procedimientos una mera formalidad. En esta medida, no cabe entender que tal eficacia resulta propiamente de las normas materiales que contemplan la decisión judicial como un requisito más para su producción, sin hallarse

¹²⁹. Vid. A. De la Oliva Santos, *Sobre...*, *op. cit.*, pp. 33-34 y 53; y J. Montero Aroca, M. Ortells Ramos, J.L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo (J. Montero Aroca), *Derecho...*, *op. cit.*, p. 370. En esta misma línea, con notable precisión, caracterizando las sentencias constitutivas en el plano comparado, *vid.* Z. Stalev, "The Effects...", *loc. cit.*, p. 178.

limitada territorialmente⁽¹³⁰⁾.

44. La eficacia constitutiva, característica de las resoluciones pronunciadas en el dominio clásico de la jurisdicción voluntaria se encuentra íntimamente vinculada con la posibilidad de que en un proceso ulterior la situación creada resulte vinculante. Se trata ahora no tanto de la modificación de la situación jurídica directamente por la resolución judicial constitutiva, como de la posibilidad de hacer valer ulteriormente -en el marco de una relación jurídica para la que sea de relevancia- la posición o estado configurado en la resolución. Así, es claro que la condición de tutor, defensor judicial, menor emancipado, hijo adoptivo... puede ser determinante, por ejemplo, en el ejercicio o la adquisición de derechos. En sentido similar, la existencia o no de una autorización (obtenida a través de un expediente de jurisdicción voluntaria) para realizar un acto o negocio jurídico puede ser determinante de la validez del mismo: por ejemplo, de la enajenación de un bien de un incapaz sometida a autorización o de la celebración de un matrimonio que precisa de la dispensa de impedimentos.

Con gran frecuencia es en ese tipo de situaciones -por ejemplo, al cuestionarse ante nuestros tribunales la validez de la enajenación por parte de un tutor de bienes inmuebles del menor tutelado (o al pretender la inscripción registral de la enajenación)- cuando se invoca la eficacia de una resolución extranjera de jurisdicción voluntaria⁽¹³¹⁾. En tales supuestos, lo

¹³⁰. Frente lo que ha entendido, aunque con variaciones, un sector de la doctrina relativa al reconocimiento -*vid.* F.A.M. Riad, *La valeur internationale des jugements*, París, 1955, p. 140; A. Ferrer Correia, "La reconnaissance...", *loc. cit.*, p. 106; H. Hoyer, "Die Anerkennung...", *loc. cit.*, pp. 640-641; y, entre nosotros, V. Cortés Domínguez, *Derecho procesal civil internacional (ordenamiento español)*, Madrid, 1981, pp. 114-115, y en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, p. 1.215-, prevalece la consideración del efecto constitutivo como de carácter procesal, es decir, producido directamente por la resolución, rechazando su calificación como material, *vid.* respecto del reconocimiento de decisiones extranjeras, M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 367-368; D. Martiny, *Handbuch...*, *op. cit.*, 187-191; y en el ámbito de la jurisdicción voluntaria R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 91.

¹³¹. J.M. Espinar Vicente, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 232, señala que las resoluciones de jurisdicción voluntaria "(s)implemente se hacen valer cuando hace falta que el actuar de una persona se aprecie desde la óptica de su condición de cónyuge, tutor, padre, heredero...".

determinante parece ser lo que en nuestra doctrina procesalista se ha llamado efecto reflejo propio de una resolución como hecho jurídico, señalando, en el plano interno, que el estado o la condición resultante de la decisión de jurisdicción voluntaria debe ser respetado en todo proceso posterior, mientras no sea revocada, por el simple hecho de que tal resolución de jurisdicción voluntaria efectivamente exista; la situación sólo sería distinta cuando habiéndose tratado de un expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la autenticación de un hecho, éste sea objeto de discusión en el proceso posterior afectando al fondo del litigio⁽¹³²⁾.

45. La noción efecto de hecho es asimismo bien conocida en relación con la eficacia de las resoluciones extranjeras, pero su utilización responde con frecuencia a significados diversos. En España, a partir de la construcción originaria francesa ha tendido a subsumirse el efecto de hecho, entendido como justa causa para realizar ciertas actuaciones en el foro, dentro de la eficacia probatoria de la resolución extranjera⁽¹³³⁾. En tales circunstancias, al igual que cuando se alude a la toma en consideración de la resolución extranjera como un simple hecho o dato condicionante de la aplicación de una norma jurídica, no se plantea la vinculación que puede ejercer lo dispuesto en la resolución, sino tan sólo que se tenga en cuenta el dato de su mera existencia. Así entendido, la asimilación del efecto de hecho a la eficacia probatoria resulta plena de sentido⁽¹³⁴⁾.

¹³². Cf. J. Carreras, "Eficacia...", *loc. cit.*, pp. 682-683 (en el mismo sentido, M. Serra Domínguez, "Naturaleza...", *loc. cit.*, p. 641). Un claro ejemplo de este llamado efecto reflejo como hecho jurídico de una resolución de jurisdicción voluntaria en un proceso posterior, puede apreciarse en relación con la figura del defensor judicial en la Sent. TS (Sala 1ª) de 14 de marzo de 1955 (RAJ 765), donde se afirma, invocando jurisprudencia anterior, que a la intervención del defensor judicial no puede negársele eficacia una vez nombrado, pues mientras no se anule el nombramiento el estado legal a su favor creado no puede caprichosamente ser alterado.

¹³³. Vid. J.D. González Campos, *Curso...*, *op. cit.*, p. 329. La construcción originaria (*vid.* E. Bartin, "Le jugement étranger considéré comme un fait", *Journ. dr. int.*, 1924, t. 51, pp. 857-876) engloba bajo la denominación efecto de hecho supuestos diversos de eficacia de las resoluciones extranjeras -distintos de la fuerza ejecutiva y de la cosa juzgada material- con el propósito declarado de excluirlos del gravoso mecanismo del exequátur.

¹³⁴. Vid. F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, p. 127.

Ahora bien, el término eficacia como hecho jurídico vinculante es aquí empleado con un significado distinto, específico, relativo ante todo a la ulterior proyección sobre actos jurídicos del estado o situación creado por la resolución de jurisdicción voluntaria. En tales circunstancias, parece adecuado diferenciarlo de la eficacia probatoria de la resolución extranjera como documento público. Así, diverso del valor probatorio de una resolución extranjera para acreditar hechos, es determinar, por ejemplo, bien la eficacia que debe asignarse a la resolución foránea que designa a un tutor al valorar en España la validez de una enajenación de bienes del tutelado realizada por ese tutor, bien la eficacia de una dispensa concedida por autoridad extranjera respecto de la celebración de un matrimonio ante autoridad española. Lo relevante no es en tales supuestos la prueba de un hecho recogido en la decisión extranjera, sino la eficacia atribuida en nuestro país -normalmente en el marco de un proceso- a una situación jurídica creada por la decisión extranjera.

De este modo, la noción de efecto como hecho jurídico vinculante aquí utilizada se asemeja -sino es equivalente- a la llamada eficacia sustancial de las resoluciones constitutivas⁽¹³⁵⁾. Por otra parte, cabe considerar comprendido aquí, lo que en la doctrina germana se llama eficacia como presupuesto normativo⁽¹³⁶⁾, si bien entonces la atención recae sobre la posibilidad de que el contenido de la resolución extranjera sea considerado como vinculante con el fin de su inclusión en el supuesto de hecho de una norma jurídica⁽¹³⁷⁾. Cabe plantearse, por ejemplo, si cuando se cuestiona la

¹³⁵. En el sentido en el que lo emplea H. Muir Watt, "Effets...", *loc. cit.*, Fasc. 584-6, pp. 7-18. También cabe encontrar una utilización similar del término eficacia sustancial respecto de las sentencias relativas al estado y capacidad de las personas en A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 167-169, quien sin embargo opta por su inclusión en el ámbito del efecto probatorio de la sentencia extranjera (quizás condicionado por el loable propósito de hacer posible tal eficacia al margen del procedimiento de exequátur).

¹³⁶. El conocido *Tatbestandswirkung* germano (sobre el concepto *vid.* D. Martiny, *Handbuch...*, *op. cit.*, p. 199) ha sido traducido entre nosotros también como efecto de tipicidad (F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, pp. 72-73). La traducción retenida en el texto se contiene en M.A. Amores Conradi, "Eficacia...", *loc. cit.*, p. 304, n. 109.

¹³⁷. El efecto de la decisión como presupuesto normativo se considera un efecto material y no procesal. La diferencia con el efecto constitutivo radicaría en que éste sí es directamente pretendido por la resolución, *cf.* R. Geimer, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 17.

condición de hijo adoptivo a los fines de ser llamado a la sucesión del padre o la madre adoptivos, lo que está en cuestión no es la interpretación de la norma material reguladora de la sucesión y la posibilidad de que la situación creada por la adopción constituida en el extranjero vincule a efectos de cumplimentar el supuesto de hecho de la norma que regula los llamados a la sucesión. En tales situaciones, lo determinante sería si el ordenamiento al que pertenece la norma material cuyo supuesto de hecho va a ser complementado requiere o no el previo reconocimiento de la decisión extranjera⁽¹³⁸⁾. Un ejemplo de tal situación se produciría al invocar un acogimiento constituido en el extranjero como fundamento para la constitución de una adopción en nuestro país con base en el apartado 2 del art. 176 C.c.⁽¹³⁹⁾. En la medida en que es precisa la previa situación de acogimiento, cabe entender que sería necesario que la resolución extranjera desplegara su eficacia constitutiva en España, por lo que el previo reconocimiento sería imprescindible.

V. Fuerza ejecutiva

46. Debido a que la mayor parte de las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria revisten carácter constitutivo, dando lugar directamente por sí mismas a la creación, modificación o extinción de la concreta situación jurídica, no resulta en principio necesaria en las mismas la fuerza ejecutiva. Igualmente, los actos de jurisdicción voluntaria que responden a una función de documentación u homologación tienen un alcance muy restringido, suscitando (en el plano extraterritorial) sólo cuestiones relativas a su valor probatorio (y, en ocasiones, como documentos públicos, su posible relevancia como título para la inscripción, pues su configuración como título ejecutivo no es habitual). En esta línea, es un lugar

¹³⁸. Entendiendo que el reconocimiento procesal previo es necesario siempre que la *lex causae* es el ordenamiento español, *vid.* F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, p. 78. Sobre el particular, *vid.* R. Geimer, *Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 42-44.

¹³⁹. Tal situación puede contemplarse en la sent. Aud. Prov. de Granada, 25 de abril de 1995 (*REDI*, vol. XLVII, 1995(2), pp. 415-416, con nota de M. Moya Escudero, pp. 416-419), en la que se invoca una *kafala* constituida en Marruecos sobre un menor como determinante del acogimiento que fundaría la solicitud de adopción con base en el art. 176.2 C.c.

común en la doctrina española al analizar la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria poner de relieve cómo una de las circunstancias condicionantes de su régimen es que tales resoluciones carecen en todo caso de fuerza ejecutiva⁽¹⁴⁰⁾.

Ahora bien, pese a que su presencia en el dominio clásico de la jurisdicción voluntaria es residual, pues sólo está presente en un número muy reducido de materias, no cabe desconocer que ciertas decisiones de jurisdicción voluntaria pueden revestir fuerza ejecutiva, lo que cobra particular trascendencia habida cuenta de la notable importancia práctica de algunas de esas decisiones en el contexto de las relaciones jurídico-privadas internacionales. La ejecución responde en tales resoluciones de jurisdicción voluntaria, cuya eficacia básica es la constitutiva, a un fundamento distinto del que es propio del proceso de ejecución típico en el ámbito contencioso. En efecto, no se trata en esencia de lograr la transmisión de bienes de una parte (deudor) a la otra (acreedor) ni de satisfacer la reclamación de una parte frente a otra, como es característico del proceso de ejecución⁽¹⁴¹⁾, sino que cuando la ejecución tiene lugar en el dominio clásico de la jurisdicción voluntaria la satisfacción del interés general a través del cumplimiento de lo ordenado en la resolución desempeña un papel muy significativo, habida cuenta de la finalidad protectora de personas y bienes propia de la jurisdicción voluntaria⁽¹⁴²⁾.

47. Ciertamente, es preciso hacer notar cómo en la actualidad se halla generalizada la constatación de que en el ámbito clásico de la jurisdicción

¹⁴⁰. Cf. A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, *op. cit.*, p. 177; J. D. González Campos, *Curso...*, *op. cit.*, p. 347; I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, p. 1.216; J.M. Espinar Vicente, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 232; y J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, p. 584. Este planteamiento parece responder ante todo a la generalización de lo dispuesto en ciertos autos del TS acerca de la eficacia en España de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria de finalidad homologadora, caso del Auto TS (Sala 1ª) de 7 de febrero de 1955, relativo a la protocolización de un testamento ológrafo (que, sin embargo, en sus antecedentes recoge cómo en el informe del Ministerio Público se menciona que otro tipo de actos de jurisdicción voluntaria sí pueden dar lugar a ejecución).

¹⁴¹. A. De la Oliva, M.A. Fernández (M.A. Fernández) *Derecho...*, t. III, p. 21.

¹⁴². Cf. W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 259-260.

voluntaria existen decisiones con eficacia ejecutiva⁽¹⁴³⁾. No es particularmente relevante aquí que puedan ocasionalmente existir expedientes de jurisdicción voluntaria que responden a una función documentadora o de homologación que concluyan con documentos públicos susceptibles de ser título ejecutivo⁽¹⁴⁴⁾ ni que cabe que una resolución de jurisdicción voluntaria contenga pronunciamientos sobre costas⁽¹⁴⁵⁾. Tampoco se trata por el momento de la posibilidad -bien conocida en relación con las sentencias constitutivas- de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria sean susceptibles de los llamados actos de ejecución impropia (en particular, el acceso a registros públicos)⁽¹⁴⁶⁾, ni de que ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria tienen como finalidad conseguir actos de ejecución⁽¹⁴⁷⁾, pues la naturaleza de tales actuaciones ejecutivas condiciona que en la práctica no se suscite su eficacia extraterritorial.

Lo importante aquí es que ciertas resoluciones correspondientes al ámbito típico de la jurisdicción voluntaria pueden incorporar pronunciamientos con fuerza ejecutiva sobre tales asuntos, de modo que cabe proceder a su cumplimiento de modo coactivo. En particular, se trata de ciertas resoluciones que contienen una obligación de restitución, revistiendo peculiar interés en el contexto de las relaciones de tráfico externo, las decisiones en materia de guarda y custodia que ordenan la restitución de menores, típicamente de jurisdicción voluntaria⁽¹⁴⁸⁾ y que cuando proceden

¹⁴³. Cf. W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 259-262; A. Jannuzzi, *Manuale...*, *op. cit.*, pp. 27-28; y, sin ulteriores precisiones, J. Vincent y S. Guinchard, *Procédure...*, *op. cit.* (21ª ed.), p. 141.

¹⁴⁴. *Vid.* en el contexto italiano A. Jannuzzi, *Manuale...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁵. Cf. R. Gimeno Gamarra, "Ensayo...", *loc. cit.*, pp. 71-72.

¹⁴⁶. Acerca de la posibilidad de que las sentencias constitutivas den lugar a los llamados actos de ejecución impropia, *vid.* A. De la Oliva, M.A. Fernández (M.A. Fernández) *Derecho...*, t. III, pp. 27-29; desde la perspectiva de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, *vid.* C. Vocino, "L'efficacia...", *loc. cit.*, p. 507, poniendo de relieve cómo se trata de actuaciones -en particular, la inscripción registral- que tienen a perfeccionar en la esfera extraprocesal la mutación originada por la resolución de carácter constitutivo.

¹⁴⁷. A este grupo pertenecen, en particular, ciertas subastas judiciales (arts. 2.048 ss. LEC) y la enajenación de ciertos efectos mercantiles (arts. 2.161 y 2.181 LEC); así como, con un alcance muy distinto, las medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional incorporadas en los recientes arts. 1.901-1.909 LEC.

¹⁴⁸. Acerca de su ubicación en el dominio clásico de la jurisdicción voluntaria y de la

del extranjero pueden plantear la cuestión de su ejecutabilidad en España⁽¹⁴⁹⁾. Ahora bien, la doctrina española de D.I.Pr., posiblemente condicionada ahora por la importancia de los instrumentos convencionales en la materia, que prevén específicamente la ejecución en el extranjero de estas medidas, ha pasado normalmente por alto el carácter de jurisdicción voluntaria que habitualmente revisten esos procedimientos en nuestro sistema, así como las posibles consecuencias de tal circunstancia sobre su reconocimiento y ejecución en España. En nuestro ordenamiento la posibilidad de adoptar tales medidas a través de expedientes de jurisdicción voluntaria se desprende en particular de lo dispuesto en la primera parte del Título IV del Libro III LEC (esp. art. 1.888 LEC), la disp. transitoria décima de la Ley 11/1981, la disp. adicional cuarta de la Ley 30/81 y la disp. adicional primera de la LO 1/1996, ya mencionadas⁽¹⁵⁰⁾. Otros pronunciamientos propios del ámbito de jurisdicción voluntaria, susceptibles de ser ejecutados, si bien revisten menos trascendencia práctica, son, por ejemplo, los que fijan la retribución del tutor (*vid.* art. 274 C.c. y arts. 1.861-1.863 LEC).

Mención aparte merece, por su peculiar naturaleza y por quedar fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria en nuestro país (y del presente estudio), la fuerza ejecutiva de resoluciones extranjeras a través de las cuales

trascendencia práctica de su ejecución en el extranjero, *vid.* W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, p. 261; A. Jannuzzi, *Manuale...*, *op. cit.*, pp. 27-28; H. Roth, "Zwangsvollstreckung aus ausländischen Entscheidungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit", *IPRax*, 1988, vol. 8, pp. 75-82, p. 75; H. Muir Watt, "Effets...", *loc. cit.*, Fasc. 584-6, p. 26; y M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 16-17.

¹⁴⁹. En la jurisprudencia del TS, declarando la ejecutabilidad de una decisión extranjera relativa a la custodia de un menor, pese a ser modificable, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1987 (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 242-245, con nota de D.P. Fernández Arroyo). Asimismo, distinguiendo entre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras relativas a la custodia de menores, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1991 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 510-511). Igualmente, pese a denegar el exequátur de una resolución chilena ordenando la restitución de un menor, es ilustrativo el Auto TS (Sala 1ª) de 7 de diciembre de 1966 (Año 1966, rollo 525, reproducido en A. Remiro Brotóns, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 421-422).

¹⁵⁰. Acerca de la ejecución de tales resoluciones cuando se adoptan como medidas provisionales en procesos matrimoniales, desde una perspectiva práctica G.M. De Brocá, J.E. Corbal García, A. Majada Planelles, R. García Varela, *Práctica procesal civil, t. IX (Jurisdicción voluntaria)*, 22ª ed., Barcelona, 1996, p. 5.698.

se resuelven verdaderos litigios de naturaleza contenciosa, que en el Estado de origen son consideradas de jurisdicción voluntaria⁽¹⁵¹⁾.

V. Otros efectos

1. TRASCENDENCIA REGISTRAL

48. Las decisiones judiciales extranjeras -no sólo las de jurisdicción voluntaria- pueden adquirir un significado muy especial en nuestro ordenamiento a través de su inscripción registral. Particular importancia presenta esta posibilidad respecto de las resoluciones extranjeras con eficacia constitutiva (arts. 81 y 83 RRC y art. 4 LH en relación con el art. 2.4º LH y 38 RH), tan frecuentes en la jurisdicción voluntaria, pues la inscripción registral garantiza en el ámbito de actuación de nuestros registros la oponibilidad frente a terceros del estado o situación creado directamente por la resolución extranjera. Es claro que no se trata propiamente de la extensión de un efecto que la decisión extranjera produce en el Estado de origen. La posibilidad de la inscripción, los requisitos que deben satisfacerse y las consecuencias de la misma resultan de lo dispuesto en la legislación registral española⁽¹⁵²⁾.

Asimismo, puede ocurrir que la decisión extranjera de jurisdicción voluntaria sea determinante para la observancia de formalidades extranjeras o de la aptitud y capacidad legal necesarias para un acto que pretende inscribirse (arts. 84 RRC y 36 RH). Cabe pensar que tal será el caso, por ejemplo, cuando trate de inscribirse la enajenación de bienes inmuebles situados en España de un menor (extranjero o que no reside en nuestro país), llevada a cabo por el tutor del mismo, que haya sido nombrado (e incluso autorizado judicialmente a tal fin) por un órgano de un Estado extranjero (del que es nacional el menor o en el que tiene su residencia habitual).

¹⁵¹. Tales resoluciones contienen con frecuencia pronunciamientos de condena, asimilables a las adoptadas en procesos contenciosos, por lo que su eficacia ejecutiva se presenta como algo bien conocido, *vid.* para Austria y Alemania respectivamente, Kralik, W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁵². *Vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 516-517; y F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, pp. 128-129.

2. VALOR PROBATORIO

49. Al igual que cualquier documento público extranjero, las resoluciones de jurisdicción voluntaria pueden ser utilizadas como medio de prueba de hechos en un proceso ante los tribunales españoles. Se trata de un aspecto en el que las decisiones de jurisdicción voluntaria no presentan particularidades significativas respecto a otras resoluciones judiciales⁽¹⁵³⁾. El valor probatorio va referido a los hechos acreditados en el documento público en el que consta la resolución, pudiendo incluso demostrar que una determinada situación ha sido constituida en el extranjero, pero sin establecer una vinculación jurídica de la situación creada para los tribunales españoles. Así, acreditar que en un determinado país extranjero una persona tiene la condición de hijo adoptivo de otra no implica que la decisión que constituye esa situación vincule en un ulterior proceso a los tribunales españoles, por ejemplo, al decidir acerca de eventuales derechos sucesorios de ese (según la resolución extranjera) hijo adoptivo. Tal vinculación implica que la resolución extranjera produzca en nuestro país no eficacia probatoria, sino el llamado efecto como hecho jurídico vinculante, íntimamente vinculado con la eficacia constitutiva de la resolución.

VI. Clasificación de las resoluciones según sus efectos

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

50. La ordenación de las diversas resoluciones de jurisdicción voluntaria en atención al carácter de los efectos que las mismas generan⁽¹⁵⁴⁾

¹⁵³. Acerca de la eficacia probatoria de las sentencias extranjeras, *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 517-521; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 368-370.

¹⁵⁴. La clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria resulta dificultada por su complejidad, tendiendo a predominar a fines expositivos la ordenación según la materia concernida (criterio seguido en el propio Libro III LEC). En esta línea, *vid.* L. Prieto-Castro y Ferrandiz, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 187-241; F. Ramos Méndez, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. XXXVIII-

presenta gran relevancia, pues la eficacia que pueden llegar a desplegar en nuestro país decisiones extranjeras de tal naturaleza diverge sustancialmente según la categoría a la que corresponda la resolución, lo que ha de proyectarse necesariamente sobre el régimen determinante de su reconocimiento.

Ciertamente, las condiciones a las que se subordina la eficacia en España de las decisiones judiciales extranjeras varía, con carácter general, según el efecto que se trata de hacer valer en nuestro país: no es lo mismo pretender que despliegue la eficacia de cosa juzgada material, tratar de obtener su ejecutabilidad o utilizar simplemente su fuerza probatoria. Pues bien, sucede que entre la eficacia que producen las resoluciones adoptadas en unos y otros expedientes de jurisdicción voluntaria existen diferencias muy marcadas.

51. Objeto de clasificación aquí son los expedientes de jurisdicción voluntaria judicial previstos en nuestro ordenamiento, con la finalidad de facilitar la valoración de los términos en los que los actos extranjeros equivalentes pueden producir efectos en España.

La peculiar naturaleza de algunos de esos expedientes excluye que puedan plantearse con respecto a los mismos problemas de reconocimiento en sentido propio, es decir relativos a la extensión de sus efectos procesales (procedimentales) a nuestro país, por lo que resultan aquí marginados. Ciertamente, por el limitado alcance de su eficacia cabe incluir en ese grupo ciertos actos que se agotan en sí mismos, como las subastas voluntarias judiciales (arts. 2.048-2.055 LEC, en las que el expediente -actualmente en desuso- concluye con la celebración del contrato), el procedimiento judicial de comunicación de la contabilidad de la sociedad (art. 2.166 LEC), la

XLII; y J.L. Gómez Colomer, "La jurisdicción...", *loc. cit.*, pp. 771-780; asimismo, en el extranjero, *vid.* W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. XI-XIV. Más próximos al criterio ordenador aquí empleado son los que se basan en la función de la intervención judicial, *vid.* M. Serra Domínguez, "Naturaleza...", *loc. cit.*, pp. 634-635; y, en el extranjero, J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure...*, *op. cit.* (24ª ed.), pp. 157-158; y, en particular, las clasificaciones que responden a las características procesales de la decisión judicial, *vid.* J. Almagro Nosete, J. Tomé Paule, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 986-991.

comprobación de las cuentas anuales (arts. 40 y 41 C.com.), la venta de efectos depositados (arts. 2.124 y 2.125 LEC) y otras actuaciones ejecutivas, caso de la enajenación de efectos mercantiles en supuestos urgentes (art. 2.161 LEC) o de las medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (arts. 1.901-1.909 LEC).

En una línea semejante cabe mencionar el depósito de efectos mercantiles (arts. 2.119-2.123 LEC) y la consignación judicial (arts. 1.176-1.181 C.c.), cuya eficacia típicamente es sustantiva, extinguiendo una relación obligatoria, por ser equivalentes al cumplimiento de la prestación debida - eficacia liberatoria a valorar conforme a la ley aplicable a la relación jurídica de que se trate⁽¹⁵⁵⁾. Por su parte, los actos de avenencia, como el deslinde y amojonamiento (arts. 2.061-2.070 LEC) y la conciliación (arts. 460-480 LEC) representan sólo un acuerdo entre las partes, cuya eficacia es la propia de un contrato.

Parece oportuno marginar de la clasificación, centrada en las actuaciones que dan lugar propiamente a una resolución judicial (núm. 22, *supra*), no sólo los expedientes que acaban de ser mencionados, sino también otros que carecen de toda vigencia práctica, como ocurre con los apeos y prorrateos de foros (arts. 2.071-2.108 LEC) o la posesión judicial cuando no proceda el interdicto de adquirir (arts. 2.056-2.060 LEC). En línea con planteamientos conocidos en nuestro ordenamiento y en el panorama comparado al ordenar los actos de jurisdicción voluntaria, se impone distinguir, atendiendo a su efectos, entre los procedimientos que dan lugar a resoluciones con eficacia constitutiva y aquellos expedientes relativos bien a la homologación de negocios bien a la documentación de hechos. Además una vez constatado que ciertas resoluciones de jurisdicción voluntaria poseen eficacia ejecutiva, se impone crear una categoría específica para las mismas, pues son las únicas que en este ámbito plantean su ejecutabilidad en España.

¹⁵⁵. Si bien conforme al art. 10.2 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (BOE núm. 171, de 19.VII.93), es preciso tener en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento en lo relativo "a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que debe tomar el acreedor en caso de cumplimiento defectuoso".

2. CONSTITUCION DE SITUACIONES JURIDICAS, NOMBRAMIENTOS Y AUTORIZACIONES PARA REALIZAR ACTOS

52. Quedó ya señalado (núms. 42-45, *supra*) cómo las resoluciones de jurisdicción voluntaria en su mayor parte tienen eficacia constitutiva, creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica. No se trata de que la intervención judicial se configure como un simple requisito de forma substancial, imprescindible para la validez del acto (cuando se da tal circunstancia lo que se suscita desde el plano del tráfico externo es propiamente una cuestión relativa al llamado estatuto formal, es decir, acerca de las exigencias de forma substancial del acto establecidas en la ley aplicable y no de eficacia extraterritorial de lo dispuesto en una decisión judicial). En los expedientes que dan lugar a las resoluciones constitutivas la intervención judicial no es de simple homologación o verificación de los requisitos legalmente exigidos para la realización del acto, sino de verdadera decisión, comprobando hechos y circunstancias y formulando juicios de valor (el ejemplo típico es la constitución de la adopción). Cabe pensar, por ejemplo, en la necesidad de velar por el interés del menor, al homologar el mutuo acuerdo entre los progenitores acerca del régimen de visitas del hijo.

Las decisiones integradas en este grupo presentan ciertamente carácter constitutivo. Junto a esa eficacia inmediata que da lugar a la formación de una nueva situación jurídica originan (en el plano interno), pese a no producir cosa juzgada material, una vinculación en ulteriores procesos respecto de la situación creada (por ejemplo, la necesidad de que se respete la posición del tutor cuando este actúa sin haber sido revocado su nombramiento). La inscripción registral de la nueva situación garantiza su oponibilidad frente a terceros.

53. Dentro de esta categoría se hallan incluidas las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria en un conjunto significativo de materias ya reseñadas al tratar de la eficacia constitutiva (núm. 42, *supra*): acogimiento

de menores por decisión judicial, adopción, constitución de la tutela, autorización para la enajenación de bienes gananciales o de menores o incapaces, emancipación por decisión judicial, declaración de ausencia y fallecimiento, separación y divorcio por mutuo acuerdo, ciertas medidas provisionales en relación con las personas, régimen de ejercicio de la patria potestad, derecho de relación o de comunicación de los hijos menores... Quedan comprendidos aquí los significativos procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a la adopción de medidas provisionales en el ámbito familiar.

Es importante resaltar que en este grupo se integran las resoluciones relativas a la autorización para celebrar actos y negocios jurídicos (la autorización y la aprobación judicial del reconocimiento de la filiación extramatrimonial -arts. 121, 124 y 125 C.c.-, la autorización de actos de disposición de bienes de menores, incapacitados y ausentes, la autorización por el Juez de ciertos actos del tutor -arts. 271 y 272 C.c.-, la autorización judicial supletoria del consentimiento de un cónyuge en los actos sobre bienes comunes -arts. 1.376 y 1.377 C.c.-...), así como las que llevan a cabo ciertos nombramientos (como defensor judicial, representante del ausente, tutor -su nombramiento es la finalidad principal de la resolución sobre constitución de la tutela-, en materia sucesoria -albacea o administrador judicial de la herencia- o en el ámbito societario -coadministrador de sociedad colectiva o comanditaria-...). Todas estas resoluciones dan lugar también a la creación de una nueva situación, por ejemplo, al determinar quien tiene ciertas facultades de gobierno sobre el patrimonio de una persona o al ampliar la esfera de poder del representante facultándole para realizar ciertos actos.

Por el contrario, la pretendida naturaleza constitutiva de otros procedimientos, en concreto del relativo a la calificación de las averías y la liquidación de la gruesa (arts. 2.131-2.147 LEC y 846-869 C.com.), suscita serías dudas⁽¹⁵⁶⁾. Ciertamente, la intervención judicial en estos supuestos es sólo supletoria, es decir, tiene lugar únicamente si las partes no se ponen de acuerdo acerca de la calificación y liquidación, siendo además habitual que

¹⁵⁶. Cf. B. González Poveda, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 1.772.

las partes se hayan sometido a reglas internacionales con un procedimiento privado de liquidación específico. Tanto si la calificación de las averías y la liquidación de la gruesa se hacen privadamente como si media el procedimiento judicial, el repartimiento (el acuerdo entre las partes o el auto judicial al respecto) tendrá fuerza ejecutiva, que debe realizarse sobre los efectos salvados (lo que se vincula con la escasa relevancia de su eventual eficacia extraterritorial) (arts. 865-867 C.com.).

3. AUTENTICACION DE NEGOCIOS Y ACTOS DE DOCUMENTACION

54. Entre los procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a la autenticación y homologación de negocios -es decir, destinados a comprobar la existencia, autenticidad y contenido de ciertos actos o hechos o incluso la existencia del derecho del que tales hechos son el presupuesto- ocupan un lugar destacado los relativos a la apertura del testamento cerrado (arts. 1.956-1.968 LEC), la protocolización del testamento ológrafo (689-693 C.c.), el modo de elevar a escritura pública el testamento hecho de palabra (arts. 1.943-1.954 LEC), la protocolización de memorias testamentarias (arts. 1.969-1.979 LEC) y la declaración de herederos abintestato (arts. 977-1.000 LEC, si bien en la actualidad la declaración está atribuida normalmente a la actividad notarial)⁽¹⁵⁷⁾.

Menos homogéneos son los actos de documentación integrados en la jurisdicción voluntaria según la LEC, cuya finalidad esencial es dejar constancia documental de ciertos actos o hechos. Entre estos últimos figuran las informaciones para perpetua memoria (arts. 2.002-2.010, actualmente en desuso, pues en su lugar se emplen las actas notariales de notoriedad) y la mayor parte de los procedimientos en el ámbito mercantil⁽¹⁵⁸⁾; como la protesta de averías (arts. 2.173-2.174 LEC, limitándose el Juez -o el Cónsul- a

¹⁵⁷. Acerca de estos procedimientos de jurisdicción voluntaria, insistiendo en su carácter homologador, *vid.* B. González Poveda, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 1.075-1.156.

¹⁵⁸. *Cf.* F. Ramos Mendez, *La jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 45. Debe tenerse presente que el art. 2.109 LEC alude únicamente a "(l)as actuaciones para que consten los hechos que interesen a los que promuevan informaciones sobre los mismos en negocios de comercio...".

recoger la manifestación del Capitán y las declaraciones de pasajeros y tripulantes acerca de las causas de la avería) y el reconocimiento de efectos mercantiles (art. 2.127 LEC, que permite hacer constar el estado, calidad o cantidad de ciertos bienes).

Lo cierto es que este tipo de actuaciones, desde la perspectiva de su eficacia extraterritorial sólo pueden plantear propiamente cuestiones relativas a su valor probatorio y, en ciertos supuestos, a su trascendencia registral, pues al igual que otros documentos públicos (extranjeros) aquel en el que consta un acto de jurisdicción voluntaria -incluso sin eficacia constitutiva- puede ser título para practicar la inscripción, como ocurre con la declaración de herederos abintestato (art. 14 LH).

4. RESOLUCIONES CON EFICACIA EJECUTIVA

55. Si bien son escasas, existen resoluciones de jurisdicción voluntaria susceptibles de ejecución. No se alude ahora a los ya mencionados expedientes que ordenan actos de ejecución, que, por su naturaleza, no están previstos para ser realizados extraterritorialmente, sino a aquellos procedimientos que dan lugar a resoluciones con eficacia ejecutiva (núms. 46 y 47, *supra*). Son éstos los únicos que suscitan la posibilidad de que decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria sean ejecutadas en España (si bien existen excepcionalmente otros actos de jurisdicción voluntaria, que sin ser propiamente resoluciones judiciales, constan en documentos públicos que pueden constituir título ejecutivo), lo que demanda abordar los requisitos específicos de los que se hace depender que este tipo de resoluciones extranjeras lleguen a ser fundamento de tan peculiar eficacia en nuestro país.

En particular, ciertas decisiones de jurisdicción voluntaria, pese a tener en principio eficacia constitutiva, ordenan ciertas actuaciones. Desde la perspectiva del tráfico externo, reviste especial importancia, como se señaló, las resoluciones sobre custodia de un menor que ordenan la restitución del mismo, no sólo por su trascendencia práctica, sino también por la relevancia y especificidad de los intereses en presencia, distintos de los que suelen ser

Pedro A. De Miguel Asensio
Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, Madrid, Eurolex, 1997
ISBN: 84-89176-29-9. Páginas: 296

propios de la ejecución de decisiones extranjeras (normalmente destinadas a lograr una remuneración económica).

CAPITULO TERCERO

RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE JURISDICCION VOLUNTARIA (I): ASPECTOS GENERALES

I. Reconocimiento procesal y reconocimiento conflictual

56. Cuando se alude al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras -es habitual que pensando en sentencias de procesos contenciosos- se hace referencia básicamente a la posibilidad de que tales decisiones desplieguen en el país requerido todos o alguno de los efectos procesales que ocasionan en el Estado de origen. Es decir, típicamente el reconocimiento de decisiones judiciales contempla la extensión de efectos procesales, que se decide aplicando las condiciones establecidas en las normas procesales del país requerido. En esta medida, el término reconocimiento -como ha sido aquí empleado con anterioridad- equivale al llamado reconocimiento procesal⁽¹⁵⁹⁾.

Así, la posibilidad de que una resolución judicial extranjera dé lugar en España a la eficacia de cosa juzgada material o a la eficacia constitutiva se subordina al cumplimiento de las condiciones previstas en la normativa procesal (básicamente en el sistema de fuente interna en el art. 954 LEC). Se puso ya de relieve que el efecto procesal característico de las resoluciones de jurisdicción voluntaria es el constitutivo, pese a que su consideración como efecto procesal ha sido en ocasiones cuestionada, favoreciendo su calificación como efecto material⁽¹⁶⁰⁾.

De otro lado, los requisitos de los que se hace depender el acceso al registro de las decisiones judiciales extranjeras son los fijados en la normativa

159. Quizás en el ámbito de la jurisdicción voluntaria fuera más apropiado hablar de reconocimiento procedimental, *vid.* H. Hoyer, "Die Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 634.

160. La calificación material de la eficacia constitutiva llevaría en último extremo a negar que todas las resoluciones constitutivas, también las adoptadas en procesos contenciosos, plantean cuestiones de reconocimiento en sentido propio. Defendiendo tal planteamiento, *vid.* V. Cortés Domínguez, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 114-116.

registral, por lo que será ésta la que determine si es o no preciso el respeto de las condiciones fijadas para el reconocimiento (procesal). Por último, la posibilidad de que la resolución extranjera ejecutoria alcance fuerza ejecutiva (algo negado tradicionalmente por nuestra doctrina respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria) requiere normalmente un procedimiento especial -más gravoso-, debido a la particular trascendencia de este efecto. Ahora bien, en nuestro país el exequátur es la vía común para obtener, no sólo la declaración de ejecutabilidad, sino también el reconocimiento de las resoluciones extranjeras, lo que ha dificultado la diferenciación entre reconocimiento y ejecución, al mismo tiempo que ha forzado a buscar vías que permitieran eludir el procedimiento de exequátur cuando no se trate de ejecutar una resolución judicial extranjera en nuestro país, sino de lograr otro efecto.

57. La expresión reconocimiento conflictual, como opuesta al reconocimiento procesal, hace referencia al empleo de las normas de Derecho aplicable -en lugar de normas de Derecho procesal internacional- como mecanismo de reconocimiento de decisiones⁽¹⁶¹⁾. Según el llamado reconocimiento conflictual -también conocido como teoría de la *lex causae*-, el reconocimiento de la resolución extranjera se hace depender de que la misma haya sido adoptada por una autoridad del país cuya ley resulta aplicable al asunto de que se trate, según las normas de D.I.Pr. del Estado requerido, o de que la decisión haya sido reconocida o sea susceptible de serlo en el país de la *lex causae*. Es decir, el llamado reconocimiento conflictual supone emplear las normas de Derecho aplicable como normas de reconocimiento: lo determinante es que la resolución sea eficaz en el ordenamiento al que se remite la norma de conflicto, en esa medida es asimilable al recurso al ordenamiento jurídico competente⁽¹⁶²⁾.

Semejante planteamiento se ha justificado en relación con las

¹⁶¹. Vid. D. Martiny, *Handbuch...*, op. cit., pp. 129-135.

¹⁶². En la conocida construcción de P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, 1986, esp. pp. 85-109 y 139-225. Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., p. 582.

decisiones sobre estado civil, entendiendo que el mismo viene determinado por la ley nacional (*lex causae*), que es la única que decidiría sobre el significado de una resolución modificativa del estado civil. Se trata de una postura que ha gozado de particular predicamento respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria⁽¹⁶³⁾, habiendo ejercido cierta influencia en la elaboración de los arts. 65 y 66 de la Ley italiana de D.I.Pr. de 1995⁽¹⁶⁴⁾.

En el concreto ámbito de la jurisdicción voluntaria, la particular importancia asignada a las normas sobre determinación del Derecho aplicable se ha justificado por el carácter accesorio que la resolución de jurisdicción voluntaria presentaría respecto a la relación jurídico privada sobre la que se proyecta, a diferencia de lo que es considerado propio del ámbito contencioso, donde las sentencias, resultado del ejercicio de la función jurisdiccional, gozarían de autonomía conceptual respecto a la relación jurídico-privada subyacente⁽¹⁶⁵⁾. Desde una perspectiva distinta, también se ha pretendido fundar una particular relación entre la resolución de jurisdicción voluntaria y las normas materiales que permiten la constitución del negocio con base en que la intervención del órgano que adopta una

¹⁶³. Así, aunque sin considerarlo propiamente como una cuestión de reconocimiento, *vid.* A. Ferrer Correia, "La reconnaissance...", *loc. cit.*, p. 129-130 (pese a rechazar el reconocimiento conflictual respecto a las sentencias constitutivas pronunciadas en procesos contenciosos, *ibid.*, pp. 124-128); I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, p. 1.215, e *id.*, Nota al Auto TS (Sala 1ª) de 18 de septiembre de 1986 (*REDI*, vol. XXXIX, 1987(1), pp. 204-206, p. 205, quien entiende que tal planteamiento encuentra reflejo en el mencionado Auto). Aunque no siempre con posturas coincidentes, este planteamiento ha gozado de particular relieve doctrinal, además de en Italia, en Alemania, donde, sin embargo, en la actualidad la posición contraria se haya consolidada (*vid.* R. Geimer, *Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 37-42; a favor del reconocimiento conflictual de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, en esos enfoques ya superados, *vid.* F. Swoboda, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 81-85; H. Dölle, "Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *RabelsZ*, 1962, vol. 27, pp. 201-244, pp. 236-237; y J.M. Enßlin, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, esp. pp. 34-36).

¹⁶⁴. *Vid.* S. Bariatti, "Articoli...", *loc. cit.*, *passim*, con abundantes referencias sobre el apoyo doctrinal y jurisprudencial a este planteamiento en Italia (esp. p. 1.232-1.233, n. 1) y criticando el contenido del nuevo texto legislativo.

¹⁶⁵. *Cf.* L. Fumagalli, "Sull'efficacia dei provvedimenti stranieri non delibati", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XX, 1984, pp. 269-282, pp. 274-275, y poniendo de relieve que tan radical distinción debe ser matizada, pp. 276-277.

resolución de jurisdicción voluntaria lo que hace propiamente es completar la labor del legislador¹⁶⁶). Tal modo de ver las cosas no se compadece con la circunstancia de que en las resoluciones con eficacia constitutiva propias del ámbito típico de la jurisdicción voluntaria, la intervención judicial dista de ser una simple exigencia formal o que responda una finalidad constatadora; en tales supuestos (adopción, acogimiento de menor, tutela, declaración de fallecimiento...) la intervención judicial, valorando el fondo del asunto, es decisoria de la creación, modificación o extinción de una situación jurídica.

58. Estrechamente conectado con el aludido reconocimiento conflictual se halla la posibilidad de que el alcance asignado a la resolución judicial extranjera sea determinante del resultado al que conduzca la norma material aplicable. Por ejemplo, cabe pensar que esa sería la situación cuando se invoca ante un tribunal español la condición de hijo adoptivo creada por una decisión extranjera con el propósito de beneficiarse de derechos que atribuye al titular de esa condición la normativa foránea reguladora de la sucesión de un extranjero tramitada en España. En ese tipo de supuestos, cabe plantear si la eficacia de la resolución debe subordinarse a lo previsto al respecto (en concreto, si es o no preciso el previo reconocimiento procesal) en el ordenamiento aplicable a la concreta relación, pues de lo que se trata es de valorar el significado de la resolución extranjera para la aplicación de una norma material de ese ordenamiento. La oportunidad del recurso a esta técnica se ha puesto de relieve en relación con el llamado efecto de la resolución extranjera como supuesto normativo: la decisión acerca de cuándo la resolución extranjera es susceptible de ser subsumida en el supuesto de hecho de una de sus normas correspondería a la *lex causae*¹⁶⁷).

59. El llamado reconocimiento conflictual debe ser diferenciado del control de la ley aplicable como condición del reconocimiento (control

¹⁶⁶. Cf. J.M. Espinar Vicente, *Derecho...*, op. cit., pp. 213-214 y, acerca de sus consecuencias sobre el reconocimiento de tales resoluciones, pp. 231-233.

¹⁶⁷. Vid. D. Martiny, *Handbuch...*, op. cit., p. 199. Asimismo, F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, op. cit., pp. 72-73.

conflictual o relatividad conflictual del reconocimiento). Ciertamente, entre los requisitos a los que se puede subordinar el reconocimiento (procesal) de resoluciones extranjeras figura el consistente en controlar que la ley aplicada en la resolución haya sido la que hubiera resultado competente de haberse suscitado el litigio ante los tribunales del Estado requerido. Esta circunstancia, contemplada -aunque con un alcance muy limitado- en algunos de los convenios ratificados por España, es algo muy distinto del llamado reconocimiento conflictual, que hace depender el reconocimiento de que la resolución sea eficaz en el país cuyo ordenamiento designa aplicable a esa materia el D.I.Pr. del Estado receptor⁽¹⁶⁸⁾.

II. Mecanismos de reconocimiento

1. RECONOCIMIENTO AUTOMATICO Y ALCANCE DEL EXEQUATUR

A. Solución generalizada en la doctrina

60. La peculiar eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria ha condicionado la determinación del mecanismo a seguir para obtener su reconocimiento en nuestro país. En particular, la cuestión tradicionalmente debatida -si bien, en el ámbito doctrinal, parece existir ahora amplio consenso al respecto- ha sido la relativa al significado del procedimiento de exequátur en esta materia. La ausencia de regulación propia acerca de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, unida a la circunstancia de que los arts. 951 ss. LEC se encuentren en el Libro II ("De la jurisdicción contenciosa"), suscita peculiares dificultades interpretativas. Pese a la

¹⁶⁸. Vid. B. Ancel, "Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, vol. XXVIII, pp. 201-220, p. 204, poniendo de relieve las diferentes funciones con las que son empleadas las normas sobre Derecho aplicable en uno (como ejemplo de control conflictual del reconocimiento procesal alude a lo previsto en el art. 27.4 CB) y otro caso (como paradigma de reconocimiento conflictual menciona el art. 67 del proyecto previo a la Ley italiana de D.I.Pr. de 1995, que coincide sustancialmente con el art. 65 de la versión final).

prevalencia de los regímenes convencionales, se inicia aquí la exposición analizando la situación en el régimen de fuente interna, por ser básico en el conjunto del sistema y dar pie a las cuestiones más controvertidas y de mayor alcance.

61. Las propuestas parecen haberse limitado a una alternativa: la aplicación analógica de los arts. 951 ss. LEC a los actos de jurisdicción voluntaria o el recurso a los arts. 600 y 601 LEC acompañado, en ocasiones, del control de la validez del acto conforme a la ley aplicable al mismo según nuestro D.I.Pr. La primera posibilidad implicaría la necesidad de acudir al procedimiento de exequátur siempre que se trate de obtener la eficacia en España de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria. La segunda posibilidad conduce a negar, en todo caso, tanto el acceso de las resoluciones de jurisdicción voluntaria al procedimiento de exequátur, como el recurso a las condiciones previstas en el mismo para decidir acerca del reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras⁽¹⁶⁹⁾.

Así entendidos, en tales planteamientos dos cuestiones de orden distinto parecen haber sido inevitablemente unidas. Una es el mecanismo para obtener el reconocimiento y otra el régimen de condiciones al que el mismo debe subordinarse. Tal unión plantea dudas, en la medida en que, como es bien sabido, exequátur y reconocimiento distan de ser sinónimos, de modo que la exclusión del exequátur no implica necesariamente la marginación de las condiciones de reconocimiento de las decisiones extranjeras -en principio previstas en el art. 954 LEC- a la hora de decidir acerca de su eficacia en España. De momento, sin embargo, interesa sólo la primera de las cuestiones reseñadas, la relativa al mecanismo de reconocimiento, en particular en qué medida es necesario -o se encuentra a disposición de los interesados- el procedimiento de exequátur, como mecanismo especial para obtener el reconocimiento de resoluciones

¹⁶⁹. Dando cuenta de la alternativa, *vid.* A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 175-178; J.D. González Campos, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 346-348; I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, pp. 1.205-1.212; y J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, p. 584-585..

extranjeras de jurisdicción voluntaria

62. La postura ampliamente extendida en la doctrina española actual consiste en rechazar la necesidad de acudir al procedimiento de exequátur cuando la resolución judicial extranjera sea de jurisdicción voluntaria⁽¹⁷⁰⁾. La posibilidad de que resoluciones de jurisdicción voluntaria desplieguen su eficacia constitutiva al margen del exequátur se ha puesto también de relieve en sectores específicos de la jurisdicción voluntaria, como las declaraciones de ausencia o fallecimiento⁽¹⁷¹⁾, la adopción⁽¹⁷²⁾ y la tutela⁽¹⁷³⁾. Ahora bien, normalmente no sólo se afirma la eficacia de las decisiones de jurisdicción voluntaria al margen del exequátur, sino que tiende a concluirse que el procedimiento de exequátur está reservado en exclusiva para las resoluciones adoptadas en procesos contenciosos. Las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria quedarían en todo caso fuera del ámbito del exequátur. Este planteamiento, apoyado en la generalización de ciertos pronunciamientos jurisprudenciales, se basa en la ausencia de la eficacia de cosa juzgada (material) y de fuerza ejecutiva que es propia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria

63. Ciertamente, el TS ha negado la posibilidad de acudir al procedimiento de exequátur respecto de ciertos actos de jurisdicción

¹⁷⁰. Además de las referencias contenidas en la nota anterior, *vid.* J.C. Fernández Rozas, "Nota (Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras)", *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 498-503, pp. 499-501; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, p. 374.

¹⁷¹. *Vid.* J.D. González Campos, en M. Aguilar Navarro (dir.), *Derecho civil internacional*, Madrid, 1975, pp. 145-146; E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 4ª ed. rev., Madrid, 1993, pp. 23 y 41; J.C. Fernández Rozas, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 68-69; y P.A. De Miguel Asensio, "La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLVII, 1995(2), pp. 41-70, pp. 67-68.

¹⁷². *Vid.* P. Rodríguez Mateos, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, pp. 165-168; J.D. González Campos, en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 372; y A. Rodríguez Benot, "La filiación y los alimentos", M. Aguilar Benítez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, 1996, pp. 172-206, p. 189.

¹⁷³. M. Aguilar Benítez de Lugo, "La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado", *BIMJ*, 1996, núm. 1.776, pp. 7-30, pp. 29-30.

voluntaria de naturaleza meramente de homologación o documentadora, como la protocolización de un testamento ológrafo⁽¹⁷⁴⁾ o declaraciones de herederos sin oposición⁽¹⁷⁵⁾, si bien la jurisprudencia ha sido un tanto errática pues ha llegado a conceder el exequátur a una información para perpetua memoria⁽¹⁷⁶⁾. En cualquier caso, pese a las vacilaciones jurisprudenciales, hay que considerar fuera de toda duda que tratándose de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria que responden a una finalidad autenticadora o documentadora, el procedimiento de exequátur debe quedar siempre excluido. Debe ser así porque tales actos únicamente son susceptibles de ser relevantes en nuestro país en cuanto a su valor probatorio (y, en ciertos supuestos, en lo relativo a su trascendencia registral). El mecanismo para que los documentos públicos extranjeros desplieguen valor probatorio en España no es, desde luego el exequátur, que carece en tales circunstancias de toda justificación⁽¹⁷⁷⁾, sino lo previsto en los arts. 600 y 601 LEC.

A partir de estos pronunciamientos jurisprudenciales y habiendo señalado que tanto la fuerza ejecutiva como el efecto de cosa juzgada material son ajenos a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, la doctrina ha tendido a afirmar la exclusión del ámbito del exequátur de todas las resoluciones de jurisdicción voluntaria. Tal resultado sería lógica derivación de que el procedimiento de exequátur sólo encuentra justificación cuando se pretende bien el reconocimiento de la cosa juzgada material, bien la declaración de ejecutabilidad.

64. Consecuencia de la admisión de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria sin necesidad de exequátur es la proclamación del llamado reconocimiento automático respecto de tales resoluciones. Es decir, su reconocimiento en España puede tener lugar al

¹⁷⁴. Vid. Auto TS (Sala 1ª) de 7 de febrero de 1955.

¹⁷⁵. Vid. Auto TS (Sala 1ª) de 9 de octubre de 1926 (Año 1926, rollo 521, reproducido en A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, op. cit., pp. 325-326); y Auto TS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1985 (RGD, 1985, año XLI, p. 2.216).

¹⁷⁶. Vid. Auto TS (Sala 1ª) de 11 de junio de 1934 (Año 1933, rollo 224, reproducido en A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, op. cit., pp. 353-356).

¹⁷⁷. Como pusiera ya de relieve A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, op. cit., pp. 177-178.

margen de todo procedimiento especial, con carácter provisional mediante el control de la autoridad ante la que se pretenda⁽¹⁷⁸⁾, a diferencia de lo que es propio del reconocimiento de decisiones de procesos contenciosos en el régimen común⁽¹⁷⁹⁾. Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto, entre otros, en los arts. 81 y 83 RRC y 4 LH, al no ser preciso el exequátur para que las resoluciones judiciales de jurisdicción voluntaria sean eficaces en España es posible la inscripción registral al margen del exequátur, mediante el control por parte del encargado del Registro de las condiciones a las que se subordina la eficacia⁽¹⁸⁰⁾, como muestra con especial claridad la práctica registral sobre inscripción de adopciones constituidas en el extranjero⁽¹⁸¹⁾.

La operatividad aquí del reconocimiento automático e incidental resulta plena de sentido y muy apropiada, al considerar que la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo se suscita normalmente en relación con el llamado efecto como hecho jurídico vinculante. Esto es, cuando la situación creada en la resolución -como la condición de tutor, administrador de los bienes del ausente, hijo adoptivo...- se trata de hacer valer en el marco de una relación posterior. Así, el exequátur

¹⁷⁸. Caracterizando el reconocimiento automático e incidental, en nuestro sistema, *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 540-542. Asimismo, *vid.* M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 395-398.

¹⁷⁹. La exigencia en todo caso de un procedimiento especial para lograr el reconocimiento de una decisión judicial (contenciosa) extranjera dista de ser una solución óptima en el momento presente, por lo que debería ser revisada. Pese a sus múltiples deficiencias, el Borrador de anteproyecto de ley para la cooperación jurídica internacional en materia civil, de 9 de diciembre de 1996, parece establecer el reconocimiento automático como criterio general; el mencionado Borrador trata también de superar otra de las deficiencias de nuestro sistema de reconocimiento y ejecución de fuente interna, al revisar la atribución al TS de competencia en la materia.

¹⁸⁰. *Vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, 1995, p. 181. Acerca del acceso al Registro de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, *vid.* núms. 155-159, *infra*.

¹⁸¹. *Cf.* J.C. Fernández Rozas, "Nota...", *loc. cit.*, pp. 500-501. En esa línea, en la doctrina actual de la DGRN sobre inscripción de adopción constituida en el extranjero tiende a estar ausente toda referencia al exequátur. Así se refleja, por ejemplo, en las recientes Resoluciones DGRN de 29 de febrero de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.775, pp. 2.503-2.506), 1 de abril de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.776, pp. 2.745-2.747), 22 de abril de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.777, pp. 2.938-2.941), 12 de julio de 1996 (*BIMJ*, 1997, núms. 1.788-89, pp. 113-116) y 16 de septiembre de 1996 (*BIMJ*, 1997, núm. 1.792, pp. 625-627), pese a denegar la inscripción solicitada.

no es preciso, siendo suficiente el reconocimiento automático e incidental, por ejemplo, cuando se invoca, con base en una resolución extranjera, la condición de hijo adoptivo del causante español en un proceso sucesorio ante los tribunales españoles, o cuando el tutor de un menor o el representante de un ausente, designado como tal por una autoridad extranjera, pretende ejercer sus funciones actuando en nuestro país la condición que la decisión le atribuye⁽¹⁸²⁾. Semejante ejercicio de la condición creada en la resolución extranjera -aunque sirva, por ejemplo, de fundamento a los poderes de una persona para realizar actos de disposición (del patrimonio del tutelado o del ausente)- no supone la ejecución en España de una decisión extranjera⁽¹⁸³⁾, sino que, en la medida en que la resolución despliegue en nuestro país eficacia como hecho jurídico vinculante, resulta simplemente del respeto a la condición establecida en la decisión⁽¹⁸⁴⁾. En tales circunstancias, teniendo presente que la eficacia buscada no supone el reconocimiento de la cosa juzgada material -que las resoluciones de jurisdicción voluntaria nunca producen- ni la fuerza ejecutiva, la marginación del gravoso procedimiento de exequátur es absolutamente razonable, habida cuenta, además, de que sólo se pretende hacer valer la eficacia de la decisión extranjera en el contexto de

¹⁸². A título ilustrativo, *vid.*, v. gr., la Sent. TS (Sala 1ª) de 21 de junio de 1991 (RAJ 4.570) en la que se contempla la actuación ante nuestros tribunales de una persona en concepto de tutora testamentaria nombrada por los tribunales de los Países Bajos, si bien no cabe encontrar ninguna referencia al reconocimiento de la decisión extranjera en la que se funda esa posición.

¹⁸³. En esta línea, pese a no ser una decisión ejemplar y contener afirmaciones discutibles, *vid.*, en relación con la actuación en España del representante de una sociedad en liquidación designado por una decisión alemana, la Sent. de la Aud. Provincial de Barcelona (Secc. 13ª) de 12 de abril de 1994 (Fdto. de Dcho. 4º) (RGD, año LI, 1994, pp. 11.447-11.450, p. 11.449).

¹⁸⁴. *Cf.*, en relación con la condición de administrador del patrimonio del ausente, P.A. De Miguel Asensio, "La ausencia...", *loc. cit.*, pp. 66-67. Una interpretación parcialmente distinta se ha impuesto en Francia, donde se exige que el exequátur sea solicitado cada vez que la decisión extranjera dé lugar a actos de ejecución material sobre bienes o de coerción sobre personas, entendiendo que quedan englobadas como tales las situaciones, por ejemplo, en que simplemente se hace valer frente a otros herederos la condición de hijo adoptivo en un proceso sucesorio (*cf.* P. Bourel, "Adoption (Conflits de juridictions, Convention de la Haye du 29 mai 1993)", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 548-4, 1995, p. 4) o cuando se pretende hacer valer la situación de *envoi en possession* propias de las declaraciones de ausencia (*cf.* J.M. Jacquet, "Absence", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 543-B, 1984, p. 12).

una relación jurídica (típicamente de un proceso desarrollado en España).

Es importante, sin embargo, hacer notar que la admisibilidad al margen del exequátur de la eficacia como hecho jurídico vinculante de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo no supone negar que nos hallemos en estos casos propiamente antes supuestos de reconocimiento. Aquí no está en juego el valor probatorio de un acto extranjero, sino la vinculación de nuestros tribunales respecto a una resolución constitutiva extranjera. Es decir, nos hallamos propiamente ante una cuestión de reconocimiento, si bien este puede tener lugar de modo automático.

B. Revisión del planteamiento tradicional

65. La exclusión de los actos de jurisdicción voluntaria de naturaleza meramente autenticadora o constatatadora del ámbito del exequátur, así como la configuración del reconocimiento automático como criterio general respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo deben ser sólidamente afirmados. Ahora bien, la negación con carácter general de que las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria puedan ser objeto de exequátur plantea significativas dudas.

66. En primer lugar, es preciso poner de relieve que tal planteamiento resulta en buena medida contradicho por la práctica (reciente) del TS, que ha concedido el exequátur a resoluciones extranjeras sobre restitución de menores⁽¹⁸⁵⁾, titularidad de la patria potestad⁽¹⁸⁶⁾, constitución de

¹⁸⁵. Marginando de momento los abundantes Autos del TS acerca del reconocimiento de decisiones extranjeras sobre esta materia con base en los mecanismos convencionales específicos, son ilustrativos los Autos del TS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1987 (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 242-243) y de 11 de julio de 1988 (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 245-246). El primero concede el exequátur. El segundo no, pero debido al incumplimiento de las condiciones exigidas para el reconocimiento, sin cuestionar en ningún momento la posibilidad de que las resoluciones de esa naturaleza pueda llegar a obtener el exequátur. De la reciente práctica del TS parece desprenderse también la posibilidad de obtener el exequátur (reconocimiento) de pronunciamientos relativos al régimen de visitas de los hijos. Así, si bien tanto el Auto TS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1984 (*RAJ* 4.778) -relativo a una

adopción⁽¹⁸⁷⁾ y constitución de la tutela⁽¹⁸⁸⁾, entre otras de carácter de jurisdicción voluntaria⁽¹⁸⁹⁾.

decisión francesa- como el Auto TS (Sala 1ª) de 10 de mayo de 1990 -respecto de una decisión procedente de Texas (EEUU)- desestiman los exequátur instados, en ambos supuestos el motivo es la existencia de una resolución posterior del Estado de origen revocando el derecho de visitas previsto en la decisión que funda la solicitud de exequátur. En ningún caso considera el TS que tales resoluciones -normalmente de jurisdicción voluntaria- se hallen al margen del exequátur.

^{186.} *Vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 28 de febrero de 1984 (CLJC núm. 124), aunque con base en el Convenio bilateral hispano-francés, parece claro a la luz del mismo la posibilidad de obtener el exequátur de una resolución semejante con base en el régimen de fuente interna si cumple los requisitos exigidos para su reconocimiento. Asimismo aplicando el Convenio con Francia, resulta muy ilustrativo el Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1991 (REDI, 1991, vol. XLIII, pp. 510-511), que otorga el exequátur de una resolución francesa "que dota a los interesados de un título de Derecho válido y eficaz en sus relaciones de patria potestad".

^{187.} *Vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 16 de junio de 1994 (REDI, vol. XLVII, 1995(2), p. 400, nota de R. Arenas García, pp. 400-403); y, aunque aplicando los convenios bilaterales con Francia y Colombia, Auto TS (Sala 1ª) de 2 de julio de 1981 (RAJ núm. 3.040) y Auto TS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1983. Rechazando, al hilo de las dos primeras resoluciones, la admisibilidad del exequátur de las decisiones constitutivas de adopciones en el régimen de fuente interna, por tratarse de actos de jurisdicción voluntaria, *vid.* J.C. Fernández Rozas, "Nota...", *loc. cit.*, p. 301 y R. Arenas García, *loc. cit.*, p. 402.

^{188.} Así, aunque de nuevo en aplicación del Convenio hispano-francés de 1969, el Auto TS (Sala 1ª) de 22 de diciembre de 1993 (REDI, 1994, vol. XLVI, pp. 320-322) concede el exequátur respecto de pronunciamientos relativos a la constitución de la tutela y designación de administrador de los bienes del incapaz, contenido en una sentencia francesa. La circunstancia de que el pronunciamiento principal -declaración de incapacidad- fuera propio de la jurisdicción contenciosa no resta valor ilustrativo al exequátur del nombramiento del administrador, pues la posibilidad de un reconocimiento parcial es bien conocida. En este caso, cabría pensar en la posibilidad de haber dejado fuera del exequátur, si éste no fuera admisible en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, lo relativo a la constitución de la tutela y al nombramiento del administrador patrimonial del incapaz, típicamente de jurisdicción voluntaria (pese a que el TS excepcionalmente haya llegado a admitir la designación del tutor en la misma sentencia de incapacitación, marginando el procedimiento legalmente previsto de jurisdicción voluntaria, *cf.*, criticando esa posibilidad, J.M. Carreras Maraña, "La constitución de la tutela y la designación de tutor: su determinación en la propia sentencia de incapacitación", *La Ley*, 1994(1), pp. 1.161-1.172, pp. 1.165-1.170).

^{189.} Cabe señalar cómo la circunstancia de que una separación o un divorcio hayan sido tramitados de mutuo acuerdo -en principio, en España, según opinión generalizada el carácter del procedimiento correspondiente es de jurisdicción voluntaria- no afecta a la exigencia de exequátur (condicionada por lo dispuesto en el art. 107.2 C.c.), a modo de ejemplo, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 8 de abril de 1991, concediendo el exequátur de una decisión francesa acordando una "separación de cuerpos (separación personal)" tramitada de mutuo acuerdo; y Auto TS (Sala 1ª) de 27 de enero de 1994 otorgando el exequátur de una sentencia dictada por un tribunal de Pensilvania (EE.UU.) declarando un divorcio tramitado

67. No obstante, es bien conocido que existen pronunciamientos del TS en los que parece acogerse un planteamiento diverso, basado en la exclusión de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria del ámbito del exequátur⁽¹⁹⁰⁾. Escasa trascendencia tienen ahora los Autos del TS relativos a actos de jurisdicción voluntaria de naturaleza autenticadora o documentadora, ya reseñados. Cabe pensar que no ocurre así con otras decisiones del TS relativas a resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, en principio, de carácter constitutivo. En esta línea, deben mencionarse el Auto TS (Sala 1ª) de 7 de octubre de 1971⁽¹⁹¹⁾ que rechaza el exequátur de una resolución venezolana por la que se decretaba una separación conyugal de mutuo acuerdo, poniendo de relieve cómo la naturaleza de la resolución, equivalente a un acto de jurisdicción voluntaria, condiciona la negativa al exequátur; el Auto TS (Sala 1ª) de 18 de septiembre de 1986⁽¹⁹²⁾, que deniega el exequátur de una resolución marroquí de separación, destacando la similitud con la situación que dio lugar al mencionado Auto de 1971, el carácter no contencioso de la decisión y la exclusión de los actos de jurisdicción voluntaria del ámbito del exequátur; y el Auto TS (Sala 1ª) de 28 de junio de 1985⁽¹⁹³⁾, que al desestimar el exequátur menciona la circunstancia de que las resoluciones sobre custodia de una hija e interdicción del derecho de visita han sido pronunciadas en acto de jurisdicción voluntaria⁽¹⁹⁴⁾.

de mutuo acuerdo.

¹⁹⁰. También algunos pronunciamientos de la DGRN se orientan en esa dirección, como los que en materia de adopción recoge P. Rodríguez Mateos, *La adopción...*, *op. cit.*, pp. 166-167.

¹⁹¹. Año 1970, rollo 1.079, reproducido en A. Remiro Brotóns, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 452-453.

¹⁹². *PJ*, nº 3, 1986, pp. 218-219 (nota de I. Miláns del Bosch Portolés, *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 204-206).

¹⁹³. *CCJC*, núm. 9, 1985, pp. 2.835-2.837, con nota de M.A. Amores Conradi, pp. 2.837-2.845.

¹⁹⁴. No parece que deba ser incluido en este grupo el Auto TS (Sala 1ª) de 24 de septiembre de 1996, que deniega el exequátur de un acta de divorcio marroquí, pues si bien la argumentación del Ministerio Fiscal, recogida en los antecedentes del Auto, se había centrado en rechazar la admisibilidad del exequátur por la naturaleza de jurisdicción

Sin embargo, tales decisiones no parecen determinantes de la total marginación de las resoluciones de jurisdicción voluntaria del ámbito del exequátur. De una parte, frente a lo que podría desprenderse de los Autos de 7 de octubre de 1971 y de 18 de septiembre de 1986, es claro que respecto de las resoluciones extranjeras relativas a la separación (y divorcio) de mutuo acuerdo, con carácter general, la vía del exequátur, no sólo se encuentra abierta, sino que viene exigida en virtud del art. 107 C.c. en términos semejantes a los que resultan para las resoluciones de separación y divorcio tramitadas sin acuerdo⁽¹⁹⁵⁾, como se desprende de la abundante práctica del TS sobre el particular⁽¹⁹⁶⁾. Ciertamente, incluso cuando se trata de la mera separación consensual (y, por supuesto, en otros casos, como la adopción), la intervención judicial no tiene (en nuestro ordenamiento) una simple finalidad constatadora, documentadora o como requisito formal -no se trata, con carácter general, de situaciones subsumibles en el art. 84.2 RRC-, sino que exige una valoración judicial, una auténtica decisión, pues la separación, además de afectar a los cónyuges repercute sobre terceras personas -piénsese, por ejemplo, en la necesidad de salvaguardar los intereses de los hijos⁽¹⁹⁷⁾-; la

voluntaria del acto extranjero, los Fdts. jdcos. del Auto eluden mencionar tal circunstancia, rechazando el exequátur -en línea con el Auto TS (Sala 1ª) de 23 de julio de 1996- por la incompatibilidad con el orden público español, derivada por el TS del carácter revocable del divorcio cuya eficacia se pretendía, lo que también menoscabaría la firmeza exigible a la resolución.

¹⁹⁵. Valorando el alcance de la exigencia de exequátur respecto de las resoluciones de separación y divorcio resultante del párrafo segundo del art. 107 C.c., *vid.* J.D. González Campos y P. Abarca Junco, "Artículo 107", J.L. Lacruz Berdejo (coor.), *Matrimonio y divorcio (Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil)*, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1.331-1.358, pp. 1.352-1.357.

¹⁹⁶. Es frecuente que en las decisiones de exequátur sobre separación (y divorcio) no se haga referencia a si el procedimiento ha sido tramitado de modo consensual o contradictorio; no obstante, entre los Autos del TS que otorgan el exequátur de resoluciones extranjeras de separación existen algunos que ponen de manifiesto expresamente la existencia de acuerdo al respecto, por ejemplo, además de los ya reseñados de 8 de abril de 1991 y de 27 de enero de 1994, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 15 de enero de 1979 -en aplicación del Convenio hispano-francés de 1969- (RAJ núm. 85), *vid.* Autos TS (Sala 1ª) de 19 de mayo de 1982 (CLJC, 1982, núm. 231), de 22 de noviembre de 1982 (CLJC, 1982, núm. 473) y de 1 de diciembre de 1983 (CLJC, 1983, núm. 624).

¹⁹⁷. Cabe pensar que en caso de que tales intereses no fueran objeto de consideración en el ordenamiento extranjero en cuestión al decretar la separación o divorcio, la resolución extranjera podría no ser susceptible de reconocimiento en España por su contrariedad con el

obligatoriedad de la intervención judicial decisoria -examinando el fondo- en la modificación de las situaciones matrimoniales deriva de la relevancia que reviste aquí el interés público⁽¹⁹⁸⁾. Un entendimiento distinto de las resoluciones que decretan la separación consensual subyace en los Autos de 7 de octubre de 1971 y de 18 de septiembre de 1986⁽¹⁹⁹⁾. Asimismo, la negativa al exequátur contenida en el Auto de 7 de octubre de 1971 -contra la opinión del Ministerio Fiscal- no parece determinada tanto por la naturaleza de jurisdicción voluntaria de la resolución, como por la circunstancia de que se pretendía la ejecución en España de algo ni acordado ni decidido en la resolución relativa a la separación. En una línea semejante, el rechazo del exequátur en el Auto de 18 de septiembre de 1986 viene condicionado, como manifiesta el Ministerio Fiscal, por la no acreditación de un interés en obtener tal declaración (siendo la demandante una nacional marroquí, residente en Marruecos, sin que conste inscrito el matrimonio en cuestión en el Registro Civil).

De otra parte, la negativa (parcial) al exequátur del Auto de 28 de junio de 1985 viene condicionada por la contrariedad de la resolución extranjera con decisiones eficaces en España. Además, este Auto, distanciándose del planteamiento consolidado en la interpretación de nuestro sistema, atribuye singular importancia para desestimar el reconocimiento de las decisiones a la denominación de las mismas ("resolución" y "providencia", en lugar de "sentencia"), mencionando sólo su carácter de jurisdicción voluntaria (en el Estado de origen) como circunstancia adicional para rechazar el exequátur. Lo cierto es que frente a esa posición la práctica del TS conoce, como ya ha quedado reseñado, supuestos significativos en los que se ha accedido al exequátur de resoluciones extranjeras sobre custodia de menores e incluso derecho de visitas.

orden público.

¹⁹⁸. En este sentido, respecto del procedimiento consensual de separación y divorcio de la norma 6ª de las Disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, *vid.* A. De la Oliva, M.A. Fernández, *Derecho...*, *op. cit.*, t. IV, p. 240.

¹⁹⁹. Apoyando tal planteamiento, *vid.* I. Miláns del Bosch Portolés, "Nota al Auto TS (Sala 1ª) de 18 de septiembre de 1986", *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 204-206, pp. 204-205.

68. La eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria al margen del exequátur ciertamente facilita la posición de quien pretende hacerlas valer en nuestro país, en la medida en que se hace posible lograr ese objetivo sin acudir al gravoso procedimiento de exequátur. Sin embargo, la idea de que todas las resoluciones de jurisdicción voluntaria se hallan excluidas del ámbito del exequátur parece conducir al resultado contrario, restringiendo su eficacia en nuestro país. Así, es claro que ciertas resoluciones de jurisdicción voluntaria alcanzan fuerza ejecutiva -en particular, por su trascendencia práctica, aquellas que ordenan la restitución de un menor-, a diferencia de lo que viene siendo comúnmente afirmado como presupuesto para rechazar aquí el exequátur⁽²⁰⁰⁾. Su ejecución en España -en los supuestos que quedan al margen de los muy significativos regímenes convencionales-presupondría necesariamente el procedimiento de exequátur de los arts. 954-958 LEC⁽²⁰¹⁾. Baste, de momento, con hacer notar esta circunstancia, pues se trata de una cuestión específica de la ejecución de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria.

Teniendo presente el limitado alcance del reconocimiento automático, siempre de carácter provisional y no vinculante, cabe también cuestionar si en verdad se halla excluida en todo caso la posibilidad de acudir al exequátur, que es el único mecanismo disponible para obtener un pronunciamiento vinculante acerca del reconocimiento de la eficacia constitutiva de una resolución extranjera de jurisdicción voluntaria. Es claro, que el exequátur debe quedar vedado a los actos extranjeros de jurisdicción voluntaria de carácter documentador o autenticador, pues de su propia naturaleza resulta

²⁰⁰. Entre las voces inicialmente contrarias al empleo del exequátur para las resoluciones de jurisdicción voluntaria, sí se dejaban aparte -es decir, contemplando el recurso al exequátur- los supuestos en los que se pretendiera la ejecución en España de las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras (cf. J.M. Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 477: "creemos debe hacerse una distinción exigida por la índole especial de los actos de jurisdicción voluntaria. Siempre que se pida ante los tribunales españoles el cumplimiento de la resolución o providencia dictada en un acto de dicha clase verificado en el extranjero, no podrá ejecutarse sin que se obtenga previamente el exequátur del TS con arreglo a lo que prescriben los arts. 951 y siguientes").

²⁰¹. Conforme al art. 56.4 LOPJ, la Sala de lo Civil del TS conocerá: "De las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal".

que sólo sean relevantes en nuestro país a fines probatorios, para lo que está prevista la vía de los arts. 600 y 601 LEC (sólo en situaciones muy limitadas pueden ser también relevantes como título para la inscripción registral). Asimismo, la ausencia de cosa juzgada material inherente a las resoluciones de jurisdicción voluntaria debe ser determinante para que las mismas puedan ser con carácter general eficaces en nuestro país sin necesidad de exequátur, dejando al margen sólo las situaciones en las que se pretenda lograr la eficacia ejecutiva, así como otras que revisten carácter excepcional⁽²⁰²⁾.

69. En nuestro sistema de fuente interna el procedimiento de exequátur es el único que en la actualidad posibilita un pronunciamiento de alcance general sobre el reconocimiento de una resolución extranjera⁽²⁰³⁾, con independencia de que se pretenda o no su ejecución. Así, es bien conocido que sentencias constitutivas, sin fuerza ejecutiva, son objeto de exequátur. Las decisiones de jurisdicción voluntaria no generan cosa juzgada material, pero sí una eficacia constitutiva que un interesado puede pretender que se afirme con carácter general, de modo vinculante. Es claro que al carecer la resolución de jurisdicción voluntaria de cosa juzgada material, su contenido no puede producir tan peculiar vinculación ni siquiera tras haber sido objeto de exequátur, pues el exequátur no va a dotar a la decisión extranjera de una eficacia que (no tiene en el país de origen y) es desconocida para una decisión semejante en el nuestro. Sin embargo, incluso en situaciones como esa un pronunciamiento vinculante acerca de su reconocimiento evita que se pueda cuestionar éste, otra cosa bien distinta es, por ejemplo, en qué medida, al no

²⁰². En concreto, cabe pensar en la proyección del art. 107 C.c. sobre las separaciones y divorcios tramitados de mutuo acuerdo.

²⁰³. Parece por lo menos cuestionable que tal situación sea adecuada. En concreto, en relación con la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, cabe plantear si no sería posible obtener tal declaración por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria. Además de la ubicación en el ámbito de la jurisdicción voluntaria del procedimiento - introducido por la LO 1/96- que establecen los nuevos arts. 1.901-1.909 LEC, debe tenerse en cuenta que, con carácter general el procedimiento de reconocimiento no es -en palabras del TC- "un procedimiento contencioso articulado sobre una demanda, sino un trámite de homologación", cf. Fdto. jdco. 7º sent. TC 54/1989, de 23 de febrero (BOE núm. 62, de 14.03.89).

producir cosa juzgada material, la resolución extranjera puede ser revisada por una autoridad española o incluso en qué circunstancias cabe atribuir eficacia a una resolución extranjera que modifica la ya reconocida en España.

Es cierto, que con frecuencia -como refleja la práctica en materia de adopción- la oponibilidad de la situación constituida en la resolución extranjera se logra por medio de la inscripción registral, que no exige, tratándose de decisiones de jurisdicción voluntaria, exequátur, sino sólo el control de la regularidad (reconocimiento) por el encargado del Registro. Ahora bien, la consideración de que la posibilidad de inscripción excluye en todo caso el interés por obtener un pronunciamiento general de reconocimiento suscita dificultades. Es sencillo, por ejemplo, imaginar la posibilidad de adopciones que siendo relevantes en nuestro país no pueden ser objeto de inscripción en el Registro -por no afectar a un español o no haber acaecido en territorio español, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15 LRC-(²⁰⁴). Es posible, además, que exista interés en obtener una declaración inatacable acerca de la vinculación de la decisión extranjera(²⁰⁵).

Asimismo, la práctica ya reseñada del TS es ilustrativa de que puede existir interés, por ejemplo, en obtener un pronunciamiento general reconociendo la patria potestad o incluso la custodia sobre un menor. Tal circunstancia concurre cuando el Estado de origen de la decisión subordina, como resulta habitual en Francia(²⁰⁶), el ejercicio del derecho de visita en el extranjero (por ejemplo, España) del derecho de visita al previo reconocimiento de la decisión francesa sobre la custodia del menor en el Estado por parte del que se pretende ejercitar el derecho de visita(²⁰⁷). De otro

²⁰⁴. Apuntando la hipótesis, E. Rodríguez Gayán, *Derecho...*, op. cit., p. 183.

²⁰⁵. Poniendo de relieve esa circunstancia en el contexto francés, en el que el criterio general es que las resoluciones extranjeras sobre adopción producen eficacia de pleno derecho, *vid.* P. Bourel, "Adoption...", loc. cit., p. 4, destacando cómo el exequátur permite vencer las reticencias de terceros, en particular de los servicios administrativos, para acceder a la eficacia de la decisión extranjera.

²⁰⁶. Es muestra de tal práctica, en las relaciones franco-españolas, la decisión del *Juge aux affaires matrimoniales de Toulouse* de 9 de junio de 1985 (reproducida en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Toledo, 1991, pp. 275-278).

²⁰⁷. El Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1991 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 510-511) alude a la posibilidad de que el reconocimiento en España de una resolución judicial francesa homologadora del mutuo acuerdo de los padres sobre el régimen de visitas de las hijas

lado, con carácter general, la vía registral, por su naturaleza y configuración, no debe ser excluyente de la vía judicial⁽²⁰⁸⁾.

70. Cabe, en consecuencia, cuestionar en qué medida se justifica la absoluta eliminación del procedimiento de exequátur que para las resoluciones de resoluciones de jurisdicción voluntaria ha venido manteniendo la doctrina⁽²⁰⁹⁾. No se discute aquí, como se ha puesto de relieve, la exclusión del exequátur tratándose de actos de jurisdicción voluntaria de documentación o autenticación, ni tampoco la posibilidad de que las resoluciones constitutivas desplieguen su eficacia como hecho jurídico vinculante al margen del exequátur, por medio del reconocimiento automático. Debe, sin embargo, ponerse en entredicho la exclusión del exequátur no sólo respecto de resoluciones de jurisdicción voluntaria susceptibles de producir fuerza ejecutiva, sino también de decisiones con eficacia constitutiva, en la medida en que el exequátur se configura en nuestro sistema de fuente interna como el único procedimiento útil para obtener un pronunciamiento vinculante acerca del reconocimiento (así como una declaración de ejecutabilidad).

Tan radical negativa resulta difícilmente sostenible -dejando ahora a un lado el exequátur como mecanismo para obtener la declaración de ejecutabilidad, que merece consideraciones específicas- a la luz no sólo de la jurisprudencia del TS, sino también del escaso valor que al respecto debe atribuirse a la ubicación del procedimiento de exequátur en el Libro II LEC⁽²¹⁰⁾ y de la posibilidad de que exista interés legítimo -en ocasiones no

funcione "como hecho para que los tribunales franceses eliminen las trabas impuestas a un ciudadano español en el ejercicio del derecho de visita y tenencia de sus hijas en su compañía, y como título jurídico que permita, en su momento la toma de decisiones expeditivas".

²⁰⁸. *Vid., v. gr.*, al denegar el reconocimiento (la inscripción) registral de adopciones constituidas en el extranjero la Resolución DGRN de 16 de marzo de 1994 (*BIMJ*, 1994, núm. 1.706, pp. 2.349-2.351, p. 2.351: "no puede reconocerse en este ámbito registral y sin perjuicio de lo que pudiera decidir la jurisprudencia civil ordinaria, validez ni eficacia a unas adopciones...").

²⁰⁹. Acerca de esa postura generalizada, *vid.*, entre otras, las referencias contenidas en la nota 11 del presente Capítulo, *supra*.

²¹⁰. *Cf.* A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, *op. cit.*, p. 176, decidido defensor de la

susceptible de ser satisfecho por ninguna otra vía- en obtenerlo, de modo que, además, se elimine el riesgo de decisiones contradictorias acerca de su eficacia en nuestro país. Asimismo, debe insistirse en la constatación de que la concesión del reconocimiento a través del exequátur no implica en modo alguno atribuir en nuestro país eficacia de cosa juzgada material a la decisión extranjera. Por último, no parece haber motivos que justifiquen la radical exclusión del régimen de fuente interna, de algo que sí se admite en el marco de los convenios internacionales, como es la posibilidad de acudir al exequátur respecto de decisiones de jurisdicción voluntaria, pese que la regla general prevista en el convenio sea también el reconocimiento automático de tales decisiones⁽²¹¹⁾.

2. REGÍMENES CONVENCIONALES BILATERALES

71. Configurado el reconocimiento automático, es decir, al margen de todo procedimiento especial, como criterio general respecto de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria en el régimen de fuente interna, no parece que la situación sea sustancialmente distinta en los regímenes establecidos en los diversos convenios bilaterales ratificados por España en materia de reconocimiento y ejecución⁽²¹²⁾. Semejante resultado es plenamente coherente con la finalidad propia de tales convenios, destinados a facilitar la eficacia extraterritorial de las resoluciones entre los Estados participantes.

Ciertamente, el reconocimiento automático debe ser el mecanismo básico respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria no sólo en los convenios bilaterales que establecen con carácter general un régimen basado en el reconocimiento automático, como ocurre, distanciándose de la solución habitual para las decisiones contenciosas en nuestro régimen de fuente

exclusión de todos los actos de jurisdicción voluntaria del ámbito del exequátur.

²¹¹. Así, al hilo del Convenio bilateral hispano-francés de 1969, *vid.* J.C. Fernández Rozas, "Nota...", *loc. cit.*, p. 501; e I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, pp. 1.189 y 1.211.

²¹². Valorando el alcance de la inclusión de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en los regímenes convencionales bilaterales *vid.* núm. 30, *supra*.

interna, en particular en los suscritos con Alemania -art. 10.1- y Austria -art. 12.1-(²¹³)-, sino también en los restantes. Que debe ser así, parece especialmente claro en aquellos que determinan de modo expreso que el procedimiento para el reconocimiento se regirá por la ley de la parte requerida, como hacen los concluidos con China -art. 23- e Israel -art. 5.1-(²¹⁴), pues es conocido que en nuestro ordenamiento respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria se admite el reconocimiento automático. Asimismo, la operatividad del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria sin necesidad de procedimiento especial no parece que deba ser cuestionada en los demás convenios bilaterales, en especial, en aquellos que revisten mayor trascendencia en materia de jurisdicción voluntaria, los concluidos con Francia, Italia y Bulgaria. Ningún obstáculo a tal interpretación, totalmente respetuosa con el fundamento de los convenios, deriva del texto de los mismos(²¹⁵).

72. Admitido el reconocimiento automático de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en los regímenes bilaterales, cabe hacer referencia a la posibilidad de obtener en los mismos una declaración de reconocimiento con eficacia vinculante. En la medida en que tal posibilidad se entienda existente en nuestro régimen de fuente interna, su negación en el marco de los mecanismos convencionales parece difícil de coordinar con la finalidad propia de éstos, pues como se puso de relieve, una vez establecido el reconocimiento automático como criterio general respecto de las decisiones de jurisdicción

²¹³. En sentido similar cabe interpretar el art. 24 del Convenio con la Unión Soviética. Las previsiones equivalentes recogidas en los convenios con México -art. 8- y Brasil -art. 18.1.a- apenas presentan relevancia aquí, pues los negocios de jurisdicción voluntaria quedan mayoritariamente al margen de su ámbito de aplicación material.

²¹⁴. Si bien el significado de este último es muy limitado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, habida cuenta de las materias excluidas según el art. 1.3.a).

²¹⁵. A favor del reconocimiento automático en los convenios con Francia e Italia, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria *vid.* I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, pp. 1.189 y 1.194. Los tres convenios prevén expresamente -arts. 13 (Francia), 21 (Italia) y 20.1 (Bulgaria)- que el procedimiento para obtener la ejecución será el regulado por la parte requerida. La simple extensión de este criterio respecto del procedimiento para obtener el reconocimiento conduciría a la aceptación del reconocimiento automático de las resoluciones de jurisdicción voluntaria procedentes de esos países.

voluntaria, la posibilidad de obtener una declaración general de reconocimiento, favorece la eficacia en nuestro país de las resoluciones extranjeras de esa naturaleza, pues hace posible un pronunciamiento vinculante sobre el reconocimiento y evita decisiones contradictorias acerca del particular.

La existencia, junto al reconocimiento automático, de un procedimiento para obtener la declaración de reconocimiento aparece expresamente prevista sólo en el art. 10.3 del Convenio hispano-alemán de 1983, que prevé el empleo en tales supuestos del procedimiento previsto para la ejecución de resoluciones⁽²¹⁶⁾. Parece fuera de duda que, en la medida en que las decisiones de jurisdicción voluntaria susceptibles de reconocimiento - ya que las que sólo revisten valor probatorio carecen en este contexto de relevancia- se hallan comprendidas en el ámbito de ese Convenio, cabe acudir al procedimiento previsto para obtener la declaración de reconocimiento. Aunque los demás convenios bilaterales no incorporen una remisión similar, no parecen contener tampoco disposiciones para negar tal posibilidad (en particular, en la medida en que se admita en nuestro régimen de fuente interna). Así, para obtener la declaración de reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria será preciso acudir bien al procedimiento previsto para la ejecución -cuando el criterio general, como ocurre en el convenio con Austria, es el reconocimiento automático-, bien al mecanismo previsto con carácter general para el reconocimiento (de las decisiones contenciosas) que con frecuencia coincide con el determinante de la ejecución⁽²¹⁷⁾. Muy

²¹⁶. Se trata de un procedimiento cuya aplicación práctica suscita dificultades en nuestro país, no sólo por lo dispuesto en su art. 19, difícilmente compatible con la tramitación de la ejecución ante el TS, sino -lo que es aquí más relevante- porque el recurso al procedimiento de exequátur no parece satisfacer el mandato contenido en el art 11 del Convenio de que el procedimiento sea rápido y sencillo, *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 543-544; y J. Labrador Encinas, "Nota a la Res. DGRN de 2 de julio de 1990", *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 216-219, p. 219.

²¹⁷. La especialidad del régimen convencional se manifestará en ocasiones al determinar el órgano competente para conocer del procedimiento de reconocimiento, que, conforme a lo previsto en algunos convenios, no será el TS, como es característico del procedimiento de exequátur, sino los Juzgados de Primera Instancia (art. 18 del Convenio hispano-chino y art. 20.4 del Convenio con Bulgaria, así como art. 5.2 del Convenio con Israel).

relevante al respecto es la práctica del TS relativa a la aplicación del convenio hispano-francés, que incluye significativos ejemplos de exequátur en relación con el reconocimiento de decisiones de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo⁽²¹⁸⁾.

3. REGÍMENES CONVENCIONALES MULTILATERALES

73. Entre los convenios multilaterales ratificados por España revisten particular interés, desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de decisiones de jurisdicción voluntaria, el CPM, el CEREC y el CPNA, como quedó de relieve. Respecto de la vía procedimental a utilizar para obtener el reconocimiento en España de las resoluciones comprendidas en el ámbito de aplicación del respectivo convenio, merece especial atención lo previsto en el CEREC. Tanto el CPM, como el CPNA carecen propiamente de disposiciones relativas al procedimiento de reconocimiento, si bien, en particular, en el CPNA parece claro que el criterio general es el reconocimiento automático, sin necesidad de procedimiento especial.

Así resulta, en efecto, de lo previsto en el primer inciso del art. 23.1 CPNA, según el cual: "(u)na adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes". La expresión de pleno derecho tiene como objeto poner de relieve que el reconocimiento tiene lugar de modo automático, sin necesidad de ningún procedimiento de reconocimiento. El Informe explicativo del Convenio expresamente señala, no sólo que tal circunstancia hace posible el reconocimiento de la adopción sin necesidad de exequátur previo, sino también que, por supuesto, no prohíbe la obtención de un exequátur sobre el particular según las normas de la *lex fori*⁽²¹⁹⁾. Una vez más conviene insistir

²¹⁸. Así, *vid.* los Autos TS (Sala 1ª), ya reseñados, de 2 de julio de 1981 (constitución de adopción), 28 de febrero de 1984 (titularidad de la patria potestad) y 19 de febrero de 1991 ("resolución judicial homologada del mutuo acuerdo del de los padres sobre el régimen de visitas de sus hijas"), 22 de diciembre de 1993 (constitución de tutela y nombramiento de administrador patrimonial del incapaz).

²¹⁹. Cf. G. Parra Aranguren, "Explanatory Report", *Hague Conference on Private*

en que reconocimiento automático no equivale a eficacia *ipso iure* e incondicional de la resolución extranjera, si bien en aplicación del convenio el único motivo para denegar el reconocimiento es la manifiesta incompatibilidad con el orden público del Estado requerido (art. 24).

74. Por su parte el CPM en materia de reconocimiento y ejecución⁽²²⁰⁾ dispone en su art. 7 lo siguiente:

"Las medidas que adopten las autoridades competentes en virtud de los artículos precedentes de este Convenio serán reconocidas en todos los Estados contratantes. Sin embargo, si esas medidas llevaren consigo actos ejecutivos en un Estado distinto de aquel en que se adoptaron, el reconocimiento y ejecución de las mismas se regularán por el derecho interno del Estado donde se solicite la ejecución, o por los convenios internacionales".

La formulación utilizada por el CPM en cuanto a la obligación de reconocimiento -materia revisada en profundidad por el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la protección de menores-, no determina el mecanismo para llevar éste a cabo, cuestión regulada por el ordenamiento de cada Estado miembro, si bien no puede someter el reconocimiento a condiciones más estrictas de las previstas en el Convenio⁽²²¹⁾. Por el contrario el Convenio de 1996 -que pretende sustituir en el futuro al CPM no sólo prevé en su art. 23.1, al igual que el CPNA, el reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas por autoridades de otros Estados contratantes, sino que además contempla expresamente en su art. 24 que cualquier persona

International Law. Proceedings of the Seventeenth Session (Tome II Adoption - co-operation), La Haya, 1994, pp. 539-649, p. 613. Cabe señalar que tal postura coincide plenamente con el planteamiento aquí propuesto al interpretar el sistema español, entendiendo que, tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria con eficacia constitutiva, la admisión del reconocimiento automático no debe suponer (por sí misma) la exclusión del exequátur.

²²⁰. El art. 3 CPM, pese a su formulación, no es una norma de reconocimiento (de decisiones) sino propiamente de derecho aplicable, *vid.*, con ulteriores referencias, K. Siehr, "Art. 19 Anh"..., *loc. cit.*, pp. 1209-1.221.

²²¹. Cf. H. Oberloskamp, *Haager Minderjährigenschutzabkommen*, Colonia, 1983, p. 96; y K. Siehr, "Art. 19 Anh"..., *loc. cit.*, p. 1.237.

interesada pueda solicitar una declaración general de reconocimiento (o no reconocimiento)⁽²²²⁾.

En España, a falta de regulación específica, cabe entender, con carácter general, que las resoluciones comprendidas en el ámbito del CPM -propias de la jurisdicción voluntaria- de carácter sólo constitutivo deben ser susceptibles de reconocimiento automático en España, en la medida en que esa es la solución general respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. El reconocimiento se halla subordinado sólo al control de las condiciones previstas en el CPM (regularidad en el país de origen, procedencia de una autoridad competente según el Convenio y no contrariedad con el orden público).

Ahora bien, el CPM no determina la eficacia en nuestro país de las resoluciones que llevan consigo actos de ejecución concretos, lo que tiene peculiar relevancia en relación con las decisiones sobre custodia de menores. Ciertamente, en materia de custodia de menores, las resoluciones judiciales, junto a pronunciamientos de carácter constitutivo, establecen en muchas ocasiones mandatos de comportamiento (con frecuencia de restitución), lo que explica que se planteen tanto cuestiones de reconocimiento como de ejecución⁽²²³⁾⁽²²⁴⁾. En tales supuestos, cuando las medidas llevan consigo actos ejecutivos, no sólo la ejecución, sino también el reconocimiento, se rigen por lo previsto en el régimen de fuente interna⁽²²⁵⁾, salvo que sea de

²²². En una línea con la que coincide el planteamiento aquí propuesto al interpretar el sistema autónomo.

²²³. Cf. H. Dörner, "Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Umgangsregelungen", *IPRax*, 1987, vol. 7, pp. 155-157, p. 156.

²²⁴. Mucha menor importancia reviste el que el CPNA no haga referencia a la ejecución, que queda al margen del Convenio, pues por la naturaleza de las resoluciones en el ámbito de la adopción, a diferencia de lo que sucede en materia de protección de menores, no es común la presencia de pronunciamientos con fuerza ejecutiva. (En el Derecho francés, sin embargo, se ha planteado como un problema de ejecución -en realidad, impropia-, la subordinación al exequátur para que la adopción produzca ciertas consecuencias, en concreto, en el ámbito de la nacionalidad, así, N. Meyer-Fabre, "La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, vol. 83, pp. 259-295, p. 287. En España la cuestión se plantea en otros términos, siendo normalmente determinante a esos efectos la inscripción registral de la adopción, *vid.* P. Rodríguez Mateos, *La adopción...*, *op. cit.*, p. 183).

²²⁵. Cf. M.W. De Steiger, "Rapport explicatif (relatif à la Convention sur la

aplicación otro convenio⁽²²⁶⁾. Es esta una laguna muy significativa del CPM⁽²²⁷⁾, que el Convenio de La Haya de 1996 trata de superar⁽²²⁸⁾.

75. Mayor interés presenta en relación con el mecanismo de reconocimiento de resoluciones el CEREC, que contiene una disposición específica sobre el particular. En concreto, se trata de su art. 14, según el cual:

"Todo Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido para el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa a la custodia. Cuidará a tal efecto de que la petición de exequátur pueda efectuarse mediante simple instancia".

La aplicación práctica del sistema de reconocimiento y ejecución resultante del CEREC ha suscitado en España notables dificultades. Con carácter general, debe señalarse que cuando se pretende en el marco del CEREC el reconocimiento o la ejecución de una decisión extranjera sobre custodia de un menor puede hacerse, bien a través del mecanismo de cooperación de autoridades previsto en el Convenio (arts. 2-6) encaminado a la tramitación de la solicitud de reconocimiento o ejecución ante el órgano competente⁽²²⁹⁾, bien directamente por el interesado (*vid. esp.* arts. 4.1 y 9.2 CEREC), salvo cuando se pretende la inmediata restitución del menor en virtud del art. 8, situación en la que es siempre preciso que la solicitud se

compétence des autorités et loi applicable en matière de protection de mineurs)", Conférence de La Haye de Droit international privé, *Actes et documents de la neuvième session (Tome IV. Protection des mineurs)*, La Haya, 1961, pp. 219-243, p. 233.

²²⁶. Junto a buena parte de los convenios bilaterales, resulta aquí de especial relevancia la incidencia del CEREC.

²²⁷. Cf., *v. gr.*, F. Sturm, "Neue Abkommen zum Schutz entführter Kinder (Möglichkeiten und Grenzen der Europäischen und der Haager Konvention)", *Festschrift für H. Nagel*, Munster, 1987, pp. 457-473, pp. 459-460.

²²⁸. Al hilo del Anteproyecto, cf. P. Lagarde, "Rapport...", *loc. cit.*, p. 88.

²²⁹. Para una visión de conjunto acerca de las previsiones de los distintos ordenamientos acerca de la actuación de la autoridad central para tramitar el reconocimiento o ejecución, *vid.* B. Sturlese, "Autorité parentale (Soustraction internationale de mineurs et droit conventionnel de l'entraide judiciaire civile)", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 549, 1994, pp. 16-20 (respecto a España es preciso tener presente que la situación ha sido modificada por la L.O. 1/96, que ha introducido los nuevos arts. 1.901-1.909 LEC).

diriga a una autoridad central.

76. Nuestra jurisprudencia ha venido entendiendo reiteradamente que el mecanismo a emplear, cuando se solicita la eficacia de resoluciones extranjeras a través de la vía del Convenio, para decidir sobre el reconocimiento y ejecución es el de las llamadas diligencias judiciales a practicar en país extranjero referidas en los arts. 300 LEC y 277 LOPJ, por entender que la resolución extranjera ya se está ejecutando en el país de origen⁽²³⁰⁾. Semejante planteamiento no puede considerarse acertado, puesto que el punto de partida parece ser la consideración del Convenio como un mecanismo de colaboración transfronterizo entre autoridades y no como lo que propiamente es el CEREC, un convenio de reconocimiento y ejecución. En efecto, regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia de custodia de menores. Ahí radica su diferencia fundamental con el CHSIM⁽²³¹⁾, que no es un Convenio sobre reconocimiento y ejecución⁽²³²⁾ sino sobre asistencia judicial y administrativa en el ámbito civil, y cuya aplicación en España también ha planteado acusadas dificultades⁽²³³⁾, pero que en la

²³⁰. En este sentido, respecto de la restitución con base en el CEREC de menores objeto de traslado o retención ilícita en España, *vid.* los Autos TS (Sala 1ª) de 27 de junio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 250-251); 20 de julio de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, p. 206); 20 de noviembre de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 207-208) y 26 de enero de 1990 (*REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 197-198).

²³¹. Sobre éste, en nuestra doctrina, *vid.* S. Álvarez González, "Secuestro internacional de menores (*legal kidnapping*) y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *PJ*, nº 4, 1986, pp. 9-32, esp. pp. 21-23; y P.P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989.

²³². Cf. E. Pérez Vera, "Rapport explicatif", *Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la Quatorzième session. (Tome III. Enlèvement d'enfants)*, La Haya., 1982, pp. 426-473, p. 435; y R. Schuz, "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law", *ICLQ*, 1995, pp. 771-802, pp. 795-796.

²³³. Que incluso ha motivado la crítica de las instituciones en cuyo seno se han elaborado los Convenios, *vid.* A. Borrás Rodríguez, "Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *REDI*, vol. XLII, 1990(1), pp. 289-291, y, poniendo de relieve una evolución positiva, *id.*, "El control de la aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores", *REDI*, vol. XLIV, 1992(2), pp. 718-719. En la práctica judicial española ha tendido a predominar la asimilación entre los dos convenios, en particular en la medida en que lo pretendido en virtud del CEREC ha sido la restitución de

medida en que no es un Convenio relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, queda al margen del presente estudio.

Lo cierto es que tratándose típicamente de resoluciones de jurisdicción voluntaria⁽²³⁴⁾ cabe entender que el simple recurso a la solución general en nuestro sistema de fuente interna respecto a las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria proporciona un mecanismo de reconocimiento rápido y sencillo: el reconocimiento automático⁽²³⁵⁾, a decidir sin procedimiento especial por la autoridad ante la que se pretenda hacer valer la resolución, que deberá verificar el cumplimiento de las condiciones a las que el Convenio subordina la eficacia extraterritorial de las resoluciones⁽²³⁶⁾. La controvertida

un menor (que presupone en tales supuestos la ejecución de una resolución extranjera, a diferencia de lo que ocurre en el CHSIM). Tal asimilación se desprende claramente de la práctica del TS, que en relación con el CHSIM, dejando al margen algún precedente en el que entendió que el cauce adecuado era el exequátur del art. 955 LEC -*vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 24 de abril de 1989 (*REDI*, 1990, p. 246)-, ha tendido a considerar, al igual que en los Autos recién reseñados relativos al CEREC, que se trataba de diligencias judiciales de las previstas en los arts. 300 LEC y 277 LOPJ, *vid.* Autos TS. (Sala 1ª) de 11 de mayo de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 203-204) 15 de junio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, p. 249), 16 de junio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, p. 250), 19 de julio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, p. 251), 25 de julio de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 206-207) y 14 de diciembre de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, p. 208). La doctrina ha puesto de relieve las deficiencias derivadas de la equiparación entre los dos convenios, ha rechazado con firmes argumentos el empleo del exequátur en el marco del CHSIM y ha puesto de relieve lo inadecuado de la referencia a las diligencias judiciales contempladas en los arts. 300 LEC y 277 LOPJ tanto en el marco del CEREC como del CHSIM. *Vid.* A. Borrás Rodríguez, "Nota al Auto TS (Sala 1ª) de 24 de abril de 1989", *REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 247-249; *id.*, "Práctica española en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores", *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Toledo, 1991, pp. 81-93; D.P. Fernández Arroyo, "Nota al Auto TS (Sala 1ª) de 11 de mayo de 1989", *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 204-206; y J.C. Fernández Rozas en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 136-137.

²³⁴. La naturaleza de jurisdicción voluntaria característica de las resoluciones judiciales en esta materia, deriva en nuestro ordenamiento fundamentalmente de lo establecido en las mencionadas disp. transitoria décima de la Ley 11/1981, disp. adicional cuarta de la Ley 30/81 y disp. adicional primera de la LO 1/1996 (*vid.* también, entre otros, art. 1.888 LEC).

²³⁵. Poniendo de relieve, en el contexto alemán cómo el reconocimiento automático es plenamente coherente con el mandato del art. 14 CEREC, *vid.* J. von Staudinger (J. Pirrung), *Kommentar...*, *op. cit.*, p. 363.

²³⁶. Es sabido que el reconocimiento automático no supone en absoluto la eficacia incondicional de la resolución extranjera, no prevista en el mecanismo convencional (sobre este último aspecto *vid.* sent. Aud. Provincial de Palma de Mallorca (Secc. 3ª) de 19 de marzo de 1990, *RGD*, vol. XLVII, núms. 556-557, 1991, pp. 878-880, nota de A. Borrás Rodríguez,

cuestión relativa al mecanismo para ejecutar en España las resoluciones extranjeras en el marco del Convenio debe encontrar una vía de solución en los nuevos arts. 1.901 a 1.909 LEC, introducidos por la Disposición final decimonovena de la LO 1/1996, que contienen, en los términos del art. 1.901 LEC, las medidas previstas para "los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita".

77. Ahora bien, es conocido que el CEREC es un convenio de reconocimiento y ejecución. En consecuencia su art. 14 reclama un procedimiento sencillo de reconocimiento y ejecución. Cabe pensar que el procedimiento de los arts. 1.901-1.909 LEC, orientado básicamente a satisfacer las exigencias del CHSIM, será útil respecto del CEREC cuando con base en éste se pretenda la restitución de un menor, como ejecución de una decisión en materia de custodia incluida en el ámbito del Convenio. Sin embargo, ese procedimiento no da plena satisfacción al mandato contenido en el art. 14 CEREC, pues no contiene normas específicas en relación con el reconocimiento de resoluciones en materia de custodia de menores⁽²³⁷⁾. El carácter de jurisdicción voluntaria propio de los pronunciamientos en esta materia hace posible en nuestro ordenamiento el reconocimiento automático, coherente con el mandato del art. 14 CEREC. Queda abierta, sin embargo, la

REDI, 1991, vol. XLIII, pp. 507-510, p. 508). La afirmación de que el CEREC no da lugar a una "ejecución automática, ya que cabe entablar... una fase decisión y conocimiento, en la que se valora si procede o no acceder a la solicitud" (*vid.* Auto Aud. Provincial de Oviedo de 18 de febrero de 1992, *REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 316-317, p. 316, nota de M. Moya Escudero, pp. 317-320) no contradice el planteamiento sustentado, puesto que el reconocimiento automático en el sentido en el que aquí es empleado -en línea con el concepto asentado en la doctrina internacionalprivatista- incluye la valoración por parte de la autoridad ante la que se pretende hacer valer la resolución del cumplimiento de las condiciones para su eficacia en España.

²³⁷. Como sí hace, por ejemplo, la legislación procedimental alemana de desarrollo del CHSIM y del CEREC (*vid.* en particular § 7 de la *Gesetz zur Ausführung von Sorgerechtsübereinkommen und zur Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie anderer Gesetze*, de 5 de abril de 1990, reproducida en K. Siehr, "Art. 19 Anh. I-IV", *Münchener Kommentar zum BGB*, 2ª ed. (*Ergänzungsband 1. Lfg.*), München, 1992, Art. Anh. IV, pp. 1-4, p. 3).

cuestión de determinar cuál será el procedimiento para obtener una declaración general de reconocimiento, que resulte vinculante⁽²³⁸⁾, a diferencia de lo que sucede en el reconocimiento automático. Es claro que la posibilidad de obtener una declaración de reconocimiento forma parte de la esencia misma del sistema del CEREC⁽²³⁹⁾. La cuestión se plantea en términos equivalentes (a los expuestos al hilo del art. 14 CEREC) en relación con el compromiso de aplicar "un procedimiento sencillo y rápido", entre otros aspectos, "al reconocimiento... de una resolución relativa a la custodia o el derecho de visita" contenido en el art. 14 del Convenio bilateral hispano-marroquí relativo a estas materias (si bien debe tenerse en cuenta la posible incidencia, de cara a determinar el tribunal competente y el procedimiento disponible, del Convenio bilateral sobre cooperación judicial concluido simultáneamente).

No es difícil encontrar supuestos en los que la eficacia extraterritorial de las resoluciones sobre guarda y custodia se plantea al margen de su ejecución. Esto es, supuestos en los que se pretende una declaración de reconocimiento de la resolución extranjera y no su ejecución. Así, a modo de ejemplo, el previo reconocimiento en España de una resolución francesa reguladora de las relaciones de patria potestad puede ser determinante para que en aplicación de esa resolución las autoridades extranjeras permitan al progenitor que no ostenta la custodia disfrutar en España del derecho a tener al hijo en su compañía⁽²⁴⁰⁾ o para autorizar a fijar su residencia en el Estado

²³⁸. La vinculación, como quedó apuntado en relación con el régimen de fuente interna, hace referencia a la declaración de reconocimiento. No obsta a que la falta de cosa juzgada material propia de estas resoluciones y su peculiar modificabilidad hagan posible reformar la decisión reconocida.

²³⁹. Cf. J. von Staudinger (J. Pirrung), *Kommentar...., op. cit.*, p. 364, poniendo de relieve cómo en el marco del CB, su art. 26.2 cumple esta función (habilitar un procedimiento para obtener una declaración general de reconocimiento, siendo el reconocimiento automático el criterio general). En el sistema español, un planteamiento similar resultaría pleno de sentido en la medida en que se considere que el reconocimiento automático es el criterio de base en relación con las resoluciones de jurisdicción voluntaria.

²⁴⁰. Ese parece ser el fundamento del exequátur otorgado a una resolución judicial francesa homologadora del mutuo acuerdo de los padres sobre el régimen de visitas de sus hijas, en el que se pone expresamente de relieve que sólo se pretende el reconocimiento, por medio del ya citado Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1991, en el que la inaplicación del

requerido al progenitor que ostenta la custodia de un hijo cuya patria potestad comparte con el otro progenitor según la resolución extranjera⁽²⁴¹⁾.

De lo anterior cabe concluir que un procedimiento -rápido y sencillo- de ejecución (lo único regulado en los nuevos arts. 1.901-1.909 LEC) unido a la habilitación del reconocimiento automático y no vinculante (aplicado con carácter general a las resoluciones de jurisdicción voluntaria de naturaleza constitutiva), si bien supone un significativo avance respecto a la situación anterior, no es suficiente para cumplir con el compromiso asumido en el art. 14 CEREC. En este contexto, salvo que se establezca la aplicabilidad de otro mecanismo procedimental más rápido y sencillo - de acuerdo con el mandato del art. 14 CEREC-, la única vía, cuando lo que se pretende es obtener una declaración de reconocimiento en nuestro país de una resolución sobre custodia comprendida en el ámbito del convenio, es acudir al procedimiento de exequátur del art. 955 LEC (por supuesto, las condiciones a las que se subordina el reconocimiento son las previstas en el propio CEREC), como único previsto en nuestra normativa procesal para obtener tal finalidad⁽²⁴²⁾.

CEREC se fundamenta en que el supuesto quedaba fuera de su ámbito temporal. Crítico con tal práctica francesa, representada claramente en la ya mencionada decisión del *Juge aux affaires matrimoniales de Toulouse* de 20 de junio de 1985, *vid.* S. Álvarez González, "Secuestro...", *loc. cit.*, p. 13, n. 11.

²⁴¹. Así, en la jurisprudencia francesa *vid.* la decisión de la *Cour de cassation (1re Ch. civ.)* de 8 de diciembre de 1993 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, t. 83, pp. 553-554, con nota de H. Muir Watt, pp. 554-557) en la que la deficiencias del reconocimiento en Túnez de la resolución francesa reguladora de las relaciones de patria potestad determina la negativa a que el titular de la custodia pueda trasladar la residencia del hijo -junto a la suya- de Francia a Túnez.

²⁴². Como se puso ya de relieve, en situaciones en las que se pretendía la restitución de un menor con base en el CEREC el TS se ha manifestado en contra de su competencia para conocer de tales supuestos, por entender que el exequátur no es la vía adecuada al tratarse de diligencias judiciales de las previstas en los arts. 300 LEC y 277 LOPJ. Poniendo de relieve lo dudoso de la atribución genérica, a partir de esa práctica judicial a los Juzgados de Primera Instancia de la competencia para conocer de todo exequátur basado en el CEREC, *vid.* S. Álvarez González, "Nota a la sent. de la Aud. Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993", *REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 342-345, p. 345. Los nuevos arts. 1.901- 1.909 LEC parecen haber dado respuesta a la cuestión relativa al procedimiento de restitución de menores, regulando un cauce específico al respecto para el que es competente el Juez de Primera Instancia en cuya demarcación se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos. Ahora bien, tratándose de obtener una declaración de reconocimiento de una decisión extranjera parece que el único mecanismo previsto en nuestra legislación es el

III. Determinación de las condiciones

1. ALTERNATIVAS DE SOLUCION

78. La ausencia de regulación del régimen de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria en España está en el origen de la acusada falta de seguridad jurídica existente acerca de las condiciones a las que nuestro ordenamiento subordina tal eficacia. Mención aparte merecen los diversos regímenes convencionales, tanto bilaterales como multilaterales, relevantes en la materia, pues en los mismos se establecen los requisitos de cuyo cumplimiento se hace depender la eficacia extraterritorial. En consecuencia, cuando la resolución queda comprendida en el ámbito de alguno de los convenios, la determinación de las condiciones relevantes resulta de lo previsto en el propio convenio y no plantea las peculiares dificultades propias de la concreción de las condiciones del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en nuestro sistema de fuente interna.

Los convenios multilaterales vinculantes para España más significativos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria regulan materias muy concretas, a diferencia de los bilaterales, salvo el recién concluido con Marruecos sobre reconocimiento y ejecución en materia de custodia y derecho de visita y devolución de menores. Esta circunstancia aconseja singularizar el análisis de las condiciones previstas en cada uno de ellos, atendiendo a la materia objeto de tratamiento (núms. 138-153, *infra*). En lo relativo al régimen de fuente interna el tratamiento diferenciado en atención a

del art. 955 LEC, a tramitar ante el TS. Del mencionado Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1991 parece desprenderse que el exequátur previsto en el art. 955 LEC es la vía para obtener tal declaración en supuestos no incluidos -por una cuestión temporal- en el CEREC. No habiéndose habilitado una vía procedimental específica en desarrollo del CEREC para obtener la declaración de reconocimiento, parece que el exequátur ante el TS debe ser el mecanismo a emplear, aunque su adecuación con el art. 14 CEREC sea, como mínimo, cuestionable.

la materia viene reclamado en nuestro ordenamiento respecto de las adopciones constituidas ante autoridad extranjera (núms. 132-137, *infra*), pues sólo la eficacia de las mismas es objeto de regulación específica en cuanto a sus condiciones (art. 9.5 C.c.). Por el contrario, el análisis de las condiciones resultantes de los regímenes bilaterales, habida cuenta de su alcance general, se lleva a cabo -a excepción del Convenio hispano-marroquí sobre custodia de menores- en paralelo con los requisitos derivados del régimen común de fuente interna (núms. 93-131, *infra*), valorando al hilo de cada una de las condiciones en qué medida resulta modificada de ser aplicable uno de los convenios bilaterales.

79. Tradicionalmente, el planteamiento más extendido en la doctrina española ha tendido a localizar en los arts. 600 y 601 LEC las condiciones determinantes en nuestro régimen común de la eficacia de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria²⁴³). Tal postura venía determinada por la asimilación de la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria a la fuerza probatoria, como consecuencia de la ausencia de cosa juzgada material y de fuerza ejecutiva característica de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, así como por el entendimiento de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria se hallaban en todo caso al margen del ámbito del exequátur, lo que excluía la posibilidad de acudir a los arts. 954 ss LEC.

Más adelante, la doctrina constató cómo la reducción de la eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria a la meramente probatoria no se adecuaba bien a la heterogeneidad propia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria y de los efectos de sus resoluciones. Como consecuencia de tal desarrollo, se estableció una división. De una parte, los actos en los que la autoridad lleva a cabo una actividad meramente receptiva de declaraciones de voluntad, cuya eficacia extraterritorial se subordinaba al cumplimiento de las condiciones exigidas a todo documento público extranjero para producir fuerza probatoria. De otra, las resoluciones de

²⁴³. Vid. A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, op. cit., p. 178; y J.D. González Campos, *Curso...*, op. cit., pp. 347-348.

carácter constitutivo, cuya eficacia en nuestro país -al margen de su fuerza probatoria- debería subordinarse a condiciones adicionales. Una propuesta, considerando que las resoluciones de jurisdicción voluntaria quedan en todo caso al margen del exequátur debiendo excluirse el empleo de los arts. 954ss. LEC, mantiene que la eficacia constitutiva de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en España debe hacerse depender, además del cumplimiento de las exigencias de los arts. 600 y 601 LEC, de que la resolución sea eficaz conforme al ordenamiento designado como aplicable por nuestro sistema de D.I.Pr. a la cuestión de que se trate⁽²⁴⁴⁾. De otra parte, se ha apuntado también la posibilidad de aplicar analógicamente las condiciones resultantes del art. 954 LEC a las resoluciones de jurisdicción voluntaria⁽²⁴⁵⁾. Esta segunda posibilidad no representa sino la aplicación analógica a las resoluciones de jurisdicción voluntaria de la normativa reguladora con carácter general de las condiciones a las que se subordina el reconocimiento de las resoluciones judiciales (pronunciadas en procesos contenciosos).

80. La propuesta que subordina la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria a lo previsto en nuestras normas sobre ley aplicable implica la transposición a nuestro sistema de una técnica bien conocida a nivel comparado, en la medida en que coincide sustancialmente con lo que en la doctrina germana se ha denominado reconocimiento conflictual o teoría de la *lex causae* y con lo que en el contexto italiano se conoce como referencia al ordenamiento jurídico competente, planteamientos ya reseñados con anterioridad y que presentan notable similitudes entre sí. Debido a la especificidad de tales posturas doctrinales, no previstas de modo expreso en nuestro ordenamiento, así como a las complejas cuestiones que su aplicación suscita, parece oportuno abordar la valoración de las mismos y su virtualidad en nuestro ordenamiento jurídico en un epígrafe ulterior. Es

²⁴⁴. Vid., aunque con diferencias en sus planteamientos, I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, pp. 1.212-1.215; y J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 584-585.

²⁴⁵. Señalando la alternativa, *vid.* M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, p. 375.

preciso, con anterioridad, valorar el significado, en relación con la eficacia en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, de los arts. 600 y 601 LEC, de una parte, y 954 LEC -como expresión del régimen de condiciones aplicable con carácter general al reconocimiento de las "sentencias" extranjeras-, de otra.

2. SIGNIFICADO DE LOS ARTS. 600 Y 601 LEC

81. Ciertamente en nuestro ordenamiento, ante la ausencia de normas reguladoras con carácter general de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, se plantea la necesidad de concretar los criterios a seguir para determinar cuáles son las condiciones exigidas en el régimen de fuente interna.

Parece claro que en relación con la fuerza probatoria de los actos de jurisdicción voluntaria las disposiciones relevantes son los arts. 600 y 601 LEC, que contienen los requisitos precisos, con carácter general, para que los documentos públicos extranjeros puedan ser utilizados como medio de prueba. El valor probatorio no suscita propiamente una cuestión de reconocimiento, es decir la utilización de los documentos públicos extranjeros como medio de prueba se produce al margen de su reconocimiento. Los actos de jurisdicción voluntaria de carácter homologador o documentador⁽²⁴⁶⁾, como consecuencia de su esencia misma, sólo plantean, en lo relativo a la eficacia extraterritorial su posible valor probatorio (salvo en situaciones específicas en las que se plantea, al igual que ocurre con otros documentos públicos, su eficacia registral, por poder llegar a ser título para la inscripción, como ocurre con la declaración de herederos abintestato -art. 14 LH- e incluso su posible relevancia como título ejecutivo).

82. Las dificultades más acusadas surgen al concretar las condiciones

²⁴⁶. Que presentan cierta proximidad con los que parte de la doctrina internacionalprivatista ha denominado actos receptivos de declaraciones de voluntad, *vid.* M. Motulsky, "Les actes...", *loc. cit.*, p. 28; e I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, pp. 1.212-1.214.

para que las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras desplieguen en nuestro país su eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante. Tal eficacia es procesal, en la medida en que es producida y pretendida directamente por la resolución misma. Es la decisión judicial la que por sí misma configura la nueva situación jurídica en que consiste la eficacia constitutiva de la que deriva la llamada eficacia como hecho jurídico vinculante. Esta conclusión se impone aquí en los mismos términos que respecto de las sentencias constitutivas pronunciadas en procesos contenciosos, sin que el dato de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria carezcan típicamente de la vinculación propia de la cosa juzgada material, altere tal circunstancia. En consecuencia, cuando de lo que se trata es de hacer valer en España la eficacia constitutiva -o como hecho jurídico vinculante- de la resolución extranjera de jurisdicción voluntaria, la cuestión que se suscita es de reconocimiento en sentido propio, alejada de la relativa al mero valor probatorio de la resolución extranjera.

¿Cual es el fundamento en nuestro sistema jurídico para subordinar la eficacia constitutiva de las resoluciones de jurisdicción voluntaria a lo previsto respecto de la eficacia probatoria en los arts. 600 y 601 LEC? Tal fundamento parece ser la inexistencia de otras normas relevantes, en la medida en que el empleo (análogo) del régimen de condiciones derivado del art. 954 LEC queda vedado porque las resoluciones de jurisdicción voluntaria se hallan fuera del ámbito del exequátur. Asimismo, se considera relevante que las condiciones retenidas en el art. 600 LEC exceden de lo que es necesario para la eficacia probatoria. También se entiende que tal planteamiento se corresponde con lo dispuesto en el art. 84.1 RRC para el efecto constitutivo de las sentencias.

83. Pues bien, tratándose de decidir acerca del reconocimiento de la eficacia constitutiva de una resolución judicial extranjera el significado de los arts. 600 y 601 LEC no parece que deba ir más allá de su relevancia para probar la autenticidad de la resolución, condicionante del reconocimiento en España de toda resolución judicial (*ex* art. 954.4 LEC). De una parte, la

supuesta adecuación a lo dispuesto en el art. 84.1 RRC parece ser de un valor muy relativo, en la medida en que esa disposición viene referida al concreto ámbito registral, estableciendo un régimen privilegiado en relación con la eficacia constitutiva de las resoluciones judiciales extranjeras -tanto contenciosas como de jurisdicción voluntaria- determinante de ciertas actuaciones registrales -eso sí, de especial trascendencia, por lo habitual que resulta que la condición derivada de la decisión de jurisdicción voluntaria se invoque como complementaria para la inscripción de un acto. De otra, la pretendida adecuación de los requisitos 1º y 2º del art. 600 LEC como condiciones determinantes de la eficacia constitutiva de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en España contradice tanto la esencia de la cuestión a decidir, pues ésta es de reconocimiento (y el art. 600 LEC no va referido al reconocimiento en España de los efectos procesales de las decisiones judiciales extranjeras), como la configuración propia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en los que no es en absoluto común "que los otorgantes se obliguen", circunstancia a la que va referida el requisito 2º del art. 600. Por otra parte, no parece preciso acudir al requisito 1º del art. 600 para fundamentar el control del orden público como condición de reconocimiento.

Además, surgen dudas adicionales, al marginarse las condiciones aplicadas con carácter general en nuestro régimen de fuente interna al reconocimiento de las decisiones judiciales. Así, si se rechaza la aplicación (analógica) de las condiciones determinantes del reconocimiento de las decisiones judiciales (contenciosas) en beneficio de los arts. 600 y 601 LEC -aunque vayan acompañados de la referencia al ordenamiento designado por la norma de ley aplicable en la materia- parece que sería posible con carácter general la eficacia en España de resoluciones de jurisdicción voluntaria todavía no firmes en el Estado de origen, así como la eficacia de decisiones contradictorias con otras eficaces en España (la necesaria modulación de esta condición debido a la menor estabilidad propia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria no impide, como se analiza más adelante, que opere también en el ámbito de la jurisdicción voluntaria). Asimismo, tampoco la

referencia a la licitud del asunto o materia del acto o contrato contenida en el art. 600.1º LEC (que, una vez más, no es una norma sobre reconocimiento de decisiones) parece estar ideada para fundar el control de las garantías procesales en el procedimiento que dio lugar a la resolución de jurisdicción voluntaria cuya eficacia constitutiva se pretende hacer valer en nuestro país. Son requisitos propios del reconocimiento de toda decisión judicial que, como habrá oportunidad de desarrollar, deben operar (también) en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

La conclusión de lo anterior es que los art. 600 y 601 LEC distan de ser un instrumento singularmente útil respecto del reconocimiento de la eficacia constitutiva de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, el peso del planteamiento consistente en rechazar la aplicación analógica de las condiciones previstas con carácter general para el reconocimiento de las sentencias contenciosas parece recaer en su otro componente, la llamada referencia al ordenamiento jurídico competente. Es esta una cuestión objeto de tratamiento más adelante (núms. 87-92, *infra*).

3. ASIMILACION A LAS CONDICIONES EXIGIDAS AL RESTO DE LAS DECISIONES JUDICIALES

84. Caracterizada la cuestión a resolver como de reconocimiento en sentido propio (lo que debe concretarse es el régimen determinante de la eficacia procesal -constitutiva- en España de una resolución extranjera), cabe entender que la solución en nuestro ordenamiento jurídico, a falta de regulación general al respecto, debe elaborarse con base en los criterios establecidos para decidir acerca del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras (adoptadas en procesos contenciosos). Es decir, la solución vendría dada por la aplicación (analógica) de las condiciones determinantes del reconocimiento de las sentencias pronunciadas en procesos contenciosos.

El recurso a tales condiciones aparece justificado por la idéntica naturaleza del problema (decidir acerca de la eficacia procesal de una

resolución judicial extranjera), sin que existan elementos determinantes para rechazar el recurso a tales normas. Con frecuencia se ha entendido que la negativa a aplicar tales condiciones era consecuencia lógica de la marginación de las resoluciones de jurisdicción voluntaria del ámbito del exequátur. Ahora bien, además de que esa marginación no es absoluta, el mecanismo de reconocimiento (exequátur frente a reconocimiento automático) y las condiciones a aplicar para decidir acerca del mismo son cuestiones claramente diferenciables.

85. La constatación de que el mecanismo de exequátur no es normalmente exigible a las resoluciones de jurisdicción voluntaria -al carecer típicamente de la vinculación de la cosa juzgada material y de fuerza ejecutiva- no implica necesariamente que a la hora de decidir acerca del reconocimiento de la eficacia constitutiva de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria deban marginarse las condiciones previstas con carácter general en nuestro sistema de fuente interna respecto del reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras (pese a que su regulación en nuestro ordenamiento aparezca vinculada con la del concreto mecanismo de reconocimiento que no es aplicable). Ni la ubicación en el Título II LEC de la norma básica al respecto, ni la terminología empleada en los arts. 951-958 LEC son decisivos. Cabe incluso señalar que la exigencia de firmeza -mencionada expresamente en el art. 951 LEC- propiamente sí es predicable de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, que son susceptibles de ser definitivas e inatacables en el mismo procedimiento. La circunstancia de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria carezcan de la vinculación de la cosa juzgada material no parece determinante para excluir la aplicación analógica de ese régimen, en la medida en que se pretenda hacer valer en España la eficacia constitutiva de la resolución⁽²⁴⁷⁾.

²⁴⁷. Nuestra jurisprudencia ha aludido en ocasiones a la falta de cosa juzgada material de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria (tratándose normalmente de resoluciones meramente documentadoras o autenticadoras) y a su falta de firmeza, no siempre diferenciando con claridad entre ambos conceptos, *vid.* Autos TS (Sala 1ª) de 7 de febrero de 1955 y de 8 de febrero de 1985. En otras ocasiones, tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria con eficacia constitutiva (o con fuerza ejecutiva) el TS ha accedido al

La utilización (analógica) de las condiciones exigidas en relación con las sentencias contenciosas es además plenamente coherente con la técnica seguida en los diversos convenios (bilaterales) en los que los requisitos retenidos no varían sustancialmente en función de que la naturaleza de la decisión sea contenciosa o de jurisdicción voluntaria; asimismo, resulta llena de sentido habida cuenta de lo difusos que en ocasiones son los límites entre el ámbito contencioso y la jurisdicción voluntaria⁽²⁴⁸⁾ y de que la cuestión a resolver es relativa propiamente al reconocimiento procesal de decisiones judiciales. Por último, el régimen resultante es, sin duda, más adecuado, que el que se basa en el empleo de los arts. 600 y 601 LEC, que no parecen el marco adecuado para controlar, por ejemplo, la no contradicción de la decisión extranjera con otras eficaces en España, el respeto de las garantías procedimentales o la competencia del órgano de origen de la decisión.

86. Siguiendo este planteamiento, cabe entender que, en línea con la regulación general del reconocimiento de las sentencias contenciosas en nuestro régimen de fuente interna⁽²⁴⁹⁾, las condiciones a las que se subordina en tal régimen la eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria son: autenticidad de la decisión, firmeza y eficacia en el país de origen, control de la competencia judicial internacional, no contradicción con decisiones eficaces ni

exequátur incluso poniendo expresamente de relieve la ausencia de cosa juzgada material de la resolución, *vid.* entre los Autos favorables al exequátur de las resoluciones de jurisdicción voluntaria ya reseñados, en particular el de 15 de diciembre de 1987, que, además parece admitir el exequátur de resoluciones de jurisdicción voluntaria no firmes, señalando expresamente acerca de la resolución extranjera a la que concede el exequátur que "no tiene (habida cuenta de su naturaleza, según la cual podría modificarse y aun dejarse sin efecto, por decisión del organismo judicial competente), el carácter de firme que el art. 951 LEC requiere". Lo cierto es que la ausencia de firmeza, a diferencia de la falta de cosa juzgada material, no resulta de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, de modo que no parece haber motivo para marginar como condición del exequátur la firmeza de la resolución cuando esta es de jurisdicción voluntaria.

²⁴⁸. Cf. M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, p. 375.

²⁴⁹. Para una visión de conjunto al respecto, *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 550-578; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 377-395.

procedimientos pendientes en España y control del orden público y de las garantías procesales. Particularmente relevante resulta en este contexto valorar cómo deben ser interpretados estos requisitos respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria.

4. RECONOCIMIENTO CONFLICTUAL Y RELEVANCIA DE LA *LEX CAUSAE*

87. No han faltado en nuestro país, las voces partidarias de acudir a las normas sobre Derecho aplicable como determinantes de la eficacia constitutiva de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. Tal planteamiento aparece fundamentado en el entendimiento de que el efecto constitutivo de las decisiones de jurisdicción voluntaria no deriva de la resolución judicial, sino de la norma material que contempla la necesidad de la resolución, resultando imposible desconocer que una determinada consecuencia se ha producido en el ordenamiento jurídico competente⁽²⁵⁰⁾. En tales circunstancias lo que se suscita no es una cuestión propiamente de reconocimiento de los efectos de una resolución extranjera, sino de la necesaria aceptación de situaciones jurídicas consolidadas en el ordenamiento rector de las mismas.

88. Con anterioridad, en el panorama comparado ha existido en especial una doble manifestación -fundamentalmente en Italia y Alemania- de la tendencia a subordinar la eficacia de las resoluciones constitutivas de jurisdicción voluntaria a lo dispuesto en la ley aplicable a la relación de que se trate. Por una parte, en Alemania gozó de aceptación la idea de hacer depender el reconocimiento de la eficacia constitutiva de las resoluciones extranjeras -en particular de las de jurisdicción voluntaria- de lo dispuesto en el ordenamiento aplicable al asunto según la norma de Derecho aplicable. Semejante planteamiento se traducía en un tratamiento privilegiado de las

²⁵⁰. Cf. I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", *loc. cit.*, p. 1.215, e *id.*, "Nota...", *loc. cit.*, opinando que tal solución encuentra acogida en el Auto TS (Sala 1ª) de 18 de septiembre de 1986.

decisiones procedentes del país cuya ley es aplicable al fondo del asunto, que siempre serían eficaces. Por su parte, la eficacia de las decisiones de terceros países se hacía depender de la consideración sobre el particular en el país de la *lex causae*⁽²⁵¹⁾. En la actualidad, tal planteamiento, que nunca tuvo reflejo legislativo, es rechazado generalizadamente en Alemania, por entender que implica un erróneo entendimiento de la naturaleza de la eficacia constitutiva y, en particular, una perversión de la finalidad de las normas sobre Derecho aplicable (cuya función es determinar la ley que deben aplicar los tribunales del foro para decidir situaciones de tráfico externo), así como un incorrecto entendimiento de las normas procesales sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, en concreto de la función asignada en las mismas al control de la competencia judicial internacional(-).

Por otra parte, ha tenido significativa difusión el llamado método de coordinación entre ordenamientos, de origen italiano. Se trata de un método autónomo y alternativo respecto del tradicional D.I.Pr. Según el método de coordinación entre ordenamientos, el que la situación jurídica constituida en el extranjero sea eficaz en el ordenamiento competente (*lex causae*) o resulte susceptible de serlo (por poder ser reconocida en ese país) es determinante de su eficacia en el foro. No se trata en realidad del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, sino de la aceptación de situaciones existentes en el extranjero⁽²⁵³⁾. En el plano legislativo, este método ha tenido sólo parcial acogida en los arts. 65 y 66 de la Ley italiana de D.I.Pr., que si bien parecen responder a esa técnica presentan múltiples deficiencias a la luz de la misma⁽²⁵⁴⁾. En particular, porque la referencia al ordenamiento jurídico

²⁵¹. Muestra clara de esta tendencia en el ámbito de las resoluciones de jurisdicción voluntaria es el planteamiento de H. Dölle, "Über einige...", *loc. cit.*, pp. 235-238. En nuestro país, se ha considerado que tal postura goza de cierto predicamento en la práctica de la DGRN en relación con sentencias constitutivas (M.A. Amores Conradi, "Eficacia...", *loc. cit.*, pp. 306-308).

²⁵². Con carácter general, *vid.* D. Martiny, *Handbuch...*, *op. cit.*, pp. 129-135 y 190-191; R. Geimer, *Internationales...*, *op. cit.*, pp. 14-17; e *id.*, *Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 37-42. En concreto, respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, *vid.* con anterioridad al § 16 FGG, D. Martiny, *Handbuch...*, *op. cit.*, pp. 239-241; y con posterioridad al mismo, R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 92; y J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 72-75.

²⁵³. *Vid.* P. Picone, *Ordinamento...*, *op. cit.*, pp. 85-109.

²⁵⁴. *Vid.* P. Picone, "I metodi...", *loc. cit.*, pp. 657-666. y S. Bariatti, "Articoli...", *loc. cit.*,

competente, a diferencia de lo que se desprende de los arts. 65 y 66 de la nueva Ley (que prevén, por ejemplo, la necesidad del control de que el órgano del que procede la decisión ha respetado las garantías procesales), no contempla un mecanismo peculiar de reconocimiento en sentido propio, es decir determinante de la extensión de efectos procesales que una resolución judicial produce en el Estado de origen⁽²⁵⁵⁾.

Mención separada merece la Ley suiza de D.I.Pr. de 18 de diciembre de 1987, que como criterio general acerca del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria establece (art. 31) la aplicación analógica del régimen previsto para las decisiones contenciosas. La circunstancia de que en materias concretas, algunas de jurisdicción voluntaria, prevea específicamente el reconocimiento de las decisiones procedentes de determinado ordenamiento -por ejemplo, de las declaraciones de fallecimiento pronunciadas en el Estado de la última nacionalidad o domicilio del declarado (art. 42), de las decisiones sobre divorcio y separación de cuerpos adoptadas o reconocidas en el Estado del domicilio, de la residencia habitual o de la nacionalidad de uno de los cónyuges (art. 65), o de las adopciones pronunciadas en el Estado del domicilio o de la nacionalidad del adoptante o de los cónyuges adoptantes (art. 78)- no implica, pese a lo que pudiera parecer, un reconocimiento conflictual ni la utilización del método de la referencia al ordenamiento jurídico competente, sino simplemente la reglamentación específica de una de las condiciones del reconocimiento conflictual, la relativa al control de la competencia judicial internacional del juez de origen⁽²⁵⁶⁾.

89. Caracterizada la eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria como de

pp. 1.232-1.341.

²⁵⁵. Cf. P. Picone, "I metodi...", *loc. cit.*, p. 661.

²⁵⁶. Cf. B. Dutoit, *Commentaire...*, *op. cit.*, p. 91; P. Volken, "Art. 31"..., *loc. cit.*, pp. 317-318; *id.*, "Art. 65", *IPRG Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 487-491, p. 489; y K. Siehr, "Art. 78", *IPRG Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 609-615, *passim*. Para un ejemplo de la aplicación de los criterios del art. 78 como reglas de competencia indirecta, *vid.* la Sent. Tribunal Fédéral de 13 de enero de 1994 (*Journ. dr. int.*, vol. 123, 1996, pp. 710-711).

carácter procesal (o procedimental), resultante directamente de la decisión misma, es claro que la cuestión suscitada es propiamente de reconocimiento. No existe fundamento en nuestro ordenamiento para hacer depender la solución al respecto de lo previsto en la normativa sobre derecho aplicable. Al igual que ocurre en lo relativo al efecto constitutivo de las sentencias contenciosas⁽²⁵⁷⁾, la extensión a España de la eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria depende de que las mismas cumplan las condiciones para su reconocimiento procesal. Es decir, con carácter general, cabe afirmar que en nuestro ordenamiento no encuentra acogida el llamado reconocimiento conflictual, que hace depender la extensión a nuestro país de efectos producidos por resoluciones judiciales extranjeras de lo que establezca el ordenamiento al que se remite la norma de conflicto en la materia.

Cualquier otra solución implicaría no sólo un grave menoscabo de la finalidad propia de las normas sobre Derecho aplicable sino también una inadecuada reglamentación del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. De otra parte, la llamada técnica del ordenamiento jurídico competente no aborda cuestiones de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, sino de aceptación de situaciones consolidadas en el ordenamiento aplicable al supuesto de que se trate. Con carácter general, ese planteamiento no puede determinar, por lo tanto, el reconocimiento (procesal) de la eficacia constitutiva de las resoluciones judiciales extranjeras. Cuestión distinta es en qué medida la situación consolidada en el extranjero puede resultar un hecho determinante en la aplicación de las normas materiales designadas a través de reglas de D.I.Pr. para resolver un supuesto de tráfico externo.

90. De la íntima vinculación entre normas materiales y procedimentales característica de la jurisdicción voluntaria resulta una peculiar dificultad a la hora de delimitar la interacción entre las normas sobre

²⁵⁷. Vid. M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 367-368; y F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, pp. 52-53, si bien este último lo vincula con la distinta cuestión del control de la ley aplicada.

el reconocimiento de decisiones extranjeras y las normas sobre Derecho aplicable. Tal situación se produce en particular cuando la resolución extranjera de jurisdicción voluntaria es determinante de la aplicación de una norma material. En tales circunstancias, el criterio general que niega la dependencia de la eficacia (constitutiva) de las resoluciones de jurisdicción voluntaria de lo dispuesto en el ordenamiento al que se remite la norma de conflicto en la materia debe ceder. Ahora bien, sólo cede en la medida en que no se trate propiamente de hacer valer en nuestro país la eficacia constitutiva sino de un efecto material de tal resolución extranjera, es decir, relativo a las consecuencias que de la misma resultan para la aplicación de la *lex causae*. Por consiguiente, esta matización no implica admitir aquí el reconocimiento conflictual, ya rechazado; se trata tan sólo de caracterizar ciertos supuestos que no plantean propiamente una cuestión de reconocimiento (procesal), lo que explica la peculiaridad de su tratamiento respecto del que corresponde al reconocimiento de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo.

Las resoluciones que dan pie a este tipo de situaciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria son en especial las relativas a los nombramientos y, sobre todo, a las autorizaciones judiciales para la realización de un negocio jurídico⁽²⁵⁸⁾. Basta pensar en nuestro ordenamiento en la resolución judicial que autoriza al tutor, por ejemplo, para enajenar o gravar bienes inmuebles del tutelado (art. 271.2º C.c.) o en la que autoriza al representante del ausente a realizar actos de disposición (art. 186 *in fine* C.c.). En tales resoluciones la eficacia constitutiva consiste en la extensión del poder del tutor (o del representante del ausente) para llevar a cabo un concreto negocio de disposición. La resolución judicial que concede la autorización puede ser determinante de la validez del negocio jurídico de disposición. Es decir, la resolución que otorga la autorización es una circunstancia decisiva en la aplicación de una norma material, por ejemplo, la que determina la ineficacia del contrato concluido sin la misma.

²⁵⁸. Planteando la situación, *vid.* R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, pp. 93-94; e *id.*, "Internationalrechtliches...", *loc. cit.*, pp. 115-116. En contra de su propuesta, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 75-77.

91. La clave de la cuestión viene determinada por la diferenciación - particularmente compleja- de aquellos supuestos en los que se pretende hacer valer en España la eficacia constitutiva de la resolución extranjera que establece una posición (tutor, padre adoptivo...) o autoriza un negocio, de aquellos en los que la resolución extranjera es sólo relevante en el marco de la aplicación de una norma material, con independencia de su reconocimiento (procesal) en nuestro país. De este modo, siempre que se trate de hacer valer en España el poder atribuido al tutor o al representante cabe entender que la eficacia constitutiva de la resolución extranjera debe ser reconocida en nuestro país (se trata de supuestos de reconocimiento procesal en sentido propio). En particular, tal será la situación siempre que la exigencia de autorización deriva de la legislación española, por ser ésta la *lex causae*⁽²⁵⁹⁾. En esas circunstancias cabe entender que es necesario que la resolución extranjera cumpla los requisitos para desplegar en España su eficacia constitutiva, de modo que es determinante la eficacia en nuestro país de la resolución que modifica la posición del tutor o del representante, quedando autorizado para concluir el negocio jurídico. En consecuencia, es preciso que la resolución extranjera reúna los requisitos para ser reconocida en España⁽²⁶⁰⁾. Ahora bien, y se trata de una circunstancia, de particular relevancia práctica, cuando la resolución judicial que concede la autorización condicionante de la validez del acto es relevante a efectos de la inscripción registral del mismo en España es preciso tener en cuenta las especialidades de la normativa registral, tendentes a flexibilizar los términos en los que la decisión extranjera puede desplegar eficacia en ese ámbito (núms. 157-158,

²⁵⁹. Respecto de la determinación de la *lex causae* relevante es de señalar que en el plano del Derecho aplicable la exigencia de autorización no deriva de la ley rectora del estatuto contractual, sino que se halla sometida a conexión autónoma, siendo una exigencia de la ley aplicable a la capacidad (o más exactamente de la tutela o de la situación de ausencia que condiciona la capacidad).

²⁶⁰. La situación coincide sustancialmente con la que se presenta cuando lo que está en cuestión es el llamado efecto como supuesto normativo o de tipicidad, *vid.* en el ámbito de las sentencias contenciosas, entendiendo que es preciso que las resoluciones extranjeras sean reconocidas en nuestro país, para desplegar esa eficacia siempre que se trate de la aplicación de normas españolas, *vid.* F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, pp. 73-74.

infra).

La eficacia extraterritorial de la decisión puede plantear aquí específicas exigencias interpretativas como consecuencia de la íntima vinculación existente entre normas materiales y procedimentales, en particular, en relación con las normas que regulan que el acto de disposición que ha sido autorizado debe llevarse a cabo a través de un determinado procedimiento (*vid.*, *v. gr.*, 2.015 LEC). Las pautas de solución cabe pensar que son las siguientes. Con carácter general, será posible reconocer la decisión judicial extranjera autorizando, por ejemplo, la enajenación de un bien inmueble del menor situado en España. Es la ley aplicable a la tutela (o el ordenamiento con base en el cual se han adoptado las medidas de protección del menor) la competente, en principio, a la luz de nuestras normas de D.I.Pr. para determinar las formalidades que deben satisfacerse para llevar a cabo la enajenación⁽²⁶¹⁾. Ahora bien, en ocasiones el cumplimiento de tales formalidades exigirá la intervención de autoridades del país en cuyo territorio se encuentre el bien (inmueble) (en este caso España), por ejemplo, para llevar a cabo la venta en pública subasta, por lo que serán relevantes las normas de la ley de ese país que regulan la actuación de sus autoridades⁽²⁶²⁾.

92. Es posible que una resolución extranjera que realiza un nombramiento o concede una autorización para celebrar un negocio jurídico (o también otro tipo de decisiones constitutivas) resulte determinante en la aplicación de una norma material extranjera por nuestros tribunales, sin que la eficacia constitutiva de tal resolución pretenda hacerse valer en España. A modo de ejemplo, cabe plantear lo que sucedería en el caso de la interposición de una demanda ante los tribunales españoles frente a una persona

²⁶¹. Algunos sistemas de D.I.Pr. proclaman una solución distinta, así el art. 410 del Código civil argentino establece que cuando se trata de la enajenación por el tutor de bienes situados en el extranjero, las exigencias a las que se subordina la enajenación son las del país en el que se hallan los bienes (*vid. Código civil argentino y legislación complementaria*, 26ª ed., Buenos Aires, 1993, p. 141)

²⁶². Sobre esta cuestión, planteando en el Derecho belga diversas hipótesis, al hilo de una muy ilustrativa práctica jurisprudencial, *vid.* L.F. Ganshof, C. Van Buggenhout, "La protection des biens des mineurs dans les relations internationales", *Rev. belge dr. int.*, vol. XV, 1980, pp. 149-164, pp. 159-164.

domiciliada en nuestro país, solicitando la resolución de un contrato celebrado por esa persona en Lima (Perú) con el tutor de un menor nacional chileno domiciliado en Perú relativo a la venta de bienes del menor situados en varios países de América. La eventual exigencia de autorización judicial al tutor y las consecuencias de la falta de la misma vendrían determinadas, cualquiera que fuera la ley del contrato, por la ley rectora de la tutela -en principio, la ley chilena según el art. 9.6 C.c. (a similar solución conduciría el recurso a la ley aplicable a la capacidad)- pues se trata de una cuestión sometida a conexión autónoma.

La determinación de en qué medida una eventual autorización concedida por una autoridad judicial extranjera -por ejemplo, de Chile, país del que es nacional el tutelado, o de Perú, lugar donde tiene su residencia- satisface la exigencia derivada de la norma material extranjera aplicable -el art. 393 del Código civil chileno²⁶³), de contenido semejante al referido art. 271 C.c.- con el fin de decidir la suerte del contrato celebrado en Montevideo, parece resultar totalmente ajeno al reconocimiento en España de la resolución extranjera en cuestión. No se trata de hacer valer la eficacia constitutiva (o como hecho jurídico vinculante) de tal resolución en el ordenamiento español.

Lo determinante en tales circunstancias parece ser que la resolución judicial dé cumplimiento a la exigencia impuesta en la norma material extranjera. En consecuencia, debe ser fundamental la valoración de la autorización judicial en el marco de la normativa material aplicable. Así, tratándose de una resolución judicial otorgando la autorización, que procede del país cuya ley opera como *lex causae* y de cuya normativa material resulta la necesidad de autorización (en este caso, Argentina), parece que la relevancia de la misma como dato determinante en la aplicación de la norma material no debe ser cuestionada en nuestro ordenamiento. Si la decisión procede de un país distinto de aquel cuyo ordenamiento se aplica a título de *lex causae*, lo decisivo debería ser la valoración de tal resolución -como dato determinante de la aplicación de una norma material- en el ordenamiento

²⁶³. *Código Civil (Edición oficial)*, 9º ed., Santiago de Chile, 1988, p. 122.

jurídico de la *lex causae*⁽²⁶⁴⁾, en concreto en lo relativo a su relevancia para satisfacer el requisito de la autorización impuesto en la norma material.

Debe quedar claro que la valoración de la eficacia de la decisión extranjera conforme a la *lex causae* sólo es relevante según esta interpretación en la medida en que la decisión resulte determinante de la realización del supuesto de hecho de una norma material. En tales situaciones se impone la toma en consideración de la *lex causae* en los términos expuestos. Siendo la *lex causae* el ordenamiento español, será preciso típicamente el previo reconocimiento procesal de la resolución extranjera. Ciertamente, es importante destacar que este planteamiento no menoscaba el rechazo del llamado reconocimiento conflictual con carácter general en nuestro sistema, que impone siempre el reconocimiento procesal como presupuesto para que la decisión extranjera de jurisdicción voluntaria pueda desplegar aquí su eficacia constitutiva o como hecho jurídico vinculante; situación que puede no concurrir cuando la decisión es sólo determinante de la realización de un concepto o categoría empleado en el supuesto de hecho de la norma material extranjera aplicable (por ejemplo, la autorización reclamada por la normativa foránea para la validez de un negocio o el carácter de hijo adoptivo preciso conforme a una norma extranjera para adquirir un derecho).

²⁶⁴. Fenómeno, por otra parte, bien conocido, pero plagado de dificultades, *vid.*, en relación con el sistema alemán, M. Ferid, "Im Ausland erfüllte Tatbestandsmerkmale inländischer Sachnormen (Ein Ansatz)", *GRUR Int.*, 1973, pp. 472-478, pp. 477-478.

CAPITULO CUARTO

RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE JURISDICCION VOLUNTARIA (II): CONDICIONES Y EFECTOS

I. Eficacia y firmeza en el Estado de origen

1. INTERPRETACION DE LA EXIGENCIA DE FIRMEZA

93. De la esencia misma del reconocimiento, deriva que la extensión de efectos a nuestro ordenamiento sólo puede tener lugar cuando la resolución judicial de que se trate es eficaz en el país de origen⁽²⁶⁵⁾. Es claro, por lo tanto, que cuando la resolución carece de eficacia en el Estado de origen no puede desplegarla en España. Esta constatación no es relevante sólo en relación con las resoluciones que son nulas en el país de origen⁽²⁶⁶⁾, supuestos poco frecuentes⁽²⁶⁷⁾, sino que también impide el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria que hayan devenido ineficaces, por haber sido modificadas⁽²⁶⁸⁾.

Asimismo, la circunstancia reseñada se proyecta sobre las situaciones en las que conforme al ordenamiento de origen la eficacia constitutiva de la resolución no deriva de su existencia misma, sino de ulteriores formalidades como puede ser su inscripción registral⁽²⁶⁹⁾. Por lo demás, ha debido quedar

²⁶⁵. Cf. R.A. Schütze, "Die Anerkennung nichtiger Urteile", *IPRax*, 1994, vol. 14, pp. 266-268, p. 267.

²⁶⁶. Un ejemplo de tal situación parece recogerse en el Auto TS (Sala 1ª) de 10 de mayo de 1990, que si bien concede el exequátur de una sentencia de divorcio procedente de EE.UU., rechaza la eficacia de los pronunciamientos contenidos en la misma sobre custodia de los hijos al haber sido anulados por una decisión posterior.

²⁶⁷. Cf. R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 99.

²⁶⁸. Así había ocurrido respecto del derecho de visita inicialmente concedido por un tribunal francés y suprimido por una posterior decisión del mismo país, en el supuesto que dio lugar al Auto TS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1984.

²⁶⁹. Cf., haciendo referencia a diversas legislaciones nacionales en materia de acogimiento de menores y adopción, J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, p. 106. Al margen

claro ya que, marginando buena parte de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, sólo son susceptibles de reconocimiento las resoluciones de jurisdicción voluntaria que en el Estado de origen (y, en principio, también en España) produzcan eficacia constitutiva (o tengan fuerza ejecutiva).

94. Más dificultades interpretativas plantea el requisito de firmeza. Respetando la terminología de la LEC, en el sistema de fuente interna, la posibilidad de que decisiones judiciales extranjeras tengan fuerza en España se limita a las "sentencias firmes". En un marco en el que la literalidad de la norma, por su imprecisión e inadecuación, resulta mucho menos relevante de lo habitual, la noción de sentencia del art. 951 LEC ha sido interpretada de modo flexible, incluyendo toda resolución judicial, cualquiera que sea su denominación, que resuelva sobre las pretensiones de las partes⁽²⁷⁰⁾. En la misma línea, sólo serán susceptibles de reconocimiento resoluciones de jurisdicción voluntaria que sean definitivas, por resolver sobre la petición contenida en la solicitud que originó el expediente.

La exigencia de que la decisión sea firme ha sido determinante de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria hayan sido marginadas -más por la doctrina que por la jurisprudencia⁽²⁷¹⁾, en la que cabe encontrar

de la jurisdicción voluntaria, esta situación ya había sido puesta de relieve en relación con el reconocimiento en España de sentencias extranjeras de divorcio procedentes de ordenamientos según los cuales la eficacia constitutiva no se produce hasta que no tiene lugar la inscripción registral de la resolución, *vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 174-176; y J.D. González Campos, P. Abarca Junco, "Artículo 107", *Matrimonio y divorcio (Comentarios al Título IV del Libro Primero del C.c.)*, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1.331-1.358, pp. 1.354-1.355.

²⁷⁰. Cf., *v. gr.*, A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, *loc. cit.*, pp. 179-181; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, p. 374.

²⁷¹. Si bien insiste con especial intensidad en esta línea la argumentación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de exequátur que dió lugar al Auto TS (Sala 1ª) de 24 de septiembre de 1996, ya reseñado. No obstante, el mencionado Auto, si bien rechaza el exequátur del acta de divorcio marroquí, lo hace por otros motivos, marginando, con buen criterio, los argumentos ofrecidos por el Ministerio Fiscal, que incluyen generalizaciones muy cuestionables: "(l)os arts. 951, 954 y 958 se refieren a sentencias o ejecutorias, es decir, a resoluciones de carácter final recaídas en un proceso judicial que resuelve sobre las pretensiones deducidas por las partes, extendiéndose incluso a cualquier resolución firme que resuelva un proceso contencioso cualquiera que sea su denominación; pero no alcanza a las resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria, que no son

pronunciamientos de signo muy diverso- no sólo del mecanismo de los arts 951 y ss. LEC, sino también de las condiciones establecidas para el reconocimiento de las decisiones extranjeras en interpretación de los mismos (en concreto del art. 954 LEC). Quedó ya puesto de relieve no sólo cómo es posible para las resoluciones de jurisdicción voluntaria devenir firmes, sino también cómo en el estado actual de nuestro ordenamiento cabe entender que la solución apropiada, acerca de la determinación de las condiciones del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, es la asimilación a lo que ocurre respecto de las decisiones contenciosas, adecuando la interpretación de los requisitos exigidos a las peculiaridades de la jurisdicción voluntaria.

95. Con carácter general, la exigencia de firmeza como condición del reconocimiento (o, quizás más propiamente, como delimitadora de las resoluciones judiciales susceptibles de reconocimiento) implica, en línea con el significado que le es atribuido en el art. 369 LEC⁽²⁷²⁾, que la decisión no sea susceptible de ulterior recurso en el procedimiento en el que fue adoptada. Es claro que la firmeza debe ser apreciada conforme al ordenamiento del Estado de origen. La firmeza en este ámbito debe ser distinguida de la cosa juzgada material, concepto claramente diferenciable, que no es imprescindible para la obtención del exequátur, como demuestra la concesión respecto de

susceptibles de exequátur, toda vez que pueden impugnarse en el proceso correspondiente, todo ello salvo que por vía convencional se acuerde otra cosa, como actualmente sucede con los tratados concertados con Francia, Alemania y Austria..." Tales afirmaciones, en cuanto excluyen del exequátur, con carácter general, a todas las resoluciones de jurisdicción voluntaria (dejando a salvo la normativa convencional) no son aquí compartidas. Sin necesidad de reiterar planteamientos expuestos en otros lugares de este estudio, conviene reseñar que la aparente contradicción entre la esencia de (todas) las resoluciones de jurisdicción voluntaria (su impugnabilidad) y el exequátur, en la que se apoya la postura del Ministerio Fiscal, no se compagina con que se estime evidente la admisibilidad del exequátur respecto a las decisiones de esa naturaleza cuando un convenio internacional incluye en su ámbito de aplicación decisiones de jurisdicción voluntaria; por otra parte, en ninguno de los Estados con los que están suscritos los convenios mencionados existe conciencia de que el régimen convencional produzca tan trascendental alteración.

²⁷². *Vid., v. gr.*, J. Montero Aroca, M. Ortells Ramos, J.L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo (J. Montero Aroca), *Derecho...*, *op. cit.*, p. 363.

resoluciones ejecutivas, pero carentes de cosa juzgada material, por ejemplo, (en el ámbito contencioso) en materia de alimentos provisionales⁽²⁷³⁾. Otra interpretación de la exigencia de firmeza resultaría injustificadamente restrictiva⁽²⁷⁴⁾, menoscabando el principio *favor recognitionis* inspirador de nuestro ordenamiento en materia de reconocimiento de decisiones extranjeras.

En línea de principio, la firmeza se caracteriza por su carácter intraprocesal (intraprocedimental, cabría decir en el ámbito de la jurisdicción voluntaria). La falta de vinculación en ulteriores procedimientos, la posibilidad de que la resolución de jurisdicción voluntaria sea revocada o modificada en otro procedimiento no es consecuencia propiamente de la falta de firmeza, sino de la ausencia de cosa juzgada material que es característica del ámbito de la jurisdicción voluntaria. En esta medida, la firmeza sí es predicable de la jurisdicción voluntaria, no así la cosa juzgada material⁽²⁷⁵⁾. En consecuencia, sí parece tener sentido la exigencia del requisito de firmeza en relación con el ámbito de la jurisdicción voluntaria para excluir del reconocimiento las resoluciones susceptibles de recurso en el mismo procedimiento en el que fueron pronunciadas⁽²⁷⁶⁾ (si bien, como se pondrá de relieve, de la especificidad de la jurisdicción voluntaria derivan peculiaridades en la interpretación del concepto). Por contra, la exigencia de cosa juzgada material resulta injustificada, pues como ha quedado señalado no es en nuestro sistema presupuesto del reconocimiento (de las decisiones contenciosas). Así, resultan difícilmente admisibles ciertos pronunciamientos jurisprudenciales de los que parece desprenderse la imposibilidad con

²⁷³. Vid. A. Remiro Brotóns, *Ejecución...*, loc. cit., pp. 185-186. El entendimiento de este requisito como referido a la firmeza en sentido propio y no a la cosa juzgada material es común en el panorama comparado, cf., v. gr., A. Ferrer Correia, "La reconnaissance...", loc. cit., pp. 157-158.

²⁷⁴. Cf. A. Remiro Brotóns, *Ejecución...*, loc. cit., p. 185.

²⁷⁵. Vid. núms. 37-38, *supra*.

²⁷⁶. La no exigencia de tal requisito se justifica, sin embargo, cuando la eficacia de tales resoluciones no se concibe como una cuestión de reconocimiento, sino como resultante de la referencia al ordenamiento jurídico competente, vid., críticamente con la solución prevista en la Ley italiana de D.IPr. de 1995, P. Picone, "I metodi...", loc. cit., pp. 660-665; y G. Broggin, "La nouvelle...", loc. cit., p. 36.

carácter general de reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria debido a la falta de cosa juzgada material característica de las mismas⁽²⁷⁷⁾. Lo cierto es que semejantes apreciaciones parecen ser circunstanciales, derivando en realidad la negativa al reconocimiento en tales casos de elementos distintos, sólo predicables de ciertos actos de jurisdicción voluntaria, como el carácter meramente documentador o autenticador -no constitutivo- del acto que pretendía ser reconocido⁽²⁷⁸⁾.

Brevemente, en la medida en que son susceptibles de devenir firmes -no impugnables en el mismo procedimiento en el que fueron adoptadas- las resoluciones de jurisdicción voluntaria extranjeras satisfacen el requisito de firmeza⁽²⁷⁹⁾. La condición no debe considerarse incumplida porque la decisión sea ulteriormente modificable, a través de un procedimiento de revisión. De este modo, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria la firmeza de la resolución se aproxima a su carácter definitivo, entendido ahora como la que resuelve finalmente acerca de lo solicitado en el procedimiento en cuestión. La interpretación aquí propuesta encuentra apoyo en la práctica del TS, que ha declarado el reconocimiento de resoluciones de jurisdicción

²⁷⁷. *Vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1985, que niega el exequátur a un acto sobre declaración de herederos abintestato, aludiendo a que al ser un acto de jurisdicción voluntaria "no produce excepción de cosa juzgada material, siendo susceptible de nuevo planteamiento ante el órgano jurisdiccional"; Auto que ha sido considerado representativo de que la falta de firmeza de las resoluciones de jurisdicción voluntaria conduce a excluir del ámbito de los arts. 951 ss. LEC (J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso..., op. cit.*, pp. 523-524).

²⁷⁸. Tal es la situación en el supuesto que dió lugar al mencionado Auto TS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1985. A la misma materia -la eficacia de una declaración de herederos abintestato- va referido el Auto TS (Sala 1ª) de 9 de octubre de 1926 que niega también el exequátur, sin necesidad de aludir a la falta de cosa juzgada material, poniendo de relieve cómo por la peculiar eficacia que puede desplegar en España ese tipo de actos de jurisdicción voluntaria -meramente probatoria- carece de sentido solicitar aquí su ejecución (o reconocimiento).

²⁷⁹. La expresa mención del cumplimiento del requisito de firmeza al conceder el exequátur de resoluciones de jurisdicción voluntaria es bien conocida en la práctica del TS, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 2 de julio de 1981 (relativo a una resolución también francesa declarativa de una adopción simple). También en materia de adopción, el Auto TS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1983 pone de relieve el carácter definitivo de la resolución extranjera, verificando el cumplimiento de la exigencia en tal sentido, contenida en el Convenio bilateral hispano-colombiano de 1908.

voluntaria, por su naturaleza susceptibles de ser modificadas⁽²⁸⁰⁾.

96. Ciertamente, las dificultades que pueden derivar de la admisibilidad del reconocimiento de decisiones susceptibles de ser modificadas, posibilidad, por otra parte, bien conocida en el ámbito contencioso⁽²⁸¹⁾, no parece que deba conducir a su rechazo. En buena medida, esas dificultades se solucionan al contemplar que el reconocimiento no altera el carácter modificable de la resolución ni la posibilidad de reconocer la ulterior resolución modificatoria, y que la revisión puede también solicitarse ante los tribunales del Estado requerido. En realidad el tradicional recelo al reconocimiento de estas decisiones encuentra su verdadero fundamento en la circunstancia de que la prohibición de la revisión de fondo excluye la posibilidad de evaluar, al decidir acerca de su eficacia en el Estado requerido, no sólo en qué medida los elementos condicionantes de la decisión han variado desde que la misma se adoptó hasta que se solicita su reconocimiento, sino también si la valoración de ciertos intereses (normalmente, la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, cuya particular relevancia aparece vinculada al carácter tuitivo propio de la jurisdicción voluntaria y condicionante de los amplios poderes asignados a las autoridades en la misma) se ha realizado de modo opuesto a los criterios prevalentes o simplemente no han sido retenidos como determinantes de la resolución⁽²⁸²⁾.

²⁸⁰. *Vid.* recogiendo expresamente el cumplimiento del requisito de firmeza Auto TS (Sala 1ª) de 28 de febrero de 1984, relativo a una resolución sobre atribución en exclusiva de la patria potestad; y sin referencia a la firmeza, Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1991, declarando el reconocimiento de una resolución judicial homologadora del mutuo acuerdo de los padres sobre el régimen de visitas de las hijas (la circunstancia de que en ambos casos fuera aplicable el Convenio bilateral hispano- francés no altera su valor en la medida en que, como se pondrá de relieve, de tal Convenio no se desprende un tratamiento diferenciado en cuanto a la firmeza con respecto al régimen común).

²⁸¹. En particular, en lo relativo a las decisiones en materia de alimentos, *cf.* S. Álvarez González,, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, 1996, pp. 222-227.

²⁸². Así, en el Derecho inglés el planteamiento prevalente históricamente era negar el reconocimiento de las resoluciones sobre custodia de menores debido a su inherente modificabilidad y a la necesidad de salvaguardar el interés superior del menor, *cf.* P.M.

La prohibición de la revisión de fondo, como rasgo básico de nuestro sistema de reconocimiento⁽²⁸³⁾, se proyecta en términos similares sobre las resoluciones de jurisdicción voluntaria⁽²⁸⁴⁾. Ahora bien, pese a que puedan producirse nuevas circunstancias o a que incluso sea posible pretender una valoración distinta de los elementos relevantes, la realidad es que el reconocimiento implica, también aquí, sólo una extensión al Estado requerido de efectos que la resolución produce en el Estado de origen, cabiendo la posibilidad de solicitar -una vez ha tenido lugar el reconocimiento-, según las circunstancias, la modificación tanto en uno como en otro Estado⁽²⁸⁵⁾. De otra parte, cuando en la decisión extranjera se han vulnerado intereses esenciales, determinantes del sentido de las decisiones similares en el Estado receptor (baste aludir en materia de adopción a un desconocimiento total del interés del adoptado, o en las decisiones sobre custodia a la marginación del interés del menor o a la discriminación entre los progenitores) cabe pensar en que el recurso al orden público puede ser determinante para negar el reconocimiento, como habrá ocasión de poner de relieve.

North, J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 12ª ed., Londres, 1992, p. 731, señalando cómo la situación -que no coincidía con la imperante en otros países del *common law*- ha sido modificada en los últimos tiempos. Acerca de las peculiaridades al respecto en EEUU, *vid.* C. Kessedjian, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en Droit international privé aux Etats-Unis*, París, 1987, pp. 240-241. En otros sistemas el planteamiento preponderante es el reconocimiento de las decisiones extranjeras sobre custodia, admitiéndose sólo con carácter excepcional el control del contenido a la luz del interés superior del menor, *vid.*, en el contexto israelí, A. Schapira, "Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases", *R. des C.*, 1989, t. 214, pp. 127-250, pp. 171-173.

^{283.} *Vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 550-553, haciendo referencia a la Sent. TC 54/1989, de 23 de febrero (BOE núm. 62, de 14.03.89), que pone de relieve la trascendencia de la prohibición de la revisión de fondo al caracterizar el procedimiento de exequátur.

^{284.} La constatación es consecuencia ineludible de que la esencia del reconocimiento es la misma tanto en el ámbito contencioso como en el de la jurisdicción voluntaria. A modo de ejemplo, haciendo referencia a la prohibición de revisión de fondo (si bien en el marco del Convenio bilateral hispano-francés de 1969) respecto de un pronunciamiento sobre derecho de visita al hijo, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1984.

^{285.} Acerca de la determinación del régimen de la modificabilidad, *vid.* núms. 172-179, *infra*.

2. LIMITACIONES

97. La aplicación del requisito de firmeza a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, entendiendo que queda satisfecho sólo por las resoluciones que resuelven acerca de lo solicitado finalmente en el procedimiento de que se trate, no siendo susceptibles de ulterior recurso en el mismo, con independencia de que sean modificables en otro procedimiento posterior, deja al margen dos categorías de resoluciones de jurisdicción voluntaria, que pueden suscitar peculiares dificultades y que merecen un tratamienmto diferenciado.

De una parte, quedarían al margen del reconocimiento todas aquellas resoluciones frente a las que el ordenamiento del Estado de origen concede recurso con un plazo ilimitado, en tanto en cuanto éste no se haga valer o no se renuncie al mismo. Tales supuestos en algún ordenamiento⁽²⁸⁶⁾ llegan a ser particularmente relevantes, resultando la regla general que aquellas resoluciones que pueden ser modificadas al considerarse injustificadas -es decir, sin necesidad de una alteración de las circunstancias- como es frecuente en el dominio típico de la jurisdicción voluntaria, sean susceptibles de recurso sin límite temporal⁽²⁸⁷⁾. La marginación de tales resoluciones del reconocimiento, debido a la ausencia de cosa juzgada formal, siempre que el recurso no haya sido ejercitado o no se haya renunciado al mismo, no parece una solución óptima.

Una vez que una resolución carece de cosa juzgada material, es decir, puede ser modificada o revocada si se considera injustificada incluso sin que las circunstancias se hayan alterado desde que se pronunció, el establecimiento de un sistema de recursos -lo que se proyecta sobre la

²⁸⁶. La situación prevalente en el panorama comparado es la otra, *vid.* Z. Stalev, "Non-Contentious...", *loc. cit.*, p. 283.

²⁸⁷. El caso más significativo es el alemán, *cf.* W.J. Habscheid, *Freiwillige... op. cit.*, pp. 220-221 y 238, lo que limita el alcance de la cosa juzgada formal en ese sistema, *cf. ibid.*, pp. 192-192; y J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, p. 53 (si bien la eficacia en España de las resoluciones procedentes de ese país se suscitará normalmente en el marco del Convenio bilateral de 1983 o, tratándose de resoluciones en materia de custodia, de gran relevancia en este ámbito, en el marco del CEREC).

firmeza- presenta un significado menor en la medida en que el contenido de la resolución es siempre atacable debido a la ausencia de cosa juzgada material⁽²⁸⁸⁾. En realidad, poco afecta a la estabilidad de una resolución que carece de cosa juzgada material la existencia de un plazo ilimitado de recurso frente a la misma.

98. Cabe, por lo tanto, plantear si la peculiaridad de la jurisdicción voluntaria debe conducir a una interpretación propia del requisito de firmeza tratándose de ordenamientos que prevén un recurso sin límite temporal frente a resoluciones que, no sólo carecen de cosa juzgada material como es común al ámbito clásico de la jurisdicción voluntaria, sino que por su naturaleza misma son sustancialmente modificables (el ejemplo típico son las resoluciones sobre custodia de menores). La interpretación estrictamente formal del requisito de firmeza resulta gravemente perturbadora respecto de esos ordenamientos que establecen recursos sin límite temporal, pues curiosamente sí se satisfaría la condición de haber sido objeto de recurso (algo que en principio no va a plantear quien está interesado en la eficacia de la resolución). En esta medida, cabe entender que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria no deben ser excluidas del reconocimiento, pese a carecer de cosa juzgada formal, las resoluciones frente a las que se prevé en el Estado de origen un recurso sin límite temporal que no ha sido ejercitado. Tampoco esta interpretación está carente de apoyo en nuestra práctica jurisprudencial, que tratándose del exequátur de resoluciones de jurisdicción voluntaria sustancialmente modificables por su naturaleza ha flexibilizado notablemente el requisito de firmeza⁽²⁸⁹⁾.

²⁸⁸. Cuestionando la admisibilidad de un régimen de recursos junto al sistema de oposición propio de la jurisdicción voluntaria en nuestro ordenamiento, *vid.* J. Almagro Nosete, J. Tomé Paule, *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 983-984.

²⁸⁹. Así, en materia de custodia de menores (pese a que al haberse solicitado la ejecución -declaración de ejecutabilidad- y no el simple reconocimiento -declaración de reconocimiento- plantea dudas de otro tipo) el Auto TS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1987, concede el exequátur respecto de una resolución argentina relativa a la custodia de un menor, a pesar de admitir que "(l)a resolución foránea de cuyo reconocimiento en España se trata no tiene (habida cuenta de su naturaleza, según la cual podría modificarse y aun dejarse sin efecto, por decisión del organismo judicial competente), el carácter de firme que el art. 951

Asimismo, no puede pasarse por alto cómo en los muy significativos sistemas de nuestro entorno más próximo que optan por someter el reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria a (prácticamente) las mismas condiciones que las resoluciones contenciosas, el requisito de firmeza es interpretado de modo tal que no excluye en ningún caso las decisiones de jurisdicción voluntaria que por su naturaleza son modificables en un procedimiento ulterior ni aquellas que siendo definitivas pueden ser objeto de recurso ordinario⁽²⁹⁰⁾.

99. El requisito de firmeza parece resultar determinante para excluir la posibilidad de reconocimiento en España, en el marco del régimen común o de fuente interna, de las resoluciones de jurisdicción voluntaria adoptadas como medidas provisionales en el marco de otro proceso (o procedimiento), pues las mismas normalmente quedan supeditadas a su confirmación o modificación en el proceso en cuyo contexto han sido adoptadas. Esta

LEC requiere para que sea plenamente aplicable el procedimiento...". En una línea similar, aunque con un mero valor indiciario, cabe hacer referencia al Auto Aud. Provincial de Granada (Sección 3ª) de 24 de enero de 1994 (*REDI*, vol. XVI, 1994, pp. 326-327, nota de M. Moya Escudero, pp. 327-329) del que se desprende la inclusión dentro del ámbito del Convenio hispano-alemán (que en su art. 4.2 impone como requisito la firmeza de resolución) de las resoluciones sobre custodia de menores, susceptibles de recurso sin límite temporal en Alemania, si bien opta por la aplicación del CEREC en la medida en que en esa materia desplaza al Convenio bilateral.

²⁹⁰. Particularmente explícita al respecto parece la Ley suiza de D.I.Pr. de 1987. Así, al interpretar analógicamente las condiciones de reconocimiento de las decisiones contenciosas para decidir acerca del reconocimiento de las de jurisdicción voluntaria (art. 31), se viene señalando que el art. 25 b prevé, en relación con la exigencia de firmeza, que son susceptibles de reconocimiento las resoluciones contra las que no cabe recurso ordinario o que son definitivas, pensando al establecer la segunda posibilidad (que sean definitivas) en garantizar el acceso al reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria susceptibles de ulterior modificación, *cf.* P. Volken, "Art. 31"..., *loc. cit.*, p. 318; y B. Dutoit, *Commentaire...*, *op. cit.*, p. 91. En la misma línea se sitúa el ordenamiento alemán, siendo opinión extendida en la interpretación del ámbito de aplicación del § 16 FGG que propiamente la eficacia de cosa juzgada formal de la resolución no se configura como presupuesto del reconocimiento en la jurisdicción voluntaria (que es posible también respecto de las medidas provisionales), *cf.* R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 96. También en el ordenamiento francés, que carece de regulación expresa sobre el particular, parece haberse impuesto un planteamiento similar, así, *vid.* respecto de las resoluciones sobre custodia de menores (si bien al hilo de su ejecución provisional), H. Muir Watt, "Effets...", *loc. cit.*, Fasc. 584-2, p. 11.

situación no resulta extraña, en la medida en que con cierta frecuencia resoluciones de jurisdicción voluntaria, en particular en lo relativo a las relaciones paterno-filiales, son adoptadas en el marco de procesos matrimoniales.

Tales medidas, comúnmente no plantean en puridad problemas de reconocimiento sino de ejecución provisional. Lo cierto es que, dejando al margen los resultados de la cooperación internacional, muy significativos en el relevante sector de la custodia de menores, la situación actual de nuestro ordenamiento de fuente interna, en el que la marginación del reconocimiento de las medidas provisionales parece difícilmente discutible⁽²⁹¹⁾, no existen peculiaridades determinantes en el ámbito de la jurisdicción voluntaria que justifiquen una interpretación diversa. Con carácter general, salvo que se opte por una interpretación particularmente flexible del requisito de firmeza y del carácter definitivo de las resoluciones en este ámbito, su reconocimiento sólo será posible una vez confirmadas o modificadas por la resolución que ponga término al proceso principal.

Semejante situación resulta, sin embargo, particularmente inapropiada en relación con las medidas provisionales adoptadas en procesos matrimoniales, pues pese a ser dictadas con alcance temporal, en la práctica cuando no son (o no pueden ser) recurridas, su carácter es tan definitivo como el de otras resoluciones de contenido similar que no son adoptadas como medidas provisionales (por ejemplo, en las decisiones sobre custodia de los hijos, que serán en todo caso susceptible de ulterior modificación). Además, la rápida ejecución (también en el extranjero) de estas medidas resulta fundamental para asegurar su eficacia, sin menoscabar su carácter en principio temporal⁽²⁹²⁾. La situación parece también difícilmente justificable,

²⁹¹. Es ilustrativa la solución a la que llega respecto de "esta deficiencia de nuestro sistema" en el ámbito específico de las obligaciones alimenticias donde, como pone de relieve, los intereses a favor de la eficacia de las medidas provisionales son especialmente relevantes, S. Álvarez González, *Crisis...*, *op. cit.*, pp. 297-299.

²⁹². Empleando estos y otros argumentos (entre ellos la consideración del interés del menor) para promover el reconocimiento de las resoluciones extranjeras adoptadas con carácter provisional en procesos matrimoniales, *vid.* M. Wuppermann, "Die Anerkennung ausländischer einstweiliger Anordnungen des Ehestreits im italienischen, schweizer und deutschen Recht", *StAZ*, vol. 25, 1972, pp. 29-34, pp. 32-34.

pues la provisionalidad y modificabilidad de una medida no parece que deba ser por sí misma determinante para negar su eficacia extraterritorial: con carácter general no atribuiría a la misma efectos más intensos de los que despliegan decisiones internas adoptadas en circunstancias similares (que pueden ser susceptibles de ejecución) y quedaría intacta la posibilidad de ulterior revisión (directamente por los tribunales españoles o a través del reconocimiento en España de la resolución extranjera modificativa)⁽²⁹³⁾.

3. REGIMENES BILATERALES

100. Para concluir, se impone valorar en qué medida los regímenes convencionales bilaterales relevantes se proyectan sobre la exigencia del requisito de firmeza. Con carácter general, aunque con variadas formulaciones, en todos aparece el requisito de firmeza sin distinguir según la resolución sea contenciosa o de jurisdicción voluntaria (exigencia que debe ser interpretada en línea con las consideraciones ya realizadas al hilo del régimen común). Así ocurre, entre los aquí más significativos en los siguientes: art. 3.2º del Convenio con Francia ("si en el Estado de origen la decisión no puede ser objeto de un recurso ordinario y es susceptible de ejecución")⁽²⁹⁴⁾; art. 13.2 del Convenio hispano-italiano, que contiene idéntica redacción que el Convenio con Francia, si bien incorpora una norma sobre medidas provisionales; art. 4.2 del Convenio con Alemania ("si en el Estado de origen la resolución hubiera ganado firmeza")⁽²⁹⁵⁾; art. 4.2 del Convenio

²⁹³. Caso de culminar con éxito los esfuerzos tendentes a la elaboración de un Convenio de Bruselas II, en materia de familia y sucesiones, la situación podría ser superada en cierta medida (dependiendo del ámbito material) en el ámbito comunitario.

²⁹⁴. La primera exigencia parece operativa en sus propios términos respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria (acerca de las vías de recurso contra las mismas en el ordenamiento francés, *vid.* J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure...*, *op. cit.* (21ª ed.), pp. 144-146). Por el contrario, cabe entender que la exigencia de que sean susceptibles de ejecución sólo opera si se pretende la declaración de ejecutabilidad en nuestro país, lo que es significativo únicamente en relación con las resoluciones de jurisdicción voluntaria susceptibles de producir fuerza ejecutiva.

²⁹⁵. Las peculiaridades de las resoluciones de jurisdicción voluntaria y la particularidad del sistema alemán de recursos contra las mismas no debe impedir, en los términos analizados al valorar el régimen común, que aquellas resoluciones frente a las que

con Austria, con la misma formulación que el hispano-alemán⁽²⁹⁶⁾; y el art. 22.2. del Convenio con China ("cuando no hubiere adquirido fuerza de cosa juzgada o no fuere ejecutoria , según la ley de la Parte de origen")⁽²⁹⁷⁾.

Mención especial merece el art. 19.3 del Convenio con Bulgaria, que establece como requisito que "la resolución no pueda ser objeto de un recurso ordinario en el territorio de la parte donde haya sido dictada y es ejecutoria;

se concede un recurso ilimitado en el tiempo satisfagan el requisito de firmeza exigido por el Convenio, que por su naturaleza resultan revisables de ser consideradas injustificadas (§ 18 FGG). Distinta es la opinión de A. M. Karl, *Die Anerkennung...*, op. cit., pp. 109-115, quien prácticamente limita las resoluciones de jurisdicción voluntaria cuyo reconocimiento en España quedaría comprendido en el ámbito del Convenio a aquellas que son de carácter contencioso pero se tramitan como de jurisdicción voluntaria en el ordenamiento alemán (decisiones que normalmente serán caracterizadas como contenciosas a los fines de su reconocimiento en España, pues en nuestro país quedan al margen de la jurisdicción voluntaria). Ahora bien cabe entender, frente a lo que opina la mencionada autora, que del art. 1.1 del Convenio, en concreto en su versión española (que alude simplemente a "las resoluciones... que decidan sobre peticiones de las partes en un proceso contencioso o voluntario"), no se desprende ninguna limitación respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria susceptibles de ser comprendidas en el Convenio, interpretación reforzada por la mención expresa en el mismo de cuestiones como las relativas a relaciones matrimoniales, familia, capacidad y declaración de ausencia o fallecimiento. Asimismo, es de señalar cómo propiamente la modificabilidad -cuya ausencia convierte A.M. Karl en requisito para la inclusión de la decisión dentro del ámbito de aplicación del Convenio- no atenta en ningún caso contra la firmeza de las resoluciones, sino contra la cosa juzgada material (por más que en el sistema alemán tienda a coincidir con el otorgamiento de recursos ilimitados en el tiempo, pero éstos pueden ser renunciados o agotarse tras su ejercicio). Fuera del ámbito del Convenio sí se hallan, en todo caso, las medidas provisionales (art. 3.5). Si bien de modo meramente incidental, a favor de la inclusión dentro del ámbito de aplicación del Convenio de las resoluciones sobre custodia de menores se pronuncia el mencionado Auto Aud. Provincial de Granada (Sección 3ª) de 24 de enero de 1994.

²⁹⁶. En la medida en que en el ordenamiento austriaco también se contemplan recursos sin límite temporal frente a resoluciones de jurisdicción voluntaria(cf., sin ulteriores datos, Z. Stalev, "Non-Contentious...", loc. cit., p. 283; asimismo, ilustrativo de cómo la solución sobre el particular se vincula directamente con el diseño de los mecanismos para hacer posible la modificabilidad de la resolución, vid. W. Kralik, "Die Wirksamkeit...", loc. cit., pp. 313-314), cabe considerar reproducidas aquí las consideraciones contenidas en la nota anterior. Por su parte, I. Miláns del Bosch Portolés, "La eficacia...", loc. cit., pp. 1.191, 1.196 y 1.200, considera que en los Convenios con Francia, Italia, Alemania y Austria el requisito de firmeza sólo es exigible a las resoluciones de jurisdicción voluntaria "en los supuestos, poco frecuentes, en que la legislación del Estado de origen atribuya firmeza a las mismas.

²⁹⁷. No parece existir obstáculo para interpretar -de modo coherente con el conjunto del sistema- la exigencia de fuerza de cosa juzgada como referida a la cosa juzgada formal de la resolución, de modo que la situación sea equiparable al requisito de firmeza del régimen común.

no obstante tratándose de la obligación de prestar alimentos y, del derecho de guarda y custodia del menor o del derecho de visita, basta que la resolución sea ejecutoria en el territorio de la Parte donde haya sido dictada". Es decir, este Convenio excepciona el requisito de firmeza respecto de ciertas medidas de jurisdicción voluntaria (sobre el derecho de guarda y custodia del menor) que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen, circunstancia particularmente relevante no en el ámbito del reconocimiento sino de la ejecución de las resoluciones de jurisdicción voluntaria

101. Más relevante respecto de la ejecución es también la cuestión relativa al régimen de la eficacia de las medidas provisionales derivado de los Convenios bilaterales. Baste señalar, en líneas generales, que los convenios no contienen disposiciones específicas facilitando su eficacia, de modo que la misma suele quedar excluida. La excepción más significativa la constituye el Convenio hispano-italiano de 1973, en arts. 12.1.c) y art. 19 se recoge expresamente, con carácter general, que pueden ser reconocidas y ejecutadas las medidas de urgencia y cautelares que sean ejecutivas en el Estado de origen. Lo que, sin duda, debe proyectarse sobre las medidas de esa naturaleza que tengan carácter de jurisdicción voluntaria⁽²⁹⁸⁾.

II. Control de la competencia judicial internacional

1. SIGNIFICADO

102. La competencia judicial internacional del órgano de origen de la decisión extranjera, para conocer del concreto asunto sobre el que se

²⁹⁸. Constatación que no resulta desmentida por la errónea aplicación del Convenio por parte del TS, que en el Auto TS (Sala 1ª) de 18 de marzo de 1985 (reproducido en J.D. González Campos, J.C. Fernández Rozas, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 632-633) negó el exequátur a una resolución italiana (aplicando expresamente el Convenio bilateral), sobre custodia de la hija "dictada en el trámite de adopción de medidas provisionales, en una causa de separación matrimonial" debido a que "por su intrínseca naturaleza de provisionalidad y por la índole del procedimiento en que recayó, carece del indispensable y previo requisito de firmeza, es decir, definitiva".

pronuncia, se configura como condición indispensable del reconocimiento de la misma, no sólo en nuestro ordenamiento -pese a no contener disposición expresa sobre el particular en la normativa de fuente interna⁽²⁹⁹⁾-, sino en la generalidad de los sistemas jurídicos⁽³⁰⁰⁾. Es una condición inherente a la esencia misma del reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras⁽³⁰¹⁾, que nuestra jurisprudencia ha exigido en términos similares respecto de las resoluciones contenciosas y de las de jurisdicción voluntaria⁽³⁰²⁾.

Ciertamente, en la medida en que las resoluciones de jurisdicción voluntaria suscitan cuestiones de reconocimiento en sentido propio -particularmente, referidas a su eficacia constitutiva- el control de la competencia judicial del juez de origen resulta condición ineludible de su eficacia en España, en términos similares a los tradicionalmente expuestos en nuestro sistema en relación con las decisiones pronunciadas en procesos contenciosos. La admisión desde la perspectiva del ordenamiento español de la competencia de los tribunales del país de origen para pronunciarse sobre el particular es determinante para rechazar que la eficacia en España de la resolución extranjera quede, con carácter general, subordinada a que la ley aplicada haya sido la determinada por nuestro sistema de D.I.Pr. o a que provenga del país a cuya ley se remiten nuestras normas sobre Dercho

²⁹⁹. Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., pp. 567-575; M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", loc. cit., pp. 380-382; y M.A. Amores Conradi, "Eficacia...", loc. cit., p. 284.

³⁰⁰. Así, poniendo de relieve el carácter imprescindible de esta condición en el marco del reconocimiento de decisiones extranjeras, vid., v. gr., para Alemania, D. Martiny, *Handbuch...*, op. cit., pp. 277-366; para Francia, D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, París, 1970, *passim*; y para Suiza, M. Keller, K. Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1986 p. 620.

³⁰¹. Vid. A. Ferrer Correia, "Breves reflexoes sobre a competência internacional indirecta", *Estudos vários de Direito*, Coimbra, 1982, pp. 193-222.

³⁰². A modo de ejemplo, bilateralizando expresamente el art. 22.3 LOPJ para verificar el control de la competencia del juez de origen al conceder el exequátur de resoluciones de jurisdicción voluntaria, vid. Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1991 (exequátur de resolución judicial francesa homologadora del mutuo acuerdo sobre régimen de visitas a los hijos -pese a ser de aplicación el Convenio hispano francés-); Auto TS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1987 (exequátur de resolución argentina sobre custodia de menores); y Auto TS (Sala 1ª) de 16 de junio de 1994 (exequátur relativo a la constitución de una adopción en la República Dominicana).

aplicable. Ahora bien, cabe dejar constancia de que competencia judicial y ley aplicable presentan una estrecha relación en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, en buena parte como consecuencia de la vinculación entre normas materiales y procedimentales⁽³⁰³⁾.

103. El significado y configuración de este requisito del reconocimiento plantea escasas peculiaridades en el ámbito de la jurisdicción voluntaria⁽³⁰⁴⁾. Sirve aquí sustancialmente lo que se afirma al valorar esta condición con carácter general. Así, presupuesto del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria no es sólo la competencia judicial internacional del juez de origen -a valorar conforme a los criterios establecidos al respecto en el Estado requerido- sino, en primer lugar, la jurisdicción de aquel país, lo que conduce fundamentalmente a negar el reconocimiento de aquellos pronunciamientos que recaen en ámbitos excluidos de la jurisdicción del Estado de origen por las reglas de Derecho internacional público. Cabe pensar, por ejemplo, en decisiones sobre la capacidad o las relaciones familiares de personas que gozan de inmunidad diplomática o consular adoptadas por autoridades del país extranjero en el que desempeñan sus funciones.

Sin embargo, la doble finalidad básicamente asignada a esta condición⁽³⁰⁵⁾ sí resulta en el ámbito de la jurisdicción voluntaria parcialmente diversa (reducida). En efecto, debido a que en el diseño de los criterios atributivos de competencia respecto de las materias propias de la

³⁰³. Vid. J.D. González Campos, "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado", *ADI*, vol. IV, 1977-1978, pp. 89-136, p. 99. La eventual correlación entre competencia y ley aplicable ha sido tradicionalmente un elemento significativo en el debate acerca de la configuración de la competencia judicial internacional en el ámbito de la jurisdicción voluntaria; así, *vid.* en el contexto italiano, G.L. Tosato, *La giurisdizione italiana nel processo volontario*, Milán, 1971, pp. 66-87; y en el alemán A. Heldrich, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlín, 1969, pp. 192-195, 200-203 y 214.

³⁰⁴. Cf., aunque al hilo de la aplicación analógica de las condiciones exigidas a las resoluciones contenciosas en el peculiar contexto suizo, P. Volken, "Art. 31"..., *loc. cit.*, p. 317.

³⁰⁵. Cf., *v. gr.*, M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 380-381. Acerca de la función del control de la competencia judicial internacional del juez de origen en el contexto alemán y de las consecuencias sobre su reglamentación inherentes a la misma, *vid.* R. Geimer, *Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 48-57.

jurisdicción voluntaria no prevén fueros de carácter exclusivo⁽³⁰⁶⁾, sino que, como se analizará seguidamente, son siempre concurrentes⁽³⁰⁷⁾, una de las finalidades propias del control de la competencia judicial internacional, como es garantizar el respeto de intereses estatales directos que se manifiestan en las competencias exclusivas asignadas a los tribunales del Estado receptor, resulta inoperativa en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. No ocurre así con el otro fin asignado tradicionalmente a esta condición del reconocimiento, como es garantizar la posición de los afectados por la resolución, al exigir una proximidad razonable entre el órgano judicial y el asunto del que conoce. Tal finalidad está presente en el ámbito de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, en el que debe existir similar tutela frente al empleo de criterios de atribución de competencia irrazonables por parte de tribunales extranjeros⁽³⁰⁸⁾, con independencia de que se trate de procedimientos tramitados de oficio⁽³⁰⁹⁾.

2. ALCANCE

104. También las vías de control de esta condición son sustancialmente las mismas con independencia del carácter contencioso o de jurisdicción

³⁰⁶. Los criterios atributivos de competencia de carácter exclusivo, recogidos en nuestro sistema de fuente interna en el art. 22.1 LOPJ, aparecen referidos a materias ajenas al ámbito propio de la jurisdicción voluntaria. Tal constatación no resulta alterada sustancialmente en lo que aquí importa por la existencia de ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a inmuebles -pero que no dirimen derechos reales- (en particular, la posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir y el deslinde y amojonamiento), ni porque ciertas actuaciones registrales puedan ser consideradas como de jurisdicción voluntaria, pues la naturaleza de tales actos excluye que den lugar a cuestiones de reconocimiento en sentido propio. Es claro, sin embargo, que el fuero exclusivo relativo a inmuebles sí es susceptible de operar respecto a decisiones en ciertos litigios sobre bienes inmuebles tramitados en algunos países a través de la jurisdicción voluntaria, si bien lo cierto es que a la hora de su eventual reconocimiento tales decisiones deben ser en España calificadas como contenciosas.

³⁰⁷. Circunstancia, de otra parte, habitual en el panorama comparado en la configuración de las normas sobre competencia judicial internacional del ámbito de la jurisdicción voluntaria, *vid.* D. Martiny, *Handbuch...*, *op. cit.*, p. 240.

³⁰⁸. Cf. J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, p. 110.

³⁰⁹. *Vid.* R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 102.

voluntaria de la resolución cuyo reconocimiento se pretende⁽³¹⁰⁾. A grandes rasgos, una primera técnica se materializa en la reglamentación específica por parte del Estado receptor de los criterios de competencia (indirecta) que son considerados admisibles a los fines del reconocimiento de decisiones extranjeras. Esta posibilidad, a través de la elaboración de las llamadas reglas de competencia judicial indirecta sólo aparece prevista en nuestro ordenamiento en algunos regímenes convencionales. En concreto, normas de tal naturaleza ocupan parte importante de los convenios bilaterales más significativos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria.

En defecto de normas sobre competencia judicial indirecta, se halla generalizada en España la idea de que la bilateralización de los criterios atributivos de competencia previstos en nuestro propio sistema de competencia judicial internacional debe ser un elemento determinante del control, si bien no agota las posibilidades de que el fuero empleado por el tribunal extranjero sea considerado admisible⁽³¹¹⁾. En consecuencia, es claro que si acudiendo hipotéticamente a los criterios de nuestro propio ordenamiento el juez de origen hubiera sido competente para conocer del asunto en cuestión, la resolución satisfará desde la perspectiva española la condición de haber sido adoptada por un órgano competente.

105. Nuestro sistema jurídico, en línea con una situación común en el extranjero, no establece una regulación diferenciada de la competencia judicial internacional en el ámbito de la jurisdicción voluntaria⁽³¹²⁾. Los criterios atributivos de competencia previstos en nuestro ordenamiento de fuente interna, relevantes en el ámbito de la jurisdicción voluntaria de cara a la mencionada bilateralización, se encuentran básicamente recogidos en el art.

³¹⁰. Para una exposición de conjunto acerca de los sistemas de control de la competencia del juez extranjero, *vid.* A.L. Calvo Caravaca, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986, pp. 58-98.

³¹¹. Cf. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 573-575; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 381-382.

³¹². *Vid.*, sin embargo, el art. 9 de la Ley italiana de D.I.Pr. de 1995 (sobre el mismo, *vid.* A. Attardi, "La nuova...", *loc. cit.*, p. 754; y P. Kindler, "Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995", *RabelsZ*, vol. 61, 1997, pp. 227-284, pp. 249-250).

22.3 LOPJ. Debido a la naturaleza característica de la jurisdicción voluntaria, en la que propiamente no hay demandado, ni partes, los fueros generales (art. 22.2 LOPJ) resultan aquí inoperativos con carácter general. Particularmente claro es en el caso de la sumisión, pues los acuerdos atributivos de competencia no son propios del ámbito de la jurisdicción voluntaria⁽³¹³⁾.

Tampoco es operativo en principio el domicilio del demandado, ya que en esta categoría de procedimientos no existe propiamente demandado. En el extranjero, se ha planteado, sin embargo, la posibilidad de emplear (analógicamente) el domicilio del demandado como fuero de competencia en ciertos procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que una persona ocupa una posición asimilable a la del demandado de un proceso contencioso⁽³¹⁴⁾. Tal postura parece plenamente razonable en relación con procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que existen intereses contrapuestos que justifican la configuración del procedimiento como contradictorio -sin que el principio de oficialidad pierda su relevancia-, así ocurre, en particular en los procedimientos sobre custodia de menores.

106. Los elementos retenidos en el art. 22.3 LOPJ como criterios atributivos de competencia en las materias propias de la jurisdicción voluntaria, son la nacionalidad (española), el domicilio y la residencia habitual (en España). La nacionalidad del afectado (o de alguno o todos los afectados) es una circunstancia comúnmente utilizada como criterio atributivo de competencia en relación con las cuestiones de estado civil. El fundamento radica en el interés estatal por controlar aspectos determinantes de la condición personal de sus ciudadanos en este ámbito así como en la voluntad de los Estados de garantizar el acceso de sus nacionales a la justicia en esta materia⁽³¹⁵⁾; además, hace posible normalmente la correlación entre

³¹³. Cf., v. gr., R. Geimer, *Internationales...*, op. cit., p. 463. En el plano distinto de la competencia interna, poniendo de relieve cómo la sumisión del art. 56 es inaplicable a los actos de jurisdicción voluntaria, vid. sent. TS (Sala 1ª) de 5 de enero de 1935 (RAJ 195).

³¹⁴. Vid. en relación con el italiano G.L. Tosato, *La giurisdizione...*, op. cit., pp. 94-109.

³¹⁵. Cf. R. Geimer, "Anerkennung...", loc. cit., p. 102; y J. Richardi, *Die Anerkennung...*, op. cit., p. 118.

competencia judicial y ley aplicable. En nuestro sistema, pese a que el empleo de este fuero resulta más limitado de lo que es común en el panorama comparado -así, cabe pensar en la no utilización del mismo (con carácter alternativo) en materia de ausencia, declaración de fallecimiento o protección de incapaces- aparece previsto en un conjunto significativo de sectores, entre otros, en materia matrimonial, en el ámbito de las relaciones paterno filiales y en lo relativo a la constitución de la adopción. Mayor relieve presenta en nuestro sistema la residencia habitual (en España) del afectado como criterio atributivo de competencia, contemplado en sectores como protección de incapaces, matrimonio, relaciones paterno filiales y adopción. Además, el domicilio (último del ausente) en España aparece previsto como fuero único en materia de ausencia y declaración de fallecimiento. La interpretación de los conceptos retenidos debe realizarse conforme al ordenamiento español, de modo coincidente con los significados que les son atribuidos cuando estas normas desempeñan su función propia como reguladoras de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

Debido a la función tuitiva de personas necesitadas de particular asistencia en el ejercicio de sus derechos, que es característica de los asuntos constitutivos del dominio típico de la jurisdicción voluntaria, se encuentra extendida en el panorama comparado la admisión en este ámbito de competencia judicial internacional respecto de situaciones mínimamente vinculadas con el foro en las que existe una necesidad de protección, resultando imposible -o simplemente una carga irrazonable- obtener tal protección en el extranjero⁽³¹⁶⁾. Tal criterio atributivo de competencia resulta particularmente relevante de cara a la adopción de medidas protectoras de personas o bienes que se encuentren en el territorio del foro, así como para satisfacer intereses legítimos no garantizados por el Estado de la nacionalidad

³¹⁶. También, aunque en un plano distinto, la mencionada función tuitiva explica que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria parezca razonable acentuar el control de oficio de la competencia judicial (directa) de los tribunales españoles (tendencia a reforzar la verificación de oficio que se consolida en la práctica comparada, así, en el contexto belga, *vid.* M. Fallon, "La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes", *Mélanges offerts à E. Cerexhe*, Bruselas, 1986, pp. 165-189, p. 177).

o de la residencia habitual del afectado⁽³¹⁷⁾. Tratándose de medidas provisionales o de aseguramiento, la competencia de nuestros tribunales en tales situaciones resulta directamente de lo previsto en el art. 22.5 LOPJ. Ahora bien, la trascendencia de esa norma en el marco de la competencia judicial indirecta queda restringida, en tanto en cuanto el reconocimiento en España de medidas provisionales encuentra significativas restricciones.

107. Como se apuntó, en la interpretación de nuestro sistema se halla consolidada la idea de que la bilateralización de los criterios que atribuyen competencia a los tribunales españoles no agota los fueros admisibles desde la perspectiva del reconocimiento. Tal planteamiento puede ser de relevancia en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, a la luz de las limitaciones de nuestras normas sobre competencia judicial internacional⁽³¹⁸⁾. Existen situaciones (incluso muy vinculadas con España) en las que no se atribuye competencia a nuestros tribunales, basta pensar en la declaración de fallecimiento de un ciudadano español cuyo último domicilio no se encontrara en España⁽³¹⁹⁾ o en el régimen de protección de un nacional español incapaz cuya residencia habitual se hallara en el extranjero. En circunstancias como esas, cabe pensar que normalmente será admisible, de cara al reconocimiento, la competencia asumida por un tribunal extranjero, aunque la bilateralización de nuestras normas no le atribuyera competencia. La particular necesidad de protección característica del ámbito típico de la jurisdicción voluntaria debe proyectarse sobre la interpretación y aplicación como normas de competencia judicial indirecta de los fueros de nuestro

³¹⁷. Respecto de la *Fürsorgezuständigkeit* alemana, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 124-126.

³¹⁸. Significativo es en particular el contraste entre las tendencias en el ámbito comparado respecto de la formulación de las normas de competencia judicial internacional en materia de ausencia y declaración de fallecimiento y la situación prevista en la LOPJ al respecto, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, "La ausencia...", *loc. cit.*, pp. 51-55.

³¹⁹. Es claro que el Convenio de Atenas sobre constatación de ciertas defunciones, de 14 de septiembre de 1966 (Convenio núm. 10 de la CIEC) (BOE núm. 71, de 22.03.80) no corrige esa carencia, pues contempla sólo supuestos en los que "la defunción puede ser estimada como cierta" y que, por lo tanto, no son situaciones de ausencia ni de declaración de fallecimiento (*cf.* P.A. De Miguel Asensio, "La ausencia...", *loc. cit.*, pp. 43-44, esp. nota 12).

sistema. Ahora bien, en la medida en que en circunstancias excepcionales resulte posible en nuestro sistema un fuero de necesidad⁽³²⁰⁾, la simple bilateralización debería ser determinante del cumplimiento del requisito de competencia judicial del Estado de origen.

108. Los convenios bilaterales sobre reconocimiento más significativos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria concluidos por España incorporan, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de fuente interna, normas específicas sobre competencia judicial indirecta⁽³²¹⁾. Esas normas, sin embargo, no resultan particularmente adecuadas al ámbito de la jurisdicción voluntaria, por lo que en ocasiones puede ser relevante la posibilidad -coherente con el fundamento de los convenios- de complementar las previsiones convencionales con las competencias admisibles en el régimen de reconocimiento de fuente interna⁽³²²⁾.

Así, en concreto, los arts. 7 del Convenio hispano-francés y 17 del hispano-italiano recogen únicamente fueros basados en el domicilio, residencia habitual o establecimiento del demandado, lugar del hecho dañoso, situación del bien inmueble, sumisión del demandado, lugar de ejecución del contrato y último domicilio del causante de la sucesión. Tales disposiciones resultan de escasa utilidad en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, debido al ámbito material de ésta y a la configuración de sus procedimientos, en los que típicamente no hay partes. Esta circunstancia se ha reflejado en la aplicación por nuestra jurisprudencia del control de la competencia judicial del órgano de origen al proceder al reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria en el marco de tales convenios, que se realiza sin referencia concreta a ninguna de las competencias ahí previstas⁽³²³⁾.

³²⁰. En este sentido, en relación con la declaración de fallecimiento *vid.* M.A. Amores Conradi, "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ", *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113-156, pp. 117-118, n. 15; y P.A. De Miguel Asensio, "La ausencia...", *loc. cit.*, pp. 53-57.

³²¹. No sucede así en el Convenio con Bulgaria de 1993, de cuyo art. 19.1 parece resultar el empleo de la técnica de la bilateralización.

³²². Sobre esta posibilidad *vid.* M.A. Amores Conradi, "Eficacia...", *loc. cit.*, p. 286.

³²³. Así ocurre en aplicación del Convenio con Francia en los ya citados Autos TS (Sala 1ª) de 2 de julio de 1981 (relativo a una adopción simple por parte de un ciudadano

o incluso acudiendo a la bilateralización del art 22.3 LOPJ⁽³²⁴⁾, si bien en la doctrina cabe apreciar propuestas de otras vías de solución, en particular, a partir del planteamiento formulado en la doctrina italiana en pro de la asimilación en determinados supuestos de la posición de la persona sobre cuya situación versa el expediente de jurisdicción voluntaria con el demandado, a efectos de aplicar fueros operativos en el ámbito contencioso⁽³²⁵⁾.

Por su parte, los convenios con Alemania (arts. 7 y 8) y Austria (arts. 7, 8, 9 y 10) contienen previsiones más desarrolladas sobre el particular, si bien, salvo las disposiciones relativas a cuestiones matrimoniales, la constatación realizada con anterioridad acerca de su limitada operatividad en el ámbito de la jurisdicción voluntaria debe reproducirse en la medida en que los criterios retenidos se basan en la presencia de un demandado o en la sumisión, o bien se refieren a materias -como el sector de obligaciones- ajenas al ámbito de la jurisdicción voluntaria. En relación con el Convenio con China, cabe señalar que regula expresamente la competencia respecto de las cuestiones relativas al estatuto personal (art. 22.7), si bien lo hace con referencia al domicilio o residencia habitual del demandante o del demandado. Para concluir, cabe reseñar cómo curiosamente es el Convenio con México de 1989, de cuyo ámbito material se hallan excluidos los sectores propios de la jurisdicción voluntaria, el único que recoge la competencia basada en el llamado fuero de

francés de dos personas -previsiblemente españolas-, en el que se afirma sólo que "aparece incuestionable la competencia del Tribunal de origen conforme a lo prevenido en el art. 7 de tal normativa paccionada") y de 28 de febrero de 1984 (respecto de una resolución de privación de patria potestad -al padre-, siendo los padres españoles, que señala que "son de aplicación los arts. 5, 6 y 7 del citado Convenio..." y menciona como circunstancias relevantes "la residencia de los padres en Francia y la no exclusividad de la jurisdicción española en la materia").

³²⁴. Como ocurre en el Auto TS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1991 respecto al reconocimiento de una resolución francesa homologadora del mutuo acuerdo de los padres sobre el régimen de visitas de sus hijas.

³²⁵. *Vid.*, apuntando la idea al hilo del control de la competencia judicial en el régimen convencional de reconocimiento de adopciones constituidas ante autoridad extranjera, P. Rodríguez Mateos, "Artículo 9.5", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart dirs.), t. I, vol. 2, 2ªed., Madrid, 1995, pp. 242-259, p. 255, n. 36, siguiendo a G. Morelli, *Diritto...*, *op. cit.*, p. 151, si bien en el contexto italiano la cuestión no se suscita en el marco del reconocimiento.

necesidad (art. 5), que resulta de especial trascendencia en relación con la jurisdicción voluntaria por el peculiar carácter protector de esta.

III. Compatibilidad con decisiones eficaces en España

109. La exigencia como condición del reconocimiento de la falta de contradicción de la decisión (de jurisdicción voluntaria) cuya eficacia se pretende en España con resoluciones vinculantes en nuestro país, encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico, que excluye la posibilidad de que sean simultáneamente eficaces decisiones incompatibles entre sí, en términos similares a los tradicionalmente expuestos respecto de las resoluciones contenciosas. Esta condición del reconocimiento no aparece expresamente prevista en nuestro sistema -salvo en ciertos regímenes convencionales-, habiendo sido puesta de relieve por la jurisprudencia y la doctrina⁽³²⁶⁾.

Este requisito impide que sean reconocidas las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria contradictorias con otras adoptadas en España, con independencia de cuál ha sido pronunciada antes en el tiempo⁽³²⁷⁾. La *ratio* de esta exigencia impone su aplicación en determinadas circunstancias con independencia de que la resolución española con la que la extranjera es inconciliable tenga o no la específica vinculación propia de la cosa juzgada material. La coherencia de nuestro ordenamiento jurídico también resulta menoscabada cuando se otorga eficacia (aunque se trate sólo de la eficacia como hecho jurídico vinculante) a una decisión extranjera contradictoria con una situación establecida por una decisión española de jurisdicción voluntaria de carácter constitutivo.

110. En nuestro país, a falta de disposiciones legales sobre el particular,

³²⁶. Dando cuenta de la circunstancia en el ámbito contencioso, *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 575-578; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 393-394.

³²⁷. Poniendo de relieve la existencia de resoluciones españolas contradictorias con las decisiones austriacas sobre custodia de menor y derecho de visita, cuyo reconocimiento deniega, *vid.* Auto TS (Sala 1ª) de 28 de junio de 1985.

prima un planteamiento que podría considerarse nacionalista, que supone la prioridad incondicional de las decisiones españolas, marginando el criterio temporal. Así, cuando exista una decisión de una autoridad española será esta la que prevalezca frente a toda resolución extranjera incompatible, con independencia de cuál deviniera firme antes o de qué procedimiento se iniciara previamente. Igualmente, cabe pensar que queda excluido el reconocimiento de las resoluciones inconciliables con otras decisiones extranjeras reconocidas anteriormente en España, en particular, cuando lo hayan sido a través de una declaración de reconocimiento, vinculante con alcance general. La aludida opción nacionalista de nuestro sistema se refleja también -posiblemente llegando más allá de lo que reclama la garantía de la coherencia del ordenamiento jurídico- en la tendencia a rechazar el reconocimiento de aquellas resoluciones extranjeras incompatibles con un procedimiento que se está tramitando en España aunque éste se iniciara con posterioridad al que dio lugar a la resolución que se pretende reconocer⁽³²⁸⁾, si bien tal planteamiento debería ser superado -como ha ocurrido en los regímenes convencionales que optan por primar aquí el criterio temporal- en la medida en que nuestro sistema de fuente interna dé acogida a la litispendencia internacional⁽³²⁹⁾. De otra parte, si el eventual conflicto se suscita entre dos resoluciones extranjeras que pretenden ser reconocidas en nuestro país el criterio temporal debe ser decisivo, atendiendo normalmente a qué resolución ha devenido antes firme⁽³³⁰⁾.

³²⁸. El obstáculo al reconocimiento debe decaer cuando el procedimiento que se tramita en España concluye sin un pronunciamiento sobre el fondo, *vid.* R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 99.

³²⁹. Poniendo de relieve cómo las peculiaridades de la jurisdicción voluntaria, a la que parece resultar ajena la litispendencia, limita aquí el significado de la contradicción entre procedimientos como obstáculo al reconocimiento, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, p. 138. Ahora bien, es claro que pueden suscitarse en países diversos procedimientos de jurisdicción voluntaria distintos sobre un mismo objeto (como la declaración de fallecimiento de una persona), incluso con promoventes distintos. En situaciones como esas los dos procedimientos parecen resultar incompatibles (al menos, en lo que se refiere a su eficacia extraterritorial).

³³⁰. Esta postura goza de amplia difusión en la doctrina extranjera, *cf.* K. Heller, "Die Anerkennung einander widersprechender ausländischer Entscheidungen", *ZfRV*, vol. 23, 1982, pp. 162-168, p. 166. Por su parte, el art. 19.6 del Convenio hispano-búlgaro de 1993, más

Es frecuente que los convenios bilaterales en materia de reconocimiento de decisiones vigentes para España recojan expresamente esta condición, si bien en términos (como la referencia a que se trate de un litigio entre las mismas partes) propios de la jurisdicción contenciosa, y no siempre de igual modo. En esta línea, es habitual la previsión de que el reconocimiento será denegado cuando la resolución fuera incompatible con otra adoptada en el Estado requerido (como hacen, por ejemplo, los arts. 4.4.b del Convenio hispano-francés, 14.4.b del Convenio con Italia, 5.1.3 del Convenio con Alemania, 5.1.c. del hispano-austriaco y 19.6 del Convenio con Bulgaria), cuando el litigio estuviera pendiente en el Estado requerido y hubiera sido incoado el proceso con anterioridad (arts. 4.4.a del Convenio hispano-francés, 14.4.b del Convenio con Italia, 5.1.2 del Convenio con Alemania, 5.1.b del hispano-austriaco y 19.6 del Convenio con Bulgaria, entre otros) o cuando el litigio hubiera dado lugar en otro Estado a una resolución que reúna las condiciones para ser reconocida en el Estado requerido (como en los arts. 4.4.c del Convenio hispano-francés, 14.4.c del Convenio con Italia y 19.6 del Convenio con Bulgaria).

111. Nuestro ordenamiento no contiene, con carácter general, criterios para concretar cuándo se produce la contradicción que lleva a excluir el reconocimiento. Cabe señalar que la incompatibilidad debe ir referida al contenido y, en particular, a los efectos de las resoluciones. La exigencia, habitual en los convenios suscritos por España, de que los procedimientos en los distintos Estados hayan tenido lugar entre las mismas partes no parece particularmente relevante en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, habida cuenta de la ausencia de partes característica de la jurisdicción voluntaria y de la eficacia constitutiva (no *inter partes*) de las resoluciones. La eventual contradicción puede tener lugar con independencia de que el promovente sea o no el mismo en España y en el extranjero.

La contradicción se produce siempre que los contenidos de las

explicito de lo que es común en nuestro régimen convencional determina en tales supuestos la prioridad temporal con base en qué resolución fue pronunciada con anterioridad.

resoluciones en conflicto se excluyen (total o parcialmente) entre sí (en tales circunstancias, si las específicas cláusulas convencionales mencionadas no sirven para negar el reconocimiento -por ejemplo, en la medida en que exigen que exista identidad de partes y de objeto litigioso-, el rechazo, necesario para garantizar la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico, podría fundarse en tales regímenes en la vulneración del orden público). Normalmente, la incompatibilidad tiene lugar cuando las decisiones en cuestión resuelven de modo diverso sobre un mismo objeto, por ejemplo, al designar como tutor de un mismo menor a personas distintas, al fijar fechas de muerte diversas para una declaración de fallecimiento⁽³³¹⁾ o al regular de modo diferente el régimen de visitas paterno-filial⁽³³²⁾. Pero cabe también que la contradicción se produzca tratándose de resoluciones emanadas de procedimientos sobre objetos no plenamente coincidentes, cuando por su contenido los pronunciamientos de las mismas se excluyan mutuamente⁽³³³⁾. Es más, para valorar la eventual contradicción, que impide el reconocimiento, deben analizarse las resoluciones en su conjunto, teniendo, por ejemplo, también en cuenta las consideraciones realizadas a título prejudicial o aquellas situaciones que son presupuesto de la resolución extranjera. A modo de ejemplo, la existencia en España de una sentencia declarando la no paternidad de un ciudadano suizo sobre un menor residente en España debe ser un obstáculo que excluya el reconocimiento en nuestro país de una resolución suiza de jurisdicción voluntaria que otorga a ese ciudadano

³³¹. *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, "La ausencia...", *loc. cit.*, p. 69, poniendo de relieve también que cuando la resolución española de jurisdicción voluntaria fue denegatoria de la petición, la adopción posterior de una decisión extranjera diversa no viola necesariamente la congruencia de nuestro sistema jurídico.

³³². Ese era el caso en la situación que dio lugar al mencionado Auto TS (Sala 1ª) de 28 de junio de 1985.

³³³. El hecho de que la incompatibilidad de las resoluciones puede tener lugar con independencia de la plena identidad de los objetos procesales fue puesta de relieve por el TJCE en la interpretación del art. 27.3 CB -cuyo tenor sólo exige que se trate de un litigio entre las mismas partes- en la conocida sent. TJCE de 4 de febrero de 1988 en el asunto 145/86, *Hoffmann/Krieg* (*Rec.*, pp. 645-672, esp. pp. 668-669). Sobre el particular, *vid.* H. Gaudemet-Tallon, *Nota...*, *loc. cit.*, p. 606; y H. Schack, "Wiedersprechende Urteile: Vorbeugen ist besser als Heilen", *IPRax*, vol. 9, 1989, pp. 139-142, p. 141.

helvético derecho de visitas sobre el menor en cuestión, dando por supuesta la condición de padre del mismo⁽³³⁴⁾.

112. La peculiar modificabilidad de las resoluciones que es característica del ámbito típico de la jurisdicción voluntaria se proyecta sobre el significado de esta condición del reconocimiento. En la medida en que la menor estabilidad de tales resoluciones se justifica porque las mismas tienen lugar en el contexto de una actividad asistencial duradera, que no finaliza con la resolución sino que debe ser adaptada atendiendo a los cambios de circunstancias, se impone dejar constancia de que la relación entre contradicción de la decisión extranjera con la nacional y modificación de ésta a través de aquélla presenta particular relevancia.

Con carácter general, puede afirmarse que la circunstancia de que la resolución extranjera cuya eficacia se pretende en nuestro país suponga la modificación de una previa resolución española no debe representar un obstáculo a su reconocimiento en España, siempre que la revisión tenga lugar en el marco de la actividad asistencial y responda a una alteración de las circunstancias⁽³³⁵⁾. En tales supuestos no cabe hablar de contradicción con la resolución española, sino de modificación (razonable) de la misma, incluso si el procedimiento extranjero no ha sido formalmente modificativo⁽³³⁶⁾. La nueva resolución es compatible con la previa española sin que su eficacia aquí menoscabe la coherencia del ordenamiento jurídico. Así, no debe ser impedimento para la eficacia en nuestro país de una resolución extranjera relativa al nombramiento del tutor de un menor, el hecho de que exista previamente una decisión española designando a otra persona cuando las

³³⁴. Sobre estos aspectos, al margen de la jurisdicción voluntaria, *vid.* G.M. Ubertazzi, "Delibazione di sentenza straniera contraria ad altra italiana", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. VIII, 1972, pp. 417-431, *passim*, formulando un ejemplo muy similar (pp. 430-431).

³³⁵. En la jurisprudencia alemana, poniendo expresamente de relieve que el reconocimiento de una decisión extranjera sobre custodia que contradice una previa decisión alemana sólo es contraria al orden público (por ese motivo) si no se trata de una modificación por el tribunal extranjero de la decisión alemana, *vid.* decisión del *Oberverwaltungsgericht Münster* de 22 de marzo de 1974 (*IPRspr*, 1974, pp. 531-537).

³³⁶. Fuera también del ámbito de la jurisdicción voluntaria, en materia de alimentos, *vid.* S. Alvarez González, *Crisis...*, *op. cit.*, pp. 274-276.

circunstancias se han alterado al pronunciarse la decisión extranjera, por ejemplo, porque tras haber trasladado tutor y tutelado su residencia habitual al país cuyos tribunales adoptan la nueva resolución, un accidente dañara de tal modo la salud del tutor que hiciera aconsejable nombrar a una nueva persona para desempeñar la tarea⁽³³⁷⁾.

La compatibilidad con la previa resolución española no debe plantear, en principio, dificultades en tanto la modificación se limite a lo que resulte de las nuevas circunstancias⁽³³⁸⁾, manteniéndose en lo demás eficaz la decisión inicial. Distinta es la situación cuando el pronunciamiento diverso extranjero (se configure o no formalmente como una modificación) no deriva de la alteración de las circunstancias sino de la diversa valoración de las mismas o de la distinta interpretación por parte del órgano extranjero de conceptos jurídicos indeterminados condicionantes de la decisión.

IV. Orden público

1. CONSIDERACIONES GENERALES

113. Una resolución judicial extranjera sólo puede ser reconocida en España cuando su eficacia no resulta contraria a los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Tal comprobación se lleva a cabo por medio del control del orden público, que tiene lugar, tanto en el sistema de fuente interna como en los diversos regímenes bilaterales, a través de una doble vertiente: sustantiva y procesal. La vertiente material excluye el reconocimiento de las resoluciones extranjeras cuando el resultado concreto al que el mismo conduce es absolutamente intolerable, por su radical contradicción con los valores y principios básicos del Derecho material del Estado requerido. Por su parte, la vertiente procesal exige en nuestro sistema

³³⁷. Sobre el partiular, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 139-140, de donde está tomado el ejemplo.

³³⁸. En tales situaciones la compatibilidad existe incluso en el ámbito contencioso, habida cuenta del limitado alcance temporal de la cosa juzgada material. En este sentido, en materia de alimentos *vid.* H. Schack, "Anerkennung eines ausländischen trotz widersprechenden deutschen Unterhaltsurteils", *IPRax*, vol. 6, 1986, pp. 218-221, p. 220.

esencialmente valorar el respeto en el procedimiento original de las garantías contenidas en el art. 24 CE, con objeto de impedir que sean vulneradas a través del reconocimiento. El control del orden público, en su doble vertiente material y procedimental, se configura asimismo como condición del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria.

Ha parecido oportuno separar aquí el análisis de los aspectos procedimentales y materiales del orden público. En el ámbito de las garantías procedimentales las exigencias de un análisis específico resultan particularmente intensas, habida cuenta de las peculiaridades propias de la configuración procedimental de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Por su parte, el orden público material varía en buena medida en función del concreto sector del ordenamiento (materia) al que pertenece la situación que da lugar a la resolución. Con carácter previo, se impone dejar constancia de la operatividad aquí de determinados rasgos generales propios del empleo del orden público como condición del reconocimiento.

114. Ciertamente, en principio, valen también en este ámbito apreciaciones generales tradicionalmente realizadas en nuestro sistema al caracterizar este (doble) requisito respecto de las decisiones contenciosas. Se trata, además, de rasgos propios del control del orden público en el ámbito del reconocimiento, admitidos normalmente en los sistemas de nuestro entorno, con independencia de que la resolución extranjera sea de carácter contencioso o de jurisdicción voluntaria⁽³³⁹⁾. Así, el fundamento de este motivo de denegación del reconocimiento impone su verificación de oficio en todo caso por parte de la autoridad a la que corresponda pronunciarse acerca de la eficacia de una decisión extranjera. Ahora bien, la verificación del respeto al orden público no implica admitir el control del fondo de la decisión extranjera. El criterio de base es que el reconocimiento reviste carácter homologador, en el sentido de que se excluye valorar en este marco la

³³⁹. Resaltando la naturaleza de verdaderas exigencias constitucionales respecto de algunos de estos caracteres propios del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, *vid.* en el contexto alemán, R. Geimer, "Verfassung, Völkerrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht", *ZfRV*, 1992, pp. 321-347 y pp. 401-420, esp. p. 412.

corrección de la resolución extranjera⁽³⁴⁰⁾. El examen del contenido de la decisión sólo puede tener lugar excepcionalmente en la medida en que sea necesario para verificar alguna de las condiciones de reconocimiento, en particular, el respeto al orden público (aunque no únicamente, así cabe pensar en la posibilidad de valorar el contenido de la resolución extranjera con el fin de decidir acerca de su eventual compatibilidad con decisiones eficaces en España). De otra parte, para que el recurso al orden público sea viable es preciso que se hayan agotado las posibilidades disponibles en el Estado de origen de hacer valer el motivo de oposición.

Asimismo, es claro que de lo que se trata es de salvaguardar el orden público actual. En esta línea, también se impone aquí la idea de que el momento determinante para valorar la compatibilidad de la resolución extranjera con el orden público es aquel en el que se decide acerca del reconocimiento. Ciertamente, lo que se pretende a través de esta condición es evitar que el reconocimiento conduzca a un resultado perturbador del orden público, algo que sólo puede producirse a partir del momento en el que se determina la eventual eficacia en España de la resolución extranjera. Ahora bien, se ha planteado en qué medida una posible alteración de las circunstancias de la situación de fondo desde el momento en el que la resolución se adoptó hasta que se plantea el reconocimiento puede variar la valoración de la misma a la luz del ordenamiento del Estado requerido (por ejemplo, porque la solución que en el momento inicial suponía ignorar el interés del menor, puede resultar plenamente adecuada a la luz del mismo cuando se pretende su reconocimiento, habida cuenta del cambio de circunstancias producido mientras tanto)⁽³⁴¹⁾. Cabe entender que la

³⁴⁰. La vigencia de ese criterio en nuestro ordenamiento ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional, con toda claridad *vid.* Sent. TC 54/1989, de 23 de febrero (BOE núm. 62, de 14.03.89) (Fdtos. jdcos. 4º y 7º) y Sent. TC 132/1991, de 17 de junio (BOE núm. 162, de 14 de 8.07.91) (Fdto. jdco. 4º).

³⁴¹. Esa posibilidad parece determinante para proponer un planteamiento distinto, optando por el momento en el que la resolución devino eficaz como determinante en el control del orden público, *vid.* (con base también en el carácter automático del reconocimiento) R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 108. Poniendo de relieve el carácter residual de semejante planteamiento en la jurisprudencia y doctrina alemanas, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 147-148.

prohibición de la revisión de fondo puede limitar, en principio, la posibilidad de analizar la evolución de las peculiares circunstancias de la situación que sirvió de base a la resolución extranjera: si la decisión que pretende ser reconocida vulneró radicalmente un principio básico de nuestro ordenamiento, como el interés del menor, el criterio general es que debería denegarse su reconocimiento, sin que en principio la autoridad competente para decidir acerca del mismo deba valorar cuál ha sido la evolución de las circunstancias. Ahora bien, no puede desconocerse que la contradicción con el orden público se predica de las consecuencias concretas resultantes del reconocimiento de la decisión extranjera, de modo que lo decisivo en la apreciación (por ejemplo, respecto del interés superior del menor) deben ser las circunstancias presentes en el momento en que se pretende el reconocimiento.

115. Debe también reafirmarse aquí, con carácter general, la naturaleza excepcional del recurso al orden público como obstáculo al reconocimiento de resoluciones extranjeras, circunstancia condicionante de la interpretación de este requisito⁽³⁴²⁾. Sólo debe ser motivo para denegar el reconocimiento de aquellos pronunciamientos que impliquen un acusado menoscabo de los valores esenciales o de los principios irrenunciables de nuestro ordenamiento. En esta línea, como el propio TC ha puesto de relieve, la finalidad propia del control del orden público es en principio la salvaguarda de los derechos fundamentales constitucionales⁽³⁴³⁾.

Es más, la operatividad de los derechos fundamentales tiene aquí lugar en el ámbito internacional, respecto de situaciones eficaces en otros ordenamientos y decisiones adoptadas por autoridades extranjeras. Tal circunstancia suscita la cuestión de en qué medida de la finalidad

³⁴². Acerca de la peculiar configuración del orden público en materia de reconocimiento, *vid.* R. Geimer, *Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 59-61, destacando que su ámbito de aplicación es más amplio aquí que en lo relativo a la norma de conflicto, que la intensidad del orden público es menor en el ámbito del reconocimiento (*ordre public atténué*) y que puede actuar incluso si la ley aplicada en la decisión ha sido la del Estado requerido.

³⁴³. *Vid.* al hilo del control de las garantías del proceso extranjero el Fdto. jdco. 4º de la Sent. TC 54/1989, de 23 de febrero.

favorecedora de la eficacia de las resoluciones extranjeras que es propia del reconocimiento y, más en general, del interés por promover el tráfico jurídico internacional presente en nuestro ordenamiento (que debería facilitar la aceptación de las especificidades de los sistemas legales extranjeros), cabe derivar que la operatividad de los derechos fundamentales presenta peculiaridades cuando de su empleo como límite al reconocimiento de resoluciones extranjeras se trata⁽³⁴⁴⁾, lo que ha conducido a proponer aquí una interpretación matizada de los derechos fundamentales cuando estos operan en el marco de la reserva de orden público⁽³⁴⁵⁾, en línea con la referencia bien conocida en este ámbito al *ordre public atténué*⁽³⁴⁶⁾. Es en la concreta interpretación de este requisito por el aplicador donde deben ser valorados los intereses determinantes de la tendencia reseñada a adecuar la operatividad de los derechos fundamentales a la internacionalidad de la situación. Como las circunstancias del caso concreto son decisivas en la eventual contradicción con el orden público, existiendo además notable imprecisión acerca de los límites de tal noción, resulta difícil la formulación de criterios generales al respecto.

³⁴⁴. Planteando la cuestión y ofreciendo una aproximación de conjunto a la misma, *vid.* R. Geimer, "Verfassung...", *loc. cit.*, pp. 407-413.

³⁴⁵. *Vid.* J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Tubinga, 1997, pp. 230-231, destacando cómo el alcance de la flexibilización no puede precisarse en general, sino que varía según los casos y, en particular, según el derecho fundamental de que se trate y la vinculación del supuesto con el orden constitucional, que puede ser escasa en situaciones muy conectadas con el extranjero, que manifiestan diferencias objetivas respecto a situaciones internas. Asimismo, referido en concreto al control del orden público en el reconocimiento de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, p. 145, quien a partir de la extendida opinión de que para que opere la reserva de orden público es preciso que el supuesto esté vinculado con el Estado requerido (poniendo de relieve cómo tal planteamiento debe ser matizado por imperativo constitucional, *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 382-383 -en el plano de la ley aplicable- y R. Geimer, "Verfassung...", *loc. cit.*, p. 411, entiende que la flexibilización -o grado de tolerancia- será menor cuanto mayor sea la proximidad del supuesto con el Estado requerido (p. 146).

³⁴⁶. *Cf.*, *v. gr.*, P. Mayer, *Droit international privé*, 5ª ed., París, 1994, p. 256, vinculando, al hilo de la jurisprudencia francesa, la constatación de que el reconocimiento de decisiones es el dominio típico del orden público atenuado con la idea de que se trata de una reacción frente a situaciones ya consolidadas en el extranjero.

2. GARANTIAS PROCEDIMENTALES

116. Cabe iniciar la valoración del control del orden público respecto del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria haciendo referencia al alcance de las garantías procedimentales contenidas en nuestro sistema de protección de los derechos fundamentales como límite a la eficacia de tales resoluciones extranjeras. En línea de principio, el control del cumplimiento de las garantías procedimentales en el marco del orden público está destinado a fiscalizar el respeto en el procedimiento de origen de los aspectos esenciales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). No sólo en nuestro sistema de fuente interna -a partir del art. 954.2 LEC-⁽³⁴⁷⁾, sino también en los regímenes convencionales⁽³⁴⁸⁾, así como en el extranjero⁽³⁴⁹⁾, ha sido tradicional singularizar de entre las garantías procedimentales la exigencia de regularidad del emplazamiento (del demandado), destinada a asegurar que las partes han sido notificadas del inicio del proceso y han dispuesto del tiempo preciso para poder fundar lo que convenga a su derecho o interés. En lo demás, la protección de las garantías de la tutela judicial efectiva en el marco del reconocimiento tiene lugar normalmente a través del recurso a la cláusula general del orden público (en el sistema de fuente interna, art. 954.4 LEC). En este contexto, se ha considerado oportuno elaborar un análisis unitario del control del conjunto de las garantías procedimentales, sin perjuicio de realizar observaciones específicas respecto al emplazamiento regular y con tiempo suficiente.

³⁴⁷. Es conocido que la exigencia de que la decisión extranjera "no haya sido dictada en rebeldía" contenida en el art. 954.2 LEC se interpreta por nuestra jurisprudencia como relativa a la necesidad de emplazamiento regular y con tiempo suficiente, *vid.* fdto. jdco. 5º de la sent. TC 43/1986, de 15 de abril (BOE núm. 120, de 29.04.86).

³⁴⁸. En los regímenes bilaterales *vid.*, *v. gr.*, art. 4.3 del Convenio hispano-francés, art. 14.3 del Convenio con Italia, art. 5.2 del Convenio con Alemania y art. 5.2 del Convenio hispano-austriaco.

³⁴⁹. *Vid.* § 16.a.2 de la Ley de jurisdicción voluntaria alemana (sobre el mismo, J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 126-132). Entendiendo que este precepto resulta superfluo, porque los supuestos a los que incluye quedarían normalmente comprendidos en la cláusula general de orden público, *vid.* R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 106.

117. La atribución a los órganos judiciales de todos los procedimientos correspondientes al llamado ámbito clásico de la jurisdicción voluntaria, se vincula directamente con las particulares garantías asociadas a la intervención de estos órganos, de modo que la exigencia de una protección efectiva de los derechos procedimentales de los sujetos de los expedientes propios de la jurisdicción voluntaria, debe ser firmemente afirmada⁽³⁵⁰⁾. Ahora bien, las peculiaridades de la jurisdicción voluntaria suscitan especiales dificultades cuando de precisar el alcance en la misma del derecho a la tutela judicial efectiva se trata.

El propio TC en la ya citada Sent. 13/1981, de 22 de abril, establece, al valorar en qué medida del art. 24.1 CE se deriva la necesidad de intervención de quienes puedan resultar afectados por un expediente de jurisdicción voluntaria, que no es posible establecer reglas generales al respecto. No obstante, pone de relieve una serie de consideraciones que parecen aplicables en principio al conjunto mayoritario de los procedimientos de jurisdicción voluntaria: la falta de partes determinadas justifica que no sea preciso aquí el traslado previsto para la demanda en el ámbito contencioso; la falta de notificación a los afectados por el expediente no puede producir indefensión si existe ocasión (en particular, en virtud de la solicitud prevista en el art. 1.813 LEC) de alegar lo que se estime procedente por quien ostente un interés legítimo (habida cuenta del menor rigor formal y exclusión de preclusividad que resultan de los arts 1.816 y 1.818 LEC); así como "que existe la posibilidad de oposición prevista en el art. 1.817 LEC y que no alcancen los efectos de la cosa juzgada a la resolución adoptada en un expediente de jurisdicción voluntaria, lo que permitirá un posterior planteamiento de la misma cuestión en un proceso contencioso". En el caso concreto, el TC -frente a la posición del Ministerio Fiscal- entendió que en el procedimiento que dió lugar a un Auto que establecía el régimen de visitas, comunicación y estancias de un menor con respecto al abuelo materno no se había producido indefensión, pese a que el Auto había sido dictado sin dar audiencia al padre, titular de la patria

³⁵⁰. Cf. T. Pfeiffer, *Internationale...*, op. cit., p. 32.

potestad, pues éste tuvo ocasión de alegar lo que estimara procedente cuando el Auto "era plenamente reformable".

118. La idea de que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva aparece limitado al ámbito propiamente jurisdiccional, del que tiende a excluirse la jurisdicción voluntaria lleva a afirmar que en este sector no opera plenamente el art. 24 CE⁽³⁵¹⁾, rechazándose en particular que pueda aquí producirse propiamente indefensión -pues ésta no sería definitiva⁽³⁵²⁾-, o incluso que sea de aplicación el principio de audiencia bilateral⁽³⁵³⁾.

³⁵¹. Cf. F. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, 1994, pp. 24-25, basándose en la sent.TC 93/1983, de 8 de noviembre (BOE núm. 288, de 2.12.83). Esta sentencia, sin embargo, no parece contener un planteamiento global del TC respecto a la aplicabilidad del art. 24.1 en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, que implique una revisión del relativismo al respecto recogido en la mencionada Sent. TC 13/1981. Del Fdto. jdco. tercero de la Sent. TC 93/1983 sí se desprende, sin embargo, que la falta de contradicción en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (a la que se considera perteneciente el procedimiento de solicitud de eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, previsto en la Ley de 7 de julio de 1981, al que iba referido el asunto en cuestión) no implica menoscabo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la medida en que, en caso de oposición, el expediente se hace contencioso, siendo posible formular la pretensión en el proceso correspondiente. Asimismo, queda claro que en aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que en caso de oposición el expediente se hace contencioso, la terminación del procedimiento con la declaración de hacerse contencioso no implica indefensión, siendo posible obtener una resolución sobre el fondo en el posterior proceso contencioso.

³⁵². Cf. F. Chamorro Bernal, *La tutela...*, op. cit., p. 115, a partir de la Sent. TC 64/1985, de 17 de mayo (BOE núm. 134, de 5.06.85), que -respecto del procedimiento sumario regulado en el art. 31 de la Ley Hipotecaria- pone de relieve el carácter no definitivo de la indefensión cuando queda abierta para los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos. En la misma línea, vid. Sent. TC 41/1981, de 18 de diciembre (BOE núm. 12, de 14.01.82).

³⁵³. Vid. Sent. TS (Sala 1ª) de 12 de julio de 1980 (RAJ 3.116) -contra la que se interpuso el recurso de amparo (desestimado) que dió lugar a la Sent. TC 13/1981-, que señala que "el art. 525 LEC y la doctrina legal... en la que se proclama el principio general de Derecho de la contradicción procesal, audiencia bilateral o de que nadie puede ser condenado sin tener previamente la posibilidad de defenderse... son de aplicación únicamente en los juicios o procesos contradictorios seguidos entre partes, pero no para los actos de jurisdicción voluntaria en cuyo ámbito tiene establecido el art. 1.813 LEC que cualquier persona distinta que la que promueve el expediente puede ser oída pero sólo cuando esta lo solicite, cuando otras personas lo pidan por tener interés legítimo en el o cuando el Juez de turno lo considere conveniente". Tan radical y generalizada exclusión del principio de audiencia (bilateral) respecto de los procedimientos de jurisdicción voluntaria -

Es lo cierto, sin embargo, que en nuestra jurisprudencia constitucional cabe encontrar ejemplos en los que se ha considerado que la irregular citación de un interesado en un procedimiento de jurisdicción voluntaria coloca a éste en una situación de indefensión incompatible con el art. 24 CE. Así ocurre en la Sent. TC 143/1990, de 26 de septiembre⁽³⁵⁴⁾, en la que el TC entiende que su doctrina relativa al derecho de audiencia bilateral y al modo de realizar las citaciones "es, sin duda, aplicable a los procedimientos judiciales de adopción, en los que, por estar en juego intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos". En el caso concreto, el TC resolvió que la citación por cedula en el tablón de anuncios del Juzgado y a través de edictos, siendo posible averiguar el domicilio de la madre biológica, había producido indefensión en el expediente de adopción a la madre, quien no tuvo oportunidad de ser oída en el mismo.

Asimismo, la jurisprudencia del TC -en especial, la reciente Sent. TC 187/1996, de 25 de noviembre⁽³⁵⁵⁾, relativa a actuaciones de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento de un menor- es expresiva de que la violación por órganos judiciales del derecho a utilizar medios de prueba pertinentes así como la decisión atendiendo exclusivamente a las pruebas de una de las partes representa, también en procedimientos de jurisdicción voluntaria -ninguna especialidad deriva la mencionada Sent. TC de la naturaleza de las actuaciones-, una inadmisble vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

que pudiera responder a que el recurrente fundaba su argumentación en lo previsto en el art. 525 LEC, que no es de aplicación a la jurisdicción voluntaria- no sólo no resulta confirmada por la (posterior) jurisprudencia del TC -baste recordar los términos como mínimo mucho más matizados de la propia Sent. TC 13/1981-, sino que incluso ha resultado contradicha, como se pone de relieve a continuación.

³⁵⁴. BOE núm. 254, de 23.10.90.

³⁵⁵. BOE núm. 3, de 3.01.97.

119. El que las garantías procesales básicas pueden ser vulneradas cuando determinados procedimientos de jurisdicción voluntaria son tramitados sin dar audiencia a alguno de los afectados ha encontrado también reflejo en la práctica del TEDH. No sólo porque existe la opinión de que las garantías del art. 6.1 CEDH, en particular, el principio de audiencia, deben ser respetadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria⁽³⁵⁶⁾, sino también porque la jurisprudencia del TEDH considera la protección procedimental parte integrante de los derechos fundamentales materiales⁽³⁵⁷⁾. Lo cierto es que la tramitación de un procedimiento de adopción sin haber concedido audiencia al padre natural ni darle posibilidad de defender sus intereses en el expediente, se ha considerado por el TEDH no sólo una infracción de art. 8 CEDH -derecho a la vida familiar-, sino también del art. 6.1 CEDH⁽³⁵⁸⁾. Asimismo, el derecho a un proceso justo previsto en el art. 6 CEDH, también se ha estimado infringido por las restricciones impuestas al padre en un procedimiento relativo al derecho de visitas a los hijos⁽³⁵⁹⁾.

En estos casos el TEDH ha puesto de relieve que la infracción del art. 6.1 CEDH (que alude al derecho de toda persona "a que su causa se vea con justicia... por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que resolverá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de naturaleza civil...", con una redacción por lo tanto más estricta -respecto de la eventual inclusión de los procedimientos de jurisdicción voluntaria- que el art. 24.1 CE, según el cual "(t)odas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses

³⁵⁶. Cf. F. Matscher, "Der Einfluß der EMRK auf den Zivilprozeß", *Festschrift für W. Henckel*, Berlín, 1995, pp. 593-614, p. 602, poniendo de relieve cómo el principio de audiencia derivado del art. 6 CEDH también rige en el ámbito no contencioso incluso si el procedimiento se ha iniciado de oficio (de otra parte, *vid.* p. 609, señalando cómo la limitada oralidad y publicidad que es común en el ámbito de la jurisdicción voluntaria no implica un déficit de garantías incompatible con el art. 6 CEDH).

³⁵⁷. *Ibid.*, p. 597.

³⁵⁸. *Vid.* Sent. TEDH de 26 de mayo de 1994 (asunto Keegan c. Irlanda, 16/1993/411/490).

³⁵⁹. *Vid.* Sent. TEDH de 8 de julio de 1987 (asunto O. c. Reino Unido (BJC 1988-91, pp. 1.353-1.368). A pesar de que niega, en atención a las circunstancias del caso, la infracción del art. 6.1 CEDH (no así del art. 8 CEDH), es también ilustrativa la Sent. TEDH de 7 de agosto de 1996 (asunto Johansen c. Noruega) (extracto en *Journ. dr. int.*, vol. 124, 1997, pp. 233-235).

legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión") puede tener lugar aunque el procedimiento no se tramite ante un tribunal, siempre que se trate de una autoridad que desempeña funciones cuasijudiciales, como ocurría en el asunto de la adopción mencionado. Asimismo la interpretación del término "(litigios sobre) derechos... de naturaleza civil" ha sido realizada por el TEDH de modo amplio, incluyendo supuestos en los que la persona cuyo derecho a un procedimiento justo se consideró infringido no era titular propiamente de un derecho subjetivo privado (caso de la violación del art. 6.1 en relación con el ejercicio por el padre del derecho de visitas). En este último asunto el TEDH señaló que la posibilidad de recurrir los mandamientos de custodia, de demandar la revisión judicial de los mismos o de instituir un procedimiento de tutela (que resueltos con éxito para el padre indirectamente solucionarían la cuestión de las visitas) no evitaba la vulneración del art. 6.1 CEDH, como consecuencia de que ninguna de esas vías permite impugnar de modo autónomo el régimen de visitas y de que no existe posibilidad para los padres de atacar ese régimen ante un tribunal que pueda revisar el fondo de la decisión previa.

120. Por consiguiente, parece fuera de duda que la infracción del derecho a un procedimiento justo proclamado en el art. 6.1 CEDH puede tener lugar en el ámbito propio de la jurisdicción voluntaria. Se trata, además, de una circunstancia particularmente relevante en la medida en que se admita, como tiende a imponerse⁽³⁶⁰⁾, que el reconocimiento en cualquier Estado parte del CEDH (es decir, también en España) de una resolución extranjera adoptada infringiendo las garantías procedimentales integradas en la reserva de orden público (*ex* art. 6.1 CEDH) implica una violación del propio art. 6.1 CEDH, por parte del Estado que otorga eficacia en su territorio (en nuestro caso, España) a la decisión tomada vulnerando el derecho a un proceso justo, con independencia de que la misma proceda de un Estado que

³⁶⁰. Pese a que de alguna decisión nacional aislada parece desprenderse lo contrario, *vid. sent. Cour de cassation* (Francia) de 10 de julio de 1990 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 80, 1991, pp. 757-759).

sea o no parte del CEDH⁽³⁶¹⁾.

Además, este dato cobra especial trascendencia, pues cabe pensar que hace posible una vía de impugnación (ante el TEDH) útil en nuestro sistema (también en relación con decisiones contenciosas), a la luz del tradicional rechazo del TC a la operatividad del recurso de amparo frente a las decisiones de nuestros tribunales que se pronuncian sobre el reconocimiento de decisiones extranjeras, por entender que el control de las condiciones del reconocimiento es una cuestión de legalidad ordinaria⁽³⁶²⁾.

121. La vulneración en el procedimiento seguido en el Estado de origen del principio de audiencia respecto de afectados por el expediente en cuestión, así como otras situaciones que implicarían indefensión de tales personas, han sido retenidas en la legislación y jurisprudencia comparadas como supuestos en los que el reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria debe ser denegado por la violación de las garantías procesales⁽³⁶³⁾.

³⁶¹. Propugnando ese planteamiento, pese a la ausencia de pronunciamientos de los órganos del CEDH sobre el particular, *vid.* F. Matscher, "IPR und IZVR vor den Organen der EMRK -Eine Skizze-", *Festschrift für K.H. Neumayer*, Baden-Baden, 1985, pp. 459-478, p. 477; e *id.*, "Grundfragen...", *loc. cit.*, p. 319, opinión muy cualificada por provenir de un Juez del TEDH. En el mismo sentido, más matizadamente, *vid.* P. Mayer, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 80, 1991, pp. 651-665, pp. 657-659.

³⁶². Esta línea jurisprudencial (que en cualquier caso debería dejar a salvo la operatividad del recurso de amparo en situaciones en las que la decisión sobre el reconocimiento es manifiestamente irrazonable o arbitraria) ha suscitado dudas en el ámbito doctrinal (*vid.* M.A. Amores Conradi, "Nota a la sent. TC 43/1986, de 15 de abril", *REDI*, vol. XXXIX, 1987(1), pp. 190-196, pp. 193-195, señalando que ese planteamiento roza la desconstitucionalización de las garantías previstas en el art. 24.1 CE; y J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 547-548) y se manifiesta, a partir del Auto TC 74/1984, de 8 de febrero (JC, t. VIII, 1984, pp. 885-887), en las Sents. TC 98/1984, de 24 de octubre (fdto. jdco. 3º) (BOE núm. 285, de 28.11.84), 43/1986, de 15 de abril (fdto. jdco. 5º) (BOE núm. 120, de 29.04.86), 54/1989, de 23 de febrero (BOE núm. 62, de 14.03.89) (con nota de M. Desantes Real, *REDI*, vol. XLI, 1989(2), pp. 627-630) y 132/1991, de 17 de junio (BOE núm. 162, de 8.07.91). Por otra parte, la (im)posibilidad de que sea directamente la irregular actuación del tribunal extranjero (y no el deficiente control en el marco del reconocimiento) lo que constituya la violación del derecho fundamental objeto del recurso de amparo ante el TC, resultaría del ámbito de aplicación previsto en el art. 41.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, del que se deriva que la violación debe ser originada por la actuación de los poderes públicos españoles.

³⁶³. Entre las legislaciones que hacen referencia al control de las garantías

En línea con nuestra jurisprudencia constitucional y con la del TEDH, en la jurisprudencia extranjera se ha puesto de relieve -ahora sí desde la perspectiva del control del orden público en el ámbito del reconocimiento- cómo en materia de adopción las exigencias procedimentales mínimas son infringidas cuando no se respeta el principio de audiencia respecto de los progenitores del adoptado⁽³⁶⁴⁾. Asimismo, la jurisprudencia extranjera ofrece ejemplos de control del orden público procedimental (si bien su relevancia en este contexto es significativamente inferior a la del orden público material) en el marco del reconocimiento de otras resoluciones de jurisdicción voluntaria, con frecuencia aplicando criterios flexibles⁽³⁶⁵⁾.

procedimentales en relación con el reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria cabe mencionar el § 16 a (especialmente apartados 2 y 4) de la Ley de jurisdicción voluntaria alemana (al respecto *vid.* R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, pp. 105-106, y J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 126-133, 148-153); el art. 31 de la Ley suiza de D.I.Pr. de 1987, del que resulta la aplicación (análogica) de lo previsto sobre el particular para las decisiones contenciosas, entre otros, en el art. 27 (especialmente 27.2.a) (*vid.*, entendiendo que normalmente el control del orden público procedimental sólo será relevante para los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que no haya un único afectado, P. Volken, "Art. 31"..., *loc. cit.*, pp. 318-319, y B. Dutoit, *Commentaire...*, *op. cit.*, pp. 91-92); y el artículo 66 de la Ley italiana de D.I.Pr. de 1995, en virtud de la remisión contenida al art. 65 (*vid.* S. Bariatti, "Articoli...", *loc. cit.*, pp. 1.240-1.241, cuestionando la pertinencia de esta condición).

³⁶⁴. Así se desprende, por ejemplo, de la sent. del *Tribunal Fédéral* suizo de 27 de agosto de 1991 (*RSDIE*, vol. 2, 1992, pp. 203-208, nota de A. Bucher, pp. 208-212, crítica sobre el particular), que para decidir acerca del reconocimiento de una adopción constituida en Filipinas controla el respeto en el procedimiento de adopción seguido en Filipinas de las garantías procedimentales y en particular del principio de audiencia -previsto en el mencionado art. 27.2.a, de la Ley suiza de D.I.Pr.-, señalando cómo la falta de audiencia del padre biológico no infringe el orden público suizo, en tanto en cuanto el adoptado era hijo de padre desconocido. En una línea similar se ha pronunciado la jurisprudencia francesa -admitiendo el planteamiento de la legislación del Estado de origen (Alemania) sobre el particular-, al entender que el principio de audiencia queda satisfecho -de modo que no se infringe el orden público procedimental francés en el marco del reconocimiento- cuando la audiencia del padre biológico del adoptado no se lleva a cabo como consecuencia de que resulta materialmente imposible (por ejemplo, por ser desconocido o por no presentarse pese a ser requerido) (*vid.* sent. del *Tribunal de grande instance* de Grasse de 4 de enero de 1977, *Journ. dr. int.*, vol. 104, 1977, pp. 857-862, con nota de D. Mayer, pp. 862-864).

³⁶⁵. Así, en la jurisprudencia alemana incluso anterior al § 16.a de la Ley de jurisdicción voluntaria, *vid.* la decisión del *Kammergericht* de 4 de diciembre de 1979 (*IPRspr*, 1979, pp. 356-363), en la que se afirma que el reconocimiento de una resolución extranjera de custodia debe ser denegado cuando en el procedimiento extranjero se ha producido una grave infracción del principio de audiencia, lo que sucede cuando uno de los padres no ha

122. Concretar el alcance del orden público procedimental en el marco del reconocimiento en España de decisiones de jurisdicción voluntaria es una tarea extremadamente compleja. Tal constatación resulta no sólo de la imprecisión acerca de las exigencias que en nuestro sistema derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sobre los diversos procedimientos de jurisdicción voluntaria -punto de partida ineludible-, y de las peculiaridades de su proyección en el ámbito internacional, sino también de lo decisivo que deben resultar en cada situación las circunstancias del caso concreto.

Es de señalar que el control de las garantías procedimentales no implica la exigencia de que el procedimiento extranjero aparezca configurado de modo sustancialmente idéntico a su equivalente en España⁽³⁶⁶⁾, únicamente debe operar, como es sabido, cuando se hayan infringido garantías básicas. La eventual violación de tales derechos se plantea ante todo en relación con expedientes de jurisdicción voluntaria en los que puede existir contradicción. En efecto, es conocido que dentro del ámbito típico de la jurisdicción voluntaria -integrada fundamentalmente por procedimientos tuitivos que tienden a asistir a personas necesitadas de particular protección-

tenido conocimiento del expediente, sin haberse satisfecho las exigencias del Derecho alemán sobre comunicación del expediente a los interesados; y la decisión del *Oberlandesgericht* Dusseldorf de 4 de diciembre de 1981 (*IPRspr*, 1981, pp. 508-511, esp. p. 510), valorando positivamente el respeto al principio de audiencia en el procedimiento que dio lugar a la resolución italiana sobre custodia (restitución) de un menor cuya ejecución se pretendía. En la reciente práctica italiana, *vid.* la sent. *Corte di Cassazione* de 7 de septiembre de 1991 (*Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXVIII, 1992, pp. 559-564), que deniega el reconocimiento de una decisión procedente de la India relativa a la constitución de un acogimiento preadoptivo a favor de un sólo cónyuge, por su incompatibilidad con el orden público italiano, mencionando, entre otras circunstancias, que el procedimiento había resultado manifiestamente lesivo para los derechos del otro cónyuge, sin cuya participación se constituyó el acogimiento, pues no tuvo ocasión de hacer valer su opinión en el procedimiento (p. 563). Acerca de la situación en Francia y del empleo en este ámbito de la doctrina del *ordre public atténué*, *vid.* con referencias jurisprudenciales, H. Muir-Watt, "Effets...", *loc. cit.*, Fasc. 584-4, p.8.

³⁶⁶. Por ejemplo, no debe resultar determinante que el procedimiento extranjero no aparezca diseñado a partir del principio de oficialidad, *cf.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 148-149.

pueden concurrir afectados con intereses contrapuestos (por ejemplo, los padres biológicos y los eventuales adoptantes, los interesados en obtener la custodia de un menor...), pese a que propiamente no existan litigios entre partes sobre derechos subjetivos, propios del ámbito contencioso. Del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE cabe derivar exigencias ineludibles respecto de tales procedimientos. No en vano en ocasiones se trata de procedimientos en los que están en juego intereses de la mayor importancia.

123. Particular interés reviste aquí la garantía del principio de audiencia y la prohibición de indefensión (aunque sin olvidar otros aspectos, como la interdicción de la arbitrariedad o el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes). Ciertamente, la exigencia de emplazamiento regular y con tiempo suficiente, presenta una importancia menor en el sector de la jurisdicción voluntaria⁽³⁶⁷⁾, debido a la inexistencia, normalmente, de demandado (y de demanda), así como al menor rigor formal de los expedientes en este ámbito, que posibilitan la presentación de alegaciones y la participación en el procedimiento del que se ha tenido conocimiento en un momento posterior. Esta constatación cede, sin embargo, en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que está presente una contraposición de intereses que hace que la configuración del expediente sea básicamente contradictoria, como ocurre, en particular, en los procedimientos sobre custodia de menores. En tales circunstancias, la exigencia de emplazamiento regular y con tiempo suficiente, en términos similares a los que son propios de los procesos contenciosos, parece resultar inexcusable.

Por su parte, la supuesta violación del principio de audiencia debe ser rechazada en aquellos supuestos en los que el afectado que la invoca ha tenido posibilidad ilimitada de alegar, en algún momento del procedimiento (incluso posteriormente si la decisión era plenamente reformable) todo

³⁶⁷. Cf. D. Martiny, *Handbuch...*, *op. cit.*, p. 240.

aquello que considerara relevante para sus intereses⁽³⁶⁸⁾. Es claro también que el principio de audiencia no resulta violado cuando la falta de la misma responde a una situación de imposibilidad material (como los casos de desconocimiento de quiénes puedan ser los eventuales afectados o de imposibilidad de averiguar su paradero). Tratándose de esos expedientes en los que existe contradicción entre personas directamente afectadas, la circunstancia de que con respecto a alguno de ellos no se haya garantizado su derecho a ser oído puede fundar el recurso al orden público, por infringir el principio de audiencia bilateral⁽³⁶⁹⁾ en particular cuando la decisión fue tomada a partir de declaraciones de otro afectado, sin respetar el principio de contradicción⁽³⁷⁰⁾. Ahora bien, las posibles restricciones impuestas al principio de audiencia en el procedimiento extranjero deben ser evaluadas a la luz de los intereses que las justificaran. Precisamente por la relevancia de los intereses en juego, donde normalmente priman los de aquella persona acerca de cuya protección trata el concreto expediente (menor, adoptando, incapaz, ausente, terceros afectados por la una situación de ausencia prologanda...), cabe entender que la valoración de si tales limitaciones son contrarias al orden público no puede prescindir de su eventual justificación para la mejor protección del interés prevalente.

³⁶⁸. Vid. Sent. TC 13/1981, de 22 de abril (Fdtos. jdcos. 4 y 5). En la jurisprudencia extranjera resulta ilustrativa, aunque fuera del ámbito propio de la jurisdicción voluntaria la decisión del *Bayerisches Obersters Landesgericht* de 3 de octubre de 1978 (*IPRspr*, 1978, pp. 437-443), acerca del reconocimiento en Alemania de una resolución yugoslava relativa al divorcio de un español y de una doble nacional española-yugoslava, que pone de relieve cómo no infringe el orden público procedimental alemán la circunstancia de que el principio de audiencia no se respetara en el procedimiento en el que se pronunció el divorcio, porque éste había sido confirmado en un procedimiento posterior, iniciado a instancia del primer demandado, en el que sí se garantizó el principio de contradicción bilateral.

³⁶⁹. Su aplicación, por imperativo del art. 24.1 CE (y 6.1 CEDH) como criterio base respecto de estos procedimiento de jurisdicción voluntaria debe ser afirmada. Así, por ejemplo, es opinión extendida que la limitación de la audiencia a lo relativo a las reclamaciones económicas en la adopción de medidas provisionales, que se desprende del art. 1.883 LEC, no es compatible con el art. 24 CE, que exigiría que la audiencia del demandado se extienda a todas las medidas.

³⁷⁰. Vid. Sent. TC 143/1990, de 26 de septiembre (Fdto. jdco. único). También puede implicar indefensión la decisión de un procedimiento de jurisdicción voluntaria "atendiendo exclusivamente a las pruebas e informes de una de las partes" (Fdto. jdco. 7 de la Sent. TC 187/1996, de 25 de noviembre).

124. Con carácter general, no existe verdadera indefensión si esta no es definitiva⁽³⁷¹⁾. En particular, tal puede ser el caso, cuando el expediente de jurisdicción voluntaria termina con la declaración de hacerse contencioso⁽³⁷²⁾ o cuando la concreta decisión es susceptible de ser impugnada por el afectado cuyos derechos de defensa no han sido garantizados en el procedimiento, siempre que en la tramitación de la impugnación tenga posibilidad ilimitada de formular alegaciones y la autoridad que conozca de la misma sea competente para revisar el fondo del asunto. Ahora bien, existiendo la posibilidad de impugnación, normalmente la cuestión de la indefensión no se suscita en el ámbito del reconocimiento, bien porque la decisión no sea firme, bien porque haya sido consentida. La situación es distinta cuando la impugnación se configura como un procedimiento autónomo de revisión (sólo aquí, en la medida en que la modificabilidad de la resolución no se considere un límite a su reconocimiento, cabe plantear la operatividad del carácter no definitivo de la indefensión como excluyente del recurso al orden público procedimental).

Ciertamente, el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta violado cuando el expediente de jurisdicción voluntaria termina con la declaración de hacerse contencioso, pues en el posterior proceso podrán las partes obtener una resolución sobre el fondo fundada en Derecho. Ocurre, sin embargo, que frecuentemente la eventual oposición de alguno de los afectados no origina la conversión del procedimiento en contencioso (incluso en España donde existe una regla general sobre el particular -art. 1.817 LEC-, pero que conoce numerosas excepciones), resolviéndose en el marco del propio procedimiento de jurisdicción voluntaria⁽³⁷³⁾. En tales circunstancias, existiendo contradicción en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, si no se ha garantizado la posibilidad de participación a los afectados por el

³⁷¹. Vid. Sent. TC 64/1985, de 17 de mayo (Fdto. jdco. 2).

³⁷². Vid. Sent. TC 93/1983, de 8 de noviembre (Fdto. jdco. 3).

³⁷³. Vid. V. Fairén Guillén, "Sobre...", *loc. cit.*, *passim*, quien señala (p. 945) que en determinadas ocasiones la situación de un expediente de jurisdicción voluntaria puede ser muy próxima a la de un auténtico proceso, lo que justifica el empleo del sistema de garantías propio del proceso.

procedimiento en términos similares puede existir indefensión que justifique el recurso al orden público procesal.

3. ORDEN PÚBLICO MATERIAL

125. Frente a las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria la reserva de orden público material desempeña un papel de mayor importancia que la vertiente procedimental, si bien con frecuencia ambas muestran una íntima vinculación⁽³⁷⁴⁾. Se trata ahora de impedir que tales resoluciones produzcan en España efectos que suponen un atentado intolerable contra los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento material. Cuáles sean los principios y valores determinantes es cosa que puede variar según el sector del ordenamiento considerado. El conjunto de materias integradas en el dominio clásico de la jurisdicción voluntaria viene referido principalmente por lo que aquí interesa a los sectores de familia y persona.

El empleo del orden público como motivo de denegación del reconocimiento se limita a situaciones en las que existe un contraste radical entre el resultado a que conduciría la eficacia en España de la resolución extranjera y nuestro ordenamiento. En esta línea, es de señalar cómo la relevancia aquí de esta institución aparece vinculada a la intensificación del comercio jurídico entre España y ciertos países cuyos ordenamientos divergen radicalmente del nuestro en materia de familia y persona. Tan acusada diferencia de régimen normativo se produce ante todo respecto de países que pertenecen a un ámbito cultural y religioso diverso⁽³⁷⁵⁾. Esa

³⁷⁴. Por ejemplo, el que se haya respetado el derecho del menor a ser oído en un procedimiento que le afecte puede condicionar la valoración acerca del respeto en la decisión extranjera del interés superior del menor (orden público material). Destacando, en el plano interno, la trascendencia de este derecho de audiencia, recogido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 1.12.1990) y en el art. 9 de la mencionada LO 1/96, *vid.* la Sent. TS (Sala 1ª) de 11 de junio de 1996 (RAJ 4756), referida a un proceso contencioso sobre relaciones personales entre abuelos y nieto.

³⁷⁵. Así, en relación con los sistemas islámicos, *vid.* J. Déprez, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques", *R. des C.*, t. 211, 1988, pp. 9-372, *passim*. Es precisamente el sector de familia uno de los más intensamente regulados por los Derechos religiosos y consuetudinarios, *vid.* para un análisis comparativo al respecto, P.H.

circunstancia explica que la práctica jurisprudencial sobre el particular sea hasta el momento mucho más abundante en aquellos países de nuestro entorno que han experimentado con anterioridad y en mayor medida el fenómeno de la inmigración procedente de áreas geográficas en las que las concepciones culturales y religiosas condicionantes del ordenamiento jurídico son sustancialmente diversas de las prevalentes en Europa (occidental)⁽³⁷⁶⁾. La alusión a esa práctica jurisprudencial de nuestro círculo de referencia más próximo cobra singular importancia habida cuenta de la trascendencia que el examen comparado puede alcanzar en la elaboración de estándares útiles como indicios para fijar el alcance de la reserva de orden público⁽³⁷⁷⁾.

126. Conviene, de otra parte, poner de relieve cómo las materias más significativas del dominio clásico de la jurisdicción voluntaria se integran en los sectores en los que típicamente actúa el orden público y en los que la tendencia a matizar la operatividad de esta institución se manifiesta con

Neuhaus, Z.W. Falk, N. Anderson, J.D.M. Derret, T.K.K. Iyer, R. Verdier, "The Family in Religious and Customary Laws", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV, chapter 11, 1983. De otra parte, para una visión de conjunto acerca de las diferencias entre los ordenamientos nacionales en materia de persona y de relaciones paterno-filiales, *vid.* A. Heldrich, A.F. Steuner, W. Pintens, M.R. Will, W. Zeyringer, "Persons", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV, chapter 2, 1995; y S.J. Stoljar, "Children, Parents and Guardians", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV, chapter 7, 1973.

³⁷⁶. Algunos de esos países han desarrollado incluso una política convencional específica relativa al reconocimiento recíproco de decisiones en estas materias, tal es el caso, en particular, de los convenios suscritos entre Francia y Algeria (al respecto, *vid.* F. Monéger, "La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés Franco-Algeriens du 21 juin 1988", *Journ. dr. int.*, t. 116, 1989, pp. 41-62, esp. pp. 59-62, y A. Mebroukine, "La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien", *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 80, 1991, pp. 1-39, esp. pp. 25-37), así como entre Bélgica y Marruecos (sobre la misma, *vid.* J.Y. Carlier, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, pp. 447-469). España se suma a esta tendencia con el Convenio con Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores de 30 de mayo de 1997, que plantea significativas dudas (*vid.* esp. núm. 153, *infra*).

³⁷⁷. Aunque con atención especial al ámbito del Derecho aplicable, *vid.* E. Jayme, "Metodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (Universidad Central de Venezuela)*, n° 82, 1991, pp. 217-270, pp. 250-252. Matizando ese planteamiento, *vid.* P. Lagarde, "Public Policy", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, chapter 11, 1994, pp. 44-45

mayor intensidad. Ciertamente, el reconocimiento de decisiones en el ámbito del Derecho de la persona y del Derecho de familia se considera el marco propio de la operatividad del llamado orden público atenuado⁽³⁷⁸⁾. La tendencia a facilitar al máximo la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras en estas materias, especialmente sensibles en su ordenación jurídica a valores religiosos y culturales, promoviendo el respeto de culturas propias de otros países, es plenamente coherente con los condicionantes que resultan del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa o del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de los que cabe derivar un criterio de respeto y reconocimiento de identidades culturales propias de otros países, diversas a las imperantes en España. Ciertamente, la creciente internacionalización del tráfico jurídico se vincula con una exigencia de respeto a concepciones extranjeras del Derecho y de la sociedad⁽³⁷⁹⁾. Ahora bien, las consecuencias de esa atenuación -que no debe suponer un sacrificio de los valores propios de nuestro ordenamiento (occidentales) en beneficio de otros correspondientes a culturas diversas e inconciliables con los aquí imperantes, si bien puede conducir a la admisión de ciertos efectos de instituciones en su esencia incompatibles con nuestros valores- y el alcance de la excepción de orden público no se prestan a consideraciones generales, sino que deben ser valorados según la materia de que se trate y las circunstancias del caso concreto⁽³⁸⁰⁾.

Es sabido ya que en este marco la apreciación del orden público debe fundarse en el análisis concreto de las eventuales consecuencias que derivarían de la admisión o denegación del reconocimiento. De tal planteamiento se deriva, entre otras circunstancias, que ni la aplicación por el órgano extranjero de normas contrarias a nuestro orden público internacional

³⁷⁸. Cf., *v. gr.*, H. Muir Watt, "Effets...", *loc. cit.*, Fasc. 584-4, p. 14. Valorando el origen, significado y resultados prácticos de la teoría del orden público atenuado, *vid.* P. Lagarde, "Public...", *loc. cit.*, pp. 38-43.

³⁷⁹. Cf. en el específico ámbito del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, p. 161.

³⁸⁰. *Vid.* H. Muir Watt, "Effets...", *loc. cit.*, Fasc. 584-4, pp. 14-15, poniendo de relieve en particular la vaguedad de la noción de orden público atenuado elaborada en Francia en el contexto del reconocimiento de resoluciones, a partir de la idea de respeto a los efectos producidos por derechos ya constituidos (o adquiridos) en el extranjero.

(en el contexto, ahora, del Derecho aplicable) ni el empleo de instituciones desconocidas en nuestro ordenamiento, implican necesariamente que deba rechazarse su reconocimiento en España. Este último sólo será el caso si el resultado concreto que produciría el eventual reconocimiento es radicalmente incompatible con los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento. De otra parte, es opinión extendida que el umbral de tolerancia del orden público -la intensidad de la contradicción requerida para que opere esta excepción- se halla vinculado con el grado de proximidad que la situación a la que va referida la resolución extranjera muestra con nuestro ordenamiento. La tendencia a flexibilizar el alcance del orden público sería así mayor cuanto menor fuera la vinculación con nuestro país del supuesto.

127. Entre los fundamentos irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico en estos ámbitos, merece atención especial el principio de igualdad, que en los términos del art. 14 C.E, prohíbe toda discriminación "por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Asimismo, en estrecha vinculación con la finalidad tuitiva y asistencial que es propia del ámbito típico de la jurisdicción voluntaria, la protección de determinados intereses adquiere relevancia fundamental como criterio básico determinante en la ordenación de alguna de estas materias. Así ocurre, en particular, con el interés superior del menor, en lo relativo al régimen de protección de menores y en materia de adopción.

128. Del principio constitucional de igualdad se derivan límites al reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras que supongan una discriminación, entre otras, por razón de sexo, religión o raza. En línea de principio debe cuestionarse la admisibilidad del reconocimiento, entre otras, de aquellas decisiones relativas al régimen matrimonial en cuyo fundamento se encuentre una discriminación entre los cónyuges por razón de sexo (por ejemplo, al atribuir al cónyuge de un determinado sexo la facultad de poner fin unilateralmente el matrimonio). Ahora bien, es precisamente el repudio

unilateral del Derecho musulmán uno de los sectores en los que la jurisprudencia y la doctrina francesas han insistido en la posibilidad de atenuación del orden público respecto de situaciones constituidas en el extranjero, en particular cuando la eficacia pretendida favorece intereses de la persona que carece de la facultad de disolución⁽³⁸¹⁾. No obstante, se señala cómo la admisibilidad de estos supuestos debe hallar significativos límites en el orden público, a pesar de su atenuación⁽³⁸²⁾; además, la cuestión dista de haber sido resuelta en Francia de modo definitivo⁽³⁸³⁾. La compatibilidad con el orden público suscita menos dudas en situaciones en las que media el consentimiento del cónyuge que carece de la posibilidad de disolución unilateral del matrimonio respecto de las condiciones de la misma (pese a que su asentimiento no sea preciso según el ordenamiento aplicado). En tales circunstancias, la proximidad de la disolución del matrimonio con los procedimientos voluntarios de separación y divorcio de mutuo acuerdo conocidos en nuestro ordenamiento puede resultar una circunstancia significativa para negar la contrariedad del reconocimiento de la resolución extranjera con el orden público español.

Similar solución de rechazo a su reconocimiento debe imponerse en principio respecto de las decisiones extranjeras que discriminan en detrimento de uno de los progenitores al decidir acerca de la patria potestad o custodia de los hijos. Esta constatación presenta notable relevancia como consecuencia de las apreciables diferencias entre ordenamientos existentes al respecto⁽³⁸⁴⁾. Así, cabe considerar contrario al orden público el

³⁸¹. Vid. I. Fadlallah, "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?", *Rev. crit. dr. in. pr.*, t. 70, 1981, pp. 17-29, *passim*.

³⁸². Vid. H. Gaudemet-Tallon, "La désunion de couple en droit international privé", *R. des C.*, t. 216, 1991, pp. 9-280, pp. 270-271.

³⁸³. Poniendo de relieve cómo la reciente jurisprudencia francesa parece tender hacia la adopción de una línea más restrictiva respecto del reconocimiento de tales resoluciones *vid.* F. Monéger, "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?", *Journ. dr. int.*, t. 119, 1992, pp. 347-355, *passim*; e Y. Lequette, Nota, *Journ. dr. int.*, t. 121, 1994, pp. 118-124, pp. 122-123.

³⁸⁴. Así, en los ordenamientos del círculo musulmán es tradicional que la guarda de los hijos de corta edad se atribuya a la madre, pero a condición de que esta profese la religión musulmana, *vid.* H. Bencheikh Hocine Dennouni, "La garde: un attribut de la maternité en Droit algérien", *RIDC*, t. 38, 1986, pp. 897-917, pp. 904-906 (*vid.* también pp. 915-916,

reconocimiento de decisiones que determinan el progenitor a quien corresponde la custodia de los hijos (simplemente) en atención al sexo, a la religión que profesa⁽³⁸⁵⁾ o también al sexo de los hijos. En estos casos la contrariedad puede resultar no sólo de la eventual contradicción con el principio de igualdad sino también de la vulneración del interés superior del menor, al no ser retenido como valor fundamental que debe orientar la decisión sobre el particular atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

129. Ahora bien, sobre la aplicación práctica del criterio general de rechazo de las decisiones que implican una discriminación, se proyectan circunstancias ya conocidas. De una parte, el recurso al orden público tiende a reducirse cuanto menor es la conexión del supuesto con el país en el que la decisión se pretende hacer valer⁽³⁸⁶⁾. De otra, y se trata de un elemento que

poniendo de relieve la tendencia existente en algunos países magrebíes a otorgar un papel prioritario a la valoración en el caso concreto del interés del menor, superando la concepción clásica del Derecho musulmán al respecto y reduciendo el contraste con ordenamientos como el nuestro). Insistiendo en que, pese al papel atribuido a la madre, los ordenamientos musulmanes no sólo discriminan en esta materia a favor del padre, sino que no atribuyen al interés del menor una función similar a la que es propia en los ordenamientos de Europa occidental, *vid.* B. Menhofer, "Das grenzüberschreitende Besuchsrecht in europäisch-islamischen Kindschaftsfällen (Der algerisch-französische Staatsvertrag als Modell)", *IPRax*, vol. 11, 1991, pp. 353-355, pp. 353-354. De otra parte, dejando constancia de cómo el criterio patriarcal imperante en muchas sociedades lleva a primar la posición del padre al atribuir la custodia de los hijos, *vid.* J. Richardi, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 156-157, con referencias a la situación en los ordenamientos turco, filipino, griego y chino.

³⁸⁵. Si bien en el contexto del Derecho aplicable, afirmando la contradicción con el orden público alemán de la solución prevista en el ordenamiento jordano, que subordina la atribución a la madre de la custodia sobre los hijos a su pertenencia a la religión musulmana, *vid.* la decisión del *Oberlandesgericht* de Hamburgo de 8 de febrero de 1990 (*IPRax*, vol. 11, 1991, pp. 191-193, esp. p. 192). En los países occidentales -al menos en teoría- la religión raramente es un elemento condicionante en las decisiones relativas a la custodia y régimen de visitas, si bien se ha puesto de relieve cómo los tribunales, que en principio deben ser neutrales, recelan en ocasiones del progenitor que pertenece a una religión minoritaria al decidir sobre el particular, *vid.* analizando la práctica interna de los países más significativos del ámbito anglosajón R. Ahdar, "Religion as a Factor in Custody and Access Disputes", *Int. Journ. L. P. Fam.*, vol. 10, 1996, pp. 177-204.

³⁸⁶. Aunque al margen del reconocimiento, aplicando el Derecho iraní, pese a discriminar por razón de sexo a favor del padre, para decidir sobre un derecho de custodia, sin considerar oportuno el recurso al orden público alemán, habida cuenta de que la única nacionalidad de todos los afectados era la iraní, *vid.* en la jurisprudencia alemana la decisión del *Oberlandesgericht* de Celle de 5 de diciembre de 1990 (*IPRax*, vol. 11, 1991, pp. 258-259,

reviste en materia de protección de menores y de adopción particular importancia, habida cuenta de la función asignada al interés superior del menor, la compatibilidad con el orden público tiende a ser evaluada atendiendo a las consecuencias concretas que derivarían del reconocimiento o no reconocimiento de la decisión. En efecto, el interés superior del menor se configura en estas materias como criterio básico de regulación⁽³⁸⁷⁾, vinculado a la concesión al juez de un amplio poder de apreciación⁽³⁸⁸⁾, siendo su desconocimiento craso incompatible con el orden público⁽³⁸⁹⁾.

El interés superior del niño es un concepto recogido en la normativa internacional de derechos humanos, en particular, en el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989⁽³⁹⁰⁾. En la aplicación de este concepto en el ámbito internacional, se ha destacado la necesidad de vincular su interpretación con la identidad cultural del menor⁽³⁹¹⁾, facilitando la

p.259).

³⁸⁷. Vid. A. Borrás, *El "interés del menor" como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Barcelona, 1993, destacando no sólo la trascendencia de este "valor jurídico indeterminado" en nuestro ordenamiento material de fuente interna (p. 15), sino también su relevancia en convenios multilaterales (pp. 16 y 17) así como su eventual intervención en el contexto de la excepción de orden público (pp. 36 y 43).

³⁸⁸. Acerca de la indeterminación característica de la noción del interés superior del menor con particular referencia al art. 3.1 de la mencionada Convención sobre los derechos del niño de 1989, *vid.* S. Parker, "The Best Interests of the Child -Principles and Problems", *Int. Journ. L. P. Fam.*, vol. 8, 1994, pp. 26-41, en especial pp. 33-39, apuntando posibles vías de superación de la incertidumbre.

³⁸⁹. Por ejemplo, cuando conforme a la decisión extranjera uno de los progenitores queda privado de todo contacto con el hijo sin causa justificada, *vid.* en Francia la sent. del *Tribunal de grande instance de París* de 5 de diciembre de 1979 (*Journ. dr. int.*, t. 109, 1982, pp. 138-139, con nota de P. Kahn, pp. 145-148, pp. 145-146).

³⁹⁰. Sobre la misma, en nuestra doctrina, *vid.* P. Rodríguez Mateos, "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989", *REDI*, vol. XLIV, 1992(2), pp. 465-498.

³⁹¹. Para una interpretación del concepto del interés superior del niño -recogido en el mencionado art. 3.1- en el contexto general de la protección internacional de los derechos humanos, poniendo de relieve cómo una visión eurocentrista no siempre se corresponde con el verdadero alcance de tales derechos, en cuya aplicación práctica es posible tomar en consideración la diversidad cultural existente en el plano mundial, *vid.* P. Alston, "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", *Int. Journ. L. P. Fam.*, vol. 8, 1994, pp. 1-25, *passim* (asimismo, *vid.* los estudios sobre la aplicación del interés superior del menor en varios contextos nacionales, pertenecientes a ámbitos culturales muy diversos contenidos en los núms. 1 y 2 del vol. 8 (1994) de la citada *Int. Journ. L. P. Fam.*). Desde la perspectiva del D.I.Pr., *vid.* E. Jayme, "Kulturelle Identität und Kindeswohl im

operatividad en el foro (Estado receptor) de instituciones desconocidas en ese país y que en el entorno cultural en el que se integra el menor operan como mecanismos para su protección.

La valoración de la eventual incompatibilidad con el orden público debe hacerse a la luz de las circunstancias del caso en particular. Es posible que una decisión extranjera sobre custodia haya sido tomada sin valorar el interés del menor en el caso concreto (porque conforme a la legislación aplicable, como ha sido tradicional en el Derecho musulmán, la custodia corresponda directamente a uno de los progenitores, sin que el aplicador tenga poder de apreciación al respecto) -lo que en principio podría hacerla incompatible con nuestro orden público-, pero que a la hora de decidir acerca de su eficacia en España se constate que la denegación del reconocimiento no satisface mejor ese interés prevalente⁽³⁹²⁾. Esta interpretación ha llevado a entender que la prohibición de revisión de fondo no se opone a que el juez del Estado requerido valore si el tribunal de origen adoptó en realidad su decisión atendiendo al interés superior del menor a la luz de las circunstancias del caso concreto. En esta línea sería posible en el marco del reconocimiento controlar la eventual contradicción con el orden público de la apreciación del interés superior del menor realizada por la autoridad del Estado de origen⁽³⁹³⁾.

Por su parte, dejando al margen la incidencia del respeto al interés superior del menor, la compatibilidad con el orden público del contenido de decisiones extranjeras en materia de adopción plantea cuestiones específicas que justifican la referencia a las mismas al hilo del régimen peculiar de

internationalen Kindschaftsrecht", *IPRax*, vol. 16, 1996, pp. 237-244, *passim*.

³⁹². En este sentido, también en la jurisprudencia francesa en relación con el otorgamiento de un exequátur a una decisión argelina sobre custodia de menores, *vid.* la sent. de la *Cour de Cassation (1re Ch. civ.)* de 6 de enero de 1987 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 77, 1988, pp. 337-339, con nota de Y. Lequette, pp. 339-346).

³⁹³. *Vid.* en la práctica francesa la sent. de la *Cour de Cassation (1re Ch. civ.)* de 30 de enero de 1979 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 68, 1979, pp. 629-631, con nota de Y. Lequette, pp. 631-635, destacando cómo la contradicción entre ordenamientos puede producirse aunque ambos -en el caso concreto el tunecino y el francés- partan del interés superior del menor, cuando esta noción se concreta en la decisión extranjera de modo incompatible con los criterios prevalentes en el Estado receptor). *Vid.* también B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2ª ed., París, 1992, p. 338.

reconocimiento en materia de adopción.

V. Otras condiciones

130. Conviene hacer alusión al eventual empleo del control de la ley aplicada por el tribunal de origen como condición del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. Debe afirmarse la extensión al ámbito de la jurisdicción voluntaria del criterio general según el cual el reconocimiento en España de una resolución extranjera no se subordina a que el tribunal de origen haya aplicado la misma ley que hubiera sido competente de haberse suscitado el supuesto ante los tribunales españoles. Se trata de un planteamiento consolidado tanto en la doctrina como, con más vacilaciones, en la jurisprudencia española, en la interpretación del sistema de fuente interna⁽³⁹⁴⁾, en línea con las tendencias existentes en el panorama comparado⁽³⁹⁵⁾. La autonomía entre reconocimiento y ley aplicable que se encuentra en la base de este planteamiento es predicable tanto del ámbito contencioso como voluntario⁽³⁹⁶⁾.

De la solución general prevista en nuestro ordenamiento se separan algunos de los convenios ratificados por España en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones, que introducen en determinada medida el control de la ley aplicable. Así ocurre, en primer lugar, en el art. 5 del Convenio hispano-francés, que prevé el control de la ley aplicada en materia de estado o capacidad de las personas, si bien matizado por el criterio de equivalencia de soluciones. En iguales términos se pronuncian el art. 15 del Convenio con Italia, el art. 22 del Convenio con Checoslovaquia, el art.

³⁹⁴. Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 561-564; M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 391-392; *id.*, "Nota", *REDI*, vol. XXXV, 1983(2), pp. 504-511, pp. 508-511, poniendo de relieve las deficiencias de ciertos autos del TS -ya superados- que exigieron, como condición del exequátur, que el tribunal extranjero hubiera aplicado para decretar el divorcio el mismo Derecho aplicable al divorcio según el art. 107 C.c.; y M. Amores Conradi, "Eficacia...", *loc. cit.*, p. 291.

³⁹⁵. Ilustrativa de esa tendencia es la supresión del control de la ley aplicada (art. 27.4 CB) en la ya aludida Propuesta de convenio europeo sobre competencia y reconocimiento en materia de familia y sucesiones (*vid.* P. Lagarde, "Informe...", *loc. cit.*, p. 473).

³⁹⁶. Cf. R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 92.

22.2 del Convenio hispano-chino. En términos próximos se pronuncian el art. 19 del Convenio con Bulgaria, aunque prevé el control sin límite por razón de la materia. Por su parte, los arts. 6.2 de los Convenios con Alemania y Austria especifican con especial detalle las materias en las que se prevé este control, buena parte de las cuales caen en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria. Precisamente la inclusión de resoluciones de jurisdicción voluntaria en el ámbito de aplicación de los convenios ha sido invocada como posible explicación a la inclusión en los mismos del control de la ley aplicada como condición del reconocimiento⁽³⁹⁷⁾. Lo cierto es que los mismos argumentos que explican lo inadecuado de este requisito en relación con las decisiones contenciosas son predicables de las resoluciones de jurisdicción voluntaria. En esta medida su inclusión en diversos regímenes convencionales, que incorporan un requisito no exigido en nuestro sistema de fuente interna debe merecer igual opinión negativa respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria.

Particularmente desacertada resulta la referencia al control de la ley aplicada como condición del reconocimiento en los convenios suscritos con países que no exigen en su sistema autónomo este requisito. Tal es la situación, en particular, en Alemania actualmente⁽³⁹⁸⁾. La aplicación de ese requisito en el marco del Convenio llevaría a subordinar el reconocimiento a una condición no prevista en ninguno de los dos sistemas de fuente interna (ni español ni alemán), de modo que en lugar de un instrumento facilitador del reconocimiento de resoluciones, el convenio bilateral se convertiría en un mecanismo obstaculizador del mismo. La previsión contenida en el art. 23.2 del Convenio hispano-alemán en el sentido de que las disposiciones del mismo no afectarán a las normas más favorables del Derecho interno que faciliten el reconocimiento debe llevar a eliminar del régimen convencional la exigencia de este requisito en España respecto de las resoluciones alemanas⁽³⁹⁹⁾.

³⁹⁷. Cf. M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, p. 391.

³⁹⁸. Cf. R. Geimer, *Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 44-45; e *id.* "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 92.

³⁹⁹. Cf. A.M. Karl, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 178-179. Para un planteamiento

131. Un interés más limitado reviste la operatividad de otras condiciones del reconocimiento. Así, en relación con la necesaria regularidad formal de la decisión de jurisdicción voluntaria cabe considerar en principio que sirve lo afirmado con carácter general al interpretar el art. 954.4 LEC respecto de las resoluciones contenciosas. Es necesario acreditar la autenticidad conforme al ordenamiento extranjero así como el cumplimiento de los requisitos exigidos para que el documento tenga fuerza probatoria en España (la legalización y la traducción del documento conforme a los arts. 600. 4º y 601 LEC), de modo que se acredite la existencia real del acto jurídico recogido en el documento y se pruebe su contenido⁽⁴⁰⁰⁾.

VI. Regímenes específicos

1. ADOPCION

A. Régimen de fuente interna

132. Nuestro sistema de fuente interna sí regula de modo específico el reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridad extranjera, circunstancia relativamente frecuente en el panorama comparado, habida cuenta de las peculiaridades que suscita la eficacia extraterritorial de las adopciones⁽⁴⁰¹⁾. Tal reglamentación tiene lugar en los párrafos IV y V del art. 9.5 C.c.⁽⁴⁰²⁾, que contemplan como requisitos del reconocimiento de toda adopción: el control de la aplicación de "la ley del adoptando en cuanto a

distinto, *vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, p. 563.

⁴⁰⁰. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 565-567; y M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, p. 394-395. Acerca de las especialidades sobre el particular cuando se pretende la eficacia del documento público extranjero como título para practicar la inscripción, *vid.* núm. 157, *infra*.

⁴⁰¹. Ilustrativo es el debate en Bélgica sobre el particular, *vid.* M. Verwilghen, J.Y. Carlier, C. Debroux, J. De Burlet, *L'adoption internationale en Droit belge*, Bruselas, 1991, pp. 100-112.

⁴⁰². Modificados por última vez a través de la disposición final segunda de la mencionada LO 1/1996.

capacidad y consentimiento necesarios" (siendo preciso cuando se trata de la adopción de un español "el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España"); la equivalencia de los efectos de la adopción constituida en el extranjero ("por adoptante español") con los previstos por la legislación española; y la declaración por la entidad pública competente de idoneidad del adoptante ("si este fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción").

El consentimiento de la entidad pública correspondiente -que se exige siempre que el adoptando tuviera su última residencia en España- y la declaración de idoneidad en las circunstancias reseñadas, se configuran como supuestos de intervención de autoridades destinados a garantizar el respeto del interés superior del adoptando, en línea con los compromisos internacionales asumidos por España en este sector, si bien esos requisitos no son verdaderos mecanismos de control de las garantías con las que se ha constituido en el extranjero la adopción⁴⁰³). Con carácter general, debe

⁴⁰³. La expedición por la entidad pública competente, conforme al art. 25.1.b) de la LO 1/1996, del certificado de idoneidad -exigido como presupuesto para la eficacia de la adopción constituida en el extranjero por adoptante español domiciliado en España (art. 9.5 pfo. 5º)- no es un mecanismo ideado para fiscalizar si la adopción se constituye en el extranjero con las garantías adecuadas (de otra parte, considerando excesivo que una vez que la relación ha nacido al amparo de otro sistema jurídico, la falta del certificado de idoneidad se sancione con el no reconocimiento de la adopción, *vid.*, J.M. Espinar Vicente, *El matrimonio...*, p. 379). En realidad, su función se ciñe a verificar que el adoptante español residente en España reúne condiciones adecuadas para adoptar con garantía. En esta medida, cuando se pretende formalizar una adopción en el extranjero, la concesión del certificado de idoneidad debe ser independiente del país en el que la misma se pretenda formalizar. En la práctica, parece que los organismos de determinadas Comunidades Autónomas niegan sistemáticamente los certificados de idoneidad cuando la persona de que se trate pretende adoptar un menor desde un Estado que se considera que ofrece escasas garantías (*vid.*, v. gr., *El País*, núm. 7.121, de 6 de noviembre de 1996, p. 30, haciendo también referencia a la reciente práctica de la Administración española de celebrar "protocolos sobre adopción" con algunos Estados). En todo caso, parece perturbador la existencia en nuestro sistema de (básicamente) una dualidad de regímenes -con mecanismos de garantía diversos- para decidir respecto del reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero: el del CPNA -que subordina la eficacia a un régimen intenso de verificación de la plena regularidad de la adopción- y el sistema autónomo. Asimismo, cabe señalar el interés que tendría asegurar que la decisión acerca del reconocimiento o no de la adopción tuviera lugar

afirmarse que el mecanismo para fiscalizar adopciones constituidas en el extranjero viene determinado por el control del cumplimiento de las condiciones exigidas en el marco del reconocimiento (especialmente a esos efectos el orden público material y procesal) que debe realizar la autoridad correspondiente (típicamente, el encargado del Registro cuando se pretende la inscripción de la adopción).

133. Por su naturaleza y contenido, la normativa específica del art. 9.5 C.c. no agota el régimen del reconocimiento en España de las decisiones extranjeras sobre adopción, sino que simplemente complementa en esta materia el régimen general de reconocimiento de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria.

De este modo, el reconocimiento en España de las decisiones extranjeras constitutivas de adopción se halla subordinado, junto a las condiciones comunes al conjunto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, ya expuestas (control de la competencia del órgano de origen, compatibilidad con decisiones eficaces en España, respeto del orden público procedimental y material, autenticidad y traducción del documento) a un limitado control de la ley aplicada por el juez de origen, a la verificación de la equivalencia entre la figura constituida en el extranjero y la adopción prevista en nuestro ordenamiento, así como, en determinadas ocasiones, al consentimiento o a la declaración de idoneidad de una entidad pública española⁽⁴⁰⁴⁾.

antes del desplazamiento del menor a España (si bien el reconocimiento por el cónsul y la inscripción en el Registro consular -que no es una práctica frecuente- parece no ser una vía óptima para fiscalizar la eficacia en España de las adopciones constituidas en el extranjero).

⁴⁰⁴. Vid. N. Bouza Vidal, "Artículo 9.5", *Comentarios a las reformas del Código civil* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Madrid, 1993, pp. 456-470, pp. 466-470; P. Rodríguez Mateos, "Artículo 9.5"..., *loc. cit.*, pp. 252-254; J.D. González Campos, "Art. 9.5", *Comentario al Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 87-90, p. 89; *id.*, en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 371-373; A. Rodríguez Benot, "La filiación...", *loc. cit.*, pp. 188-192; y C. Esplugues Mota, "Reconocimiento en España de adopciones simples constituidas en el extranjero", *Actualidad jurídica Aranzadi*, año VI, 1996, n° 250, pp. 1-4, *passim*.

134. Las condiciones que son exigibles al reconocimiento de cualquier resolución extranjera (de jurisdicción voluntaria) merecen aquí una limitada atención, al haber sido ya abordadas con carácter general. La circunstancia de que la eficacia en España de las adopciones constituidas en el extranjero se produzca normalmente a través de la inscripción en el Registro Civil, hace preciso señalar que en tales situaciones las especificidades de la legislación registral condicionan la determinación de la aptitud probatoria y registral de los documentos públicos extranjeros aportados⁽⁴⁰⁵⁾, si bien se ha señalado que la flexibilización resultante de la normativa registral debe ser aquí valorada a la luz de la particular trascendencia de los efectos derivados de la inscripción y de la necesidad de salvaguardar el interés del menor⁽⁴⁰⁶⁾.

Respecto del control de la competencia judicial internacional del órgano de origen, a falta de normas sobre competencia indirecta, será determinante típicamente, habida cuenta del significado a estos efectos de la llamada bilateralización, lo previsto en el art. 22.3 LOPJ. La condición queda satisfecha, como pone de relieve la práctica jurisprudencial y registral, cuando al constituirse la adopción, el adoptante o el adoptando sea nacional o resida habitualmente en el país del que procede la decisión⁽⁴⁰⁷⁾. El criterio amplio así resultante coincide sustancialmente con lo dispuesto sobre el particular en los ordenamientos de nuestro entorno⁽⁴⁰⁸⁾.

⁴⁰⁵. *Vid.* Res. DGRN de 28 de abril de 1994 (*BIMJ*, 1994, núm. 1.712, pp. 3.606-3.609), aceptando, en atención a las circunstancias del caso, la no legalización del documento público nepalí en el que constaba la constitución de una adopción (pp. 3.608-3.609).

⁴⁰⁶. *Vid.* P. Domínguez Lozano, "Comentario a la Res. DGRN de 28 de abril de 1994", *CCJC*, núm. 38, 1995, pp. 436-440, pp. 438-440.

⁴⁰⁷. Así, bilateralizando a estos efectos el art. 22.3 LOPJ, en la reciente práctica judicial y registral (superadora de la situación tradicional, sobre esta última, *vid.* N. Bouza Vidal, "La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado", *RGLJ*, t. XCV, 1987, pp. 897-931, p. 927), *vid.* Auto TS (sala 1ª) de 16 de junio de 1994 (*REDI*, vol. XLVII, 1995 (2), p. 400, nota de R. Arenas García, pp. 400-403); Resolución DGRN de 4 de julio de 1994 (*BIMJ*, 1994, núm. 1.721, pp. 5.092-5.094, p. 5.093). Afirmando el carácter no retroactivo de la regulación de la competencia judicial indirecta derivada de los arts. 9.5 C.c. y 22.3 LOPJ, *vid.* Resolución DGRN de 16 de marzo de 1994 (*BIMJ*, 1994, núm. 1.706, pp. 2.349-2.351, p. 2.351).

⁴⁰⁸. *Cf., v. gr.*, para Alemania, H. Klinkhardt, "Art. 22", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 7, 2ª ed., 1990, pp. 1.325-1.345, p. 1.342; y para Suiza, K. Siehr, "Art. 78"..., *loc. cit.*, p. 613 (y en la práctica jurisprudencial *vid.* la Sent. Tribunal Fédéral de 13 de

En relación con los límites derivados del orden público, quedó ya constancia de cómo la vertiente procedimental se proyecta sobre el control de la tramitación de expedientes de adopción en el extranjero. De otra parte, es conocido que la salvaguarda del interés superior del menor (aquí, del adoptando) se configura, junto con el principio de no discriminación por razón de la filiación, también como elemento esencial de nuestro orden público en materia de adopción. Precisamente el amplio margen de apreciación que corresponde al aplicador al decidir si el reconocimiento menoscaba el interés del adoptando, así como la posibilidad de que ese interés resulte promovido por el reconocimiento justifican la propuesta de que la valoración de la eventual contradicción con el orden público debe hacerse restrictivamente "en interés del menor"⁽⁴⁰⁹⁾, cuando ese interés aconseje la eficacia en España de la adopción. Entre los supuestos en los que puede llegar a contrariarse aquí el orden público se mencionan las situaciones en las que -pese a haberse aplicado "la ley del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios"- ha faltado el consentimiento o audiencia del adoptando mayor de doce años (art. 177 C.c.)⁽⁴¹⁰⁾ o alguno de los consentimientos necesarios se han obtenido mediante pago; si bien en todo caso la concurrencia de tales circunstancias en el marco del control del orden público debe ser valorada a la luz del interés superior del adoptando, que tratan de asegurar.

entro de 1994, *Journ. dr. int.*, vol. 123, 1996, pp. 710-711, esp. p. 711).

⁴⁰⁹. Cf. J.D. González Campos, "Art. 9.5"..., *loc. cit.*, p. 89. Tendencia que puede apreciarse también en otros sistemas jurídicos, así, en el contexto italiano, *vid.* P. Ziccardi, "Ordine pubblico e convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXXI, 1995, pp. 5-16.

⁴¹⁰. Cf. J.D. González Campos en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 373. En relación con la posibilidad de que el orden público sea infringido cuando se han violado determinadas prohibiciones de adoptar, en particular la relativa a descendientes, se ha puesto de relieve que tratándose de hijos, lo que sucede normalmente es que la adopción es irrelevante y carece de sentido, y respecto del reconocimiento de la adopción por abuelos, su pretendida incompatibilidad general con el orden público es cuestionable, *vid.* -al hilo de una decisión que admite la anotación marginal de una adopción por abuelos constituida en Suiza- P. Rodríguez Mateos, "Nota a la Resolución DGRN de 22 de junio de 1991", *REDI*, vol. XLIV, 1992 (1), pp. 231-234, p. 234.

135. Particular interés y complejidad reviste en relación con el reconocimiento en esta materia, la verificación de la equivalencia de la adopción constituida en el extranjero con la prevista en nuestro ordenamiento jurídico, que sólo contempla la adopción plena, equiparable a la filiación por naturaleza, que produce con carácter general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y la familia anterior y que por su esencia es irrevocable. Para que la adopción constituida en el extranjero pueda ser reconocida como tal "ha de tratarse de una figura que deba ser calificada de adopción en el sentido de la ley española, es decir, sus efectos han de ser análogos a los señalados por los arts. 178 y 180 C.c."⁽⁴¹¹⁾. Conforme a la actual redacción del art. 9.5.V C.c., "(n)o será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española"⁽⁴¹²⁾. Se trata de una circunstancia que reviste particular trascendencia en relación con las adopciones simples o menos plenas, frecuentes en el panorama comparado, aunque con configuraciones muy diversas⁽⁴¹³⁾, pero no previstas -al menos como tales- en nuestro ordenamiento actual, que sólo regula como adopción la plena.

En este contexto, es relevante precisar el ordenamiento determinante de los efectos de la adopción constituida en el extranjero (por ejemplo, si se trata de una adopción simple o plena), que pretende ser reconocida en nuestro país. La adopción se constituye normalmente en virtud de un acto

⁴¹¹. Tales afirmaciones se hallan contenidas en la Consulta de la DGRN de 3 de septiembre de 1992, sobre adopciones constituidas en Suiza por adoptantes españoles (*BIMJ*, 1994, núm. 1.652, pp. 5.772-5.773, p. 5.733).

⁴¹². Muy crítico con esta exigencia, J.M. Espinar Vicente, *El matrimonio...*, loc. cit., pp. 378-379.

⁴¹³. Para una somera tipología de las "adopciones" u otras figuras con una eficacia más limitada que la adopción plena conocidas en el panorama comparado, *vid.* K. Siehr, "Art. 78"..., loc. cit., pp. 620-621; poniendo de relieve lo impreciso incluso de la distinción entre adopción plena y simple, *vid.* K. Schurig, "Aktuelle Kernfragen der Anerkennung ausländischer Adoptionen", *IPRax*, vol. 6, 1986, pp. 221-225, pp. 223-224; y valorando los efectos de la adopción desde la perspectiva comparada, *vid.* J.H.A. Van Loon, "Report on Intercountry Adoption", *Hague Conference on Private International Law. Proceedings of the Seventeenth Session (Tome II Adoption - co-operation)*, La Haya, Permanent Bureau of the Conference, 1994, pp. 11-101, pp. 61-65.

estatal que da lugar a los efectos esenciales y directos de la figura jurídica creada, determinando su alcance, del que se debe partir al valorar la eficacia en nuestro país de la adopción constituida en el extranjero. La extensión de efectos implica tomar como punto de partida los que la resolución produce en el país de origen: en relación con el alcance de la eficacia constitutiva es determinante la ley aplicada al fondo del asunto por el órgano de origen. En línea de principio, los derechos y obligaciones de adoptante y adoptando, el alcance de los vínculos jurídicos subsistentes entre el adoptando y su familia anterior, así como su vinculación con la nueva familia y la eventual revocabilidad de la adopción, vienen determinados por la ley aplicada a la constitución de la adopción por el órgano de origen en la decisión de que se trate. La cuestión básica que se suscita es valorar los límites al reconocimiento en nuestro país de la resolución extranjera constitutiva de una relación jurídica de familia; siendo, en principio, irrelevante, el ordenamiento aplicable a los efectos de la adopción según el D.I.Pr. español⁽⁴¹⁴⁾.

Según el art. 9.5.V C.c. el que los efectos de la figura constituida en el extranjero no se correspondan con los previstos para la adopción en el Derecho español no excluye su reconocimiento en España, sino que en principio sólo impide que despliegue en España los efectos propios de la adopción. Esta consecuencia es lógica derivación de la naturaleza misma del reconocimiento, pues si en España se reconociera como adopción la resolución extranjera estaría desplegando aquí a través de su reconocimiento efectos que no produce en el Estado de origen. La correspondencia entre los efectos de la adopción constituida en el extranjero y los previstos por la legislación española debe operar como presupuesto del reconocimiento (como adopción) en España de cualquier resolución extranjera. Es decir, incluso si no se trata de una adopción "constituida en el extranjero por adoptante español"; por ejemplo, porque se pretende el reconocimiento en

⁴¹⁴. Vid. N. Bouza Vidal, "La nueva...", *loc. cit.*, p. 931. En el contexto alemán, con particular precisión y ulteriores referencias, *vid.* E. Jayme, "Schwache Adoption durch deutsche Annehmende im Ausland- Anerkennung oder Transformation?", *IPRax*, vol. 3, 1983, pp. 169-170, p. 170; K. Schurig, "Aktuelle...", *loc. cit.*, p. 223; H. Klinkhardt, "Zur Anerkennung ausländischer Adoptionen", *IPRax*, vol. 7, 1987, pp. 157-161, p. 158.

nuestro país de una adopción en la que el adoptando es español o en la que ni adoptante ni adoptando son españoles.

Que tampoco en tales circunstancias el reconocimiento en España como adopción puede tener lugar si los efectos de la figura constituida en el extranjero no se corresponden con los previstos para la adopción en nuestro ordenamiento, parece incuestionable. Semejante afirmación no resulta contradicha por el hecho de que conforme a nuestro sistema de D.I.Pr. cuando el adoptando sea español la ley aplicable según el art. 9.4 C.c. sea la española -lo que podría hacer pensar que la adopción sería necesariamente la prevista en nuestro ordenamiento⁽⁴¹⁵⁾-, pues la autoridad extranjera (a la que no vincula el art. 9.4 C.c.) puede haber aplicado una ley distinta (que será la que determine el alcance de la adopción constituida), sin que ello sea por sí solo causa de denegación del reconocimiento en nuestro país. El que se trate de un supuesto en el que ni adoptante ni adoptando sean españoles tampoco es obstáculo para que ese presupuesto opere cuando se pretenda el reconocimiento ("como adopción") en España, pues si bien tales resoluciones no serán susceptibles de inscripción registral al no afectar al estado civil de un español -art. 15 LRC⁽⁴¹⁶⁾-, puede existir un interés legítimo en obtener el reconocimiento de una adopción de esas características, caso, por ejemplo, de que se invoque la condición de hijo adoptivo ante los tribunales españoles⁽⁴¹⁷⁾.

136. Determinar cuándo los efectos de la adopción constituida en el extranjero son análogos o se corresponden con los previstos en nuestra

⁴¹⁵. En nuestra doctrina ha sido tradicional entender que el problema suscitado por las adopciones simples constituidas en el extranjero sería de fácil solución cuando el adoptando es español, pues cabría entender que la adopción simple ante autoridad extranjera produce los efectos previstos por la ley española en cuanto ley aplicable a la adopción -art. 9.4 C.c.- (*vid.* J.D. González Campos en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 373). Valorando las soluciones propuestas y su carácter insatisfactorio, *vid.* N. Bouza Vidal, "La nueva...", *loc. cit.*, pp. 931-932, y P. Rodríguez Mateos, "Artículo 9.5"..., *loc. cit.*, pp. 258-259.

⁴¹⁶. *Vid.* P. Rodríguez Mateos, "Artículo 9.5"..., *loc. cit.*, pp. 252-253, n. 26.

⁴¹⁷. Si bien en casos de ese tipo lo que con frecuencia se planteará es si la situación constituida en el extranjero realiza una categoría empleada en el supuesto de hecho de una norma material extranjera, sin que se pretenda propiamente hacer valer en España la eficacia constitutiva de la resolución, de acuerdo con la distinción ya establecida (núms. 90-92, *supra*).

legislación no es siempre tarea sencilla⁽⁴¹⁸⁾, en especial debido a la heterogeneidad de la tipología de la "adopción" en el panorama comparado, cuyo análisis escapa al presente trabajo. Cabe entender que la correspondencia exige que concurren en la adopción extranjera los elementos esenciales de la adopción tal como esta se configura en el ordenamiento español (arts. 108, 178 y 180 C.c.): integración plena del adoptando en la familia adoptiva -equiparado a un hijo por naturaleza-, extinción de sus vínculos con la familia anterior e irrevocabilidad de la adopción. La ausencia de tales elementos ha sido retenida en la reciente práctica de la DGRN para denegar la inscripción (el reconocimiento registral) de supuestas adopciones constituidas en Marruecos⁽⁴¹⁹⁾, Paraguay⁽⁴²⁰⁾, El Salvador⁽⁴²¹⁾, México⁽⁴²²⁾ y la República Dominicana⁽⁴²³⁾, poniendo siempre de relieve la posibilidad de que la figura correspondiente sea objeto de anotación en el Registro Civil como acogimiento o prohijamiento en la medida en que afecte a españoles. La DGRN también ha rechazado -al hilo de una institución brasileña que

⁴¹⁸. La dificultad del problema es asimismo bien conocida en los ordenamientos de nuestro entorno, *vid.*, en algunos casos con abundantes referencias jurisprudenciales, para Alemania, H. Klinhardt, "Zweierlei Zweitadoptinen", *IPRax*, vol. 15, 1995, pp. 238-239, p. 238, para Francia, P. Bourel, "Adoption"..., *loc. cit.*, pp. 6-7 y, desde una perspectiva comparada, G. Catalano Sgrosso, "Legge applicabile nell'adozione internazionale e riconoscimento dei provvedimenti stranieri negli ordinamenti europei", *L'adozione dei minori nelle legislazioni europee*, Milán, 1986, pp. 93-161, pp. 131-133.

⁴¹⁹. *Vid.* Resoluciones DGRN de 14 de mayo de 1992 (*BIMJ*, 1992, núm. 1.642, pp., nota de P. Rodríguez Mateos, *REDI*, vol. XLIV, 1992 (2), pp. 661-664), de 18 de octubre de 1993 (*BIMJ*, 1993, núm. 1.691, pp. 5.652-5.654, nota de E. Fernández Masiá, *REDI*, vol. XLVI, 1994 (1), pp. 360-362), de 13 de octubre de 1995 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.766, pp. 145-148) y de 1 de febrero de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.773, pp. 2.154-2.157).

⁴²⁰. *Vid.* Resolución DGRN (1ª) de 1 de septiembre de 1995 (*BIMJ*, 1995, núm. 1.758, pp. 5.334-5.336).

⁴²¹. *Vid.* Resoluciones DGRN de 1 de septiembre de 1995 (2ª) (*BIMJ*, 1995, núm. 1.758, pp. 5.336-5.339, nota de P. Rodríguez Mateos, *REDI*, vol. XLIII, 1996 (1), pp. 362-364), de 25 de octubre de 1995 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.766, pp. 178-181, nota de C. Esplugues Mota, *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 463-474), de 27 de enero de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.773, pp. 2.037-2.140) y de 29 de febrero de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.775, pp. 2.503-2.506).

⁴²². *Vid.* Resoluciones DGRN de 1 de abril de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.776, pp. 2.745-2.747), de 22 de abril de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.777, pp. 2.938-2.941) y de 16 de septiembre de 1996 (*BIMJ*, 1997, núm. 1.792, pp. 625-627).

⁴²³. *Vid.* Resolución DGRN de 12 de julio de 1996 (*BIMJ*, 1997, núms. 1.788-89, pp. 113-116).

produce una situación de vínculo de filiación entre dos personas mayores de edad- que la adopción de mayores de dieciocho años -salvo en supuestos excepcionales- sea equiparable a la adopción del Derecho español⁽⁴²⁴⁾.

Ciertamente el que la figura constituida en el extranjero cuyos efectos no se corresponden con la adopción regulada en nuestro ordenamiento no pueda reconocerse como adopción⁽⁴²⁵⁾, no excluye, sin embargo, la posibilidad de que sea reconocida con los efectos que le son propios en el Estado de origen⁽⁴²⁶⁾. Tal reconocimiento sólo debe ser denegado, en principio, si no se satisfacen las condiciones exigidas en general para el reconocimiento de las decisiones de jurisdicción voluntaria y, en particular, por lo que aquí importa cuando resulte contrario al orden público. La contradicción con nuestros valores fundamentales no deriva del mero hecho de que se trate de una institución desconocida en nuestro ordenamiento⁽⁴²⁷⁾, si bien esta circunstancia puede suscitar dificultades específicas. En principio, el reconocimiento será contrario al orden público, además de cuando atente contra el interés del menor, si la figura extranjera resulta incompatible con las instituciones existentes en nuestro ordenamiento para la protección de menores. La incompatibilidad no deriva de la mera diferencia, sino que se produce fundamentalmente cuando el reconocimiento resultaría un elemento

⁴²⁴. *Vid.* Resolución DGRN de 4 de octubre de 1996 (*BIMJ*, 1997, núm. 1.794, pp. 888-891).

⁴²⁵. Y por lo tanto no pueda llegar a producir los efectos que nuestro ordenamiento asocia a la adopción. Expresamente, en relación con la posibilidad de optar a la nacionalidad española prevista en el art. 19.2 C.c., *vid.* Resolución DGRN de 4 de octubre de 1996 (*BIMJ*, 1997, núm. 1.794, pp. 888-891, p. 891).

⁴²⁶. Esa circunstancia está expresamente prevista en el sistema suizo. El art. 78.2 de la Ley de D.I.Pr. de 1987 establece que las adopciones o instituciones semejantes extranjeras que producen efectos sustancialmente diversos del vínculo de filiación en el sentido del Derecho suizo son sólo reconocidas en Suiza con los efectos que le son conferidos en el Estado de origen. Al respecto, *vid.* P. Volken, "Art. 78"..., *loc. cit.*, p. 621. Acerca de su aplicación práctica, poniendo de relieve dificultades que la misma puede suscitar, *vid.* A.E. von Overbeck, "Anerkennung einer einfachen Adoption philippinischer Kinder durch ihren schweizerischen Stiefvater", *IPRax*, vol. 13, 1993, pp. 349-351, p. 351.

⁴²⁷. En el contexto suizo (anterior a la Ley de D.I.Pr. de 1987), negando que el desconocimiento de la adopción simple en el Derecho suizo implique que el reconocimiento de una figura de ese tipo sea contrario al orden público, *vid.* la decisión del *Tribunal fédéral* de 14 de abril de 1987 (*Ann. suisse dr. int.*, vol XLIV, 1988, pp. 463-468, pp. 465-466).

de grave perturbación de nuestro ordenamiento jurídico⁽⁴²⁸⁾.

Brevemente, si los efectos de la adopción constituida en el extranjero no se corresponden con los previstos en nuestro ordenamiento para la adopción, no procede el reconocimiento como adopción del acto extranjero. Tal circunstancia no impide que pueda ser reconocido, por ejemplo, como acogimiento si reúne los requisitos necesarios. Cuestión distinta es que los consentimientos necesarios para la constitución de la adopción (en particular los exigidos por la "ley del adoptando" no hayan sido prestados al iniciarse la constitución, lo que puede suplirse posteriormente, incluso ante una autoridad de un país distinto a aquel en el que se inició la constitución (art. 9.5.IV C.c.) (por ejemplo, un cónsul español en el extranjero). En tales situaciones, no siempre -al menos- se trata de la transformación de una adopción simple en una adopción plena, sino del cumplimiento de los requisitos necesarios para la válida constitución de la adopción o, en su defecto, de los exigidos para que una adopción válidamente constituida en el Estado de origen sea reconocida como tal en nuestro país.

Si el reconocimiento como adopción en nuestro país no es viable (o incluso cuando el mismo es incierto), en particular, porque los efectos de la figura constituida en el extranjero no se corresponden con los previstos para la adopción en nuestro ordenamiento, debe afirmarse la posibilidad (sino necesidad) de iniciar en España un nuevo expediente de adopción, siempre

⁴²⁸. Cf. K. Schurig, "Aktuelle...", *loc. cit.*, p. 223. Además la interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el compromiso de respetar la identidad cultural del menor y las instituciones de protección que son propias a ese ámbito cultural, asumido en particular en el art. 8.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989. Pese a rechazar la inscripción como adopción de la *kafala*, debido a su radical diferencia con los efectos de nuestra adopción, las Resoluciones de la DGRN ya mencionadas que se han pronunciado al respecto, al hilo de las "adopciones" constituidas en Marruecos, parecen resultar aceptables a la luz de ese compromiso, pues prevén la posibilidad de hacer valer en nuestro país como acogimiento la *kafala* (institución admitida expresamente en el art. 20.3 de la Convención de 1989) constituida en Marruecos. En una línea similar, *vid. sent. Aud. Prov. de Granada*, 25 de abril de 1995 (*REDI*, vol. XLVII, 1995(2), pp. 415-416, con nota de M. Moya Escudero, pp. 416-419), en la que cabría apreciar un supuesto de reconocimiento automático de *kafala* como acogimiento (si bien la eficacia temporal del reconocimiento podría suscitar dificultades al respecto). En el extranjero, criticando el radical rechazo de la *kafala* del Derecho marroquí contenido en la decisión del *Amtsgericht* de Francfort de 24 de mayo de 1995 (*IPRax*, vol. 16, 1996, p. 242), *vid. E. Jayme*, "Kulturelle...", *loc. cit.*, pp. 242-243.

que nuestros tribunales sean competentes al respecto. Caso de prosperar, la adopción constituida en España sólo produce, como es habitual, efectos *ex nunc*, por lo que esta vía carece de utilidad si la adopción pretende hacerse valer respecto de una situación anterior⁽⁴²⁹⁾.

137. El control de la ley aplicada por el órgano de origen viene exigido, frente a lo que es común en nuestro sistema autónomo de reconocimiento, por el párrafo cuarto del art. 9.5 LEC, que con una formulación muy deficiente establece que "(e)n la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios". Este inciso tiene por objeto imponer un limitado control de la ley aplicada por el órgano de origen. La referencia hecha a la "ley del adoptando", sin ulteriores precisiones, se entiende normalmente hecha a su ley nacional, con base en la interpretación sistemática del art. 9.5 C.c.⁽⁴³⁰⁾. Habida cuenta del tenor del art. 9.5.IV C.c. y del carácter excepcional que el control de ley aplicable como condición del reconocimiento presenta en nuestro sistema autónomo, cabe entender que el alcance del control debe limitarse a lo relativo a la "capacidad y consentimientos necesarios", como dice el mencionado art. 9.5.IV C.c. Esta interpretación resulta asimismo plenamente coherente con la tendencia imperante en el panorama comparado a subordinar a un control procesal y no conflictual el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero⁽⁴³¹⁾.

El fundamento del control de la ley aplicada en esos términos radicaría en el interés por evitar posibles desajustes resultantes de aplicar una ley distinta a la constitución de la adopción de la que regula el contenido y efectos de la misma⁽⁴³²⁾. Ahora bien, lo cierto es que el contenido de la

⁴²⁹. Cf. H. Klinkhardt, "Art. 22"..., *loc. cit.*, pp. 1.344-1.345.

⁴³⁰. Cf. N. Bouza Vidal, "Artículo 9.5"..., *loc. cit.*, p. 467. Por su parte, poniendo de relieve cómo la indeterminación se extiende también a si la capacidad y consentimientos necesarios son sólo los relativos al adoptando o también al adoptante, siendo oportuno dejar la decisión al respecto dentro del ámbito de apreciación de la autoridad española competente, *vid.*, J.D. González Campos en J.D. González Campos y otros, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 372.

⁴³¹. Cf. J.H.A. Van Loon, "Report..."..., *loc. cit.*, p. 73.

⁴³². Cf. N. Bouza Vidal, "Artículo 9.5"..., *loc. cit.*, p. 468.

adopción y la eficacia directamente resultante de la constitución (por ejemplo, su configuración como simple o plena) viene determinado en el marco del reconocimiento en España de una adopción constituida en el extranjero por el ordenamiento conforme al cual constituyó la adopción la autoridad extranjera. El control de la ley aplicada, además de garantizar que tratándose de la adopción en el extranjero de un español se han satisfecho los requisitos de capacidad y consentimientos exigidos por nuestro ordenamiento, sí parece limitar la posibilidad de que despliegue eficacia en España una adopción constituida en el extranjero que pudiera ser ineficaz en un tercer país estrechamente vinculado con el supuesto.

B. Regímenes convencionales

138. Con preferencia respecto al sistema de fuente interna, procede, como es sabido, la aplicación de los regímenes convencionales, en la medida en que la situación se halle comprendida dentro de su respectivo ámbito. Las especificidades resultantes de los convenios bilaterales en relación con las condiciones del reconocimiento son prácticamente inexistentes en este sector, en particular, porque tales acuerdos no prevén un régimen diferenciado para la adopción⁽⁴³³⁾, lo que justifica su marginación en este momento.

139. Mayor interés presenta ahora la referencia a los instrumentos multilaterales de los que resultan compromisos para España en esta concreta materia. El art. 21 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, si bien supone un avance significativo en el panorama universal, se limita en esta materia prácticamente a contemplar la adopción internacional como medio (subsidiario) de cuidar del niño, estableciendo que debe ser realizada con la mediación de autoridades u organismos competentes en garantía del

⁴³³. Vid. P. Rodríguez Mateos, "Artículo 9.5"..., *loc. cit.*, pp. 254-256. En la práctica, concediendo el exequátur de sendas decisiones sobre adopción, con base en los Convenios bilaterales sobre reconocimiento con Francia y Colombia, respectivamente, *vid.* los ya citados Autos TS (Sala 1ª) de 2 de julio de 1981 y de 14 de julio de 1983.

interés superior del menor⁽⁴³⁴⁾, con la previsión, además, de que los Estados parte promuevan la elaboración de acuerdos bilaterales o multilaterales en este ámbito.

140. El CPNA sí contiene un régimen elaborado de medidas destinadas, -como señala su Preámbulo- a facilitar la realización de adopciones internacionales en un marco que permita el respeto al interés superior del niño y a sus derechos fundamentales⁽⁴³⁵⁾. El Capítulo V (arts. 23 a 27) del CPNA aparece dedicado al "Reconocimiento y efectos de la adopción". El régimen diseñado, muy favorable a la eficacia extraterritorial de la adopción, es resultado directo del severo marco regulador de las condiciones de fondo y de procedimiento de la adopción internacional, así como del papel atribuido a las autoridades y organismos intervinientes. El particular control previsto en el marco del CPNA debe contribuir a limitar el riesgo de adopciones internacionales sin garantías adecuadas, pero tan sólo en las relativas a niños desplazados a España desde otro Estado contratante (o viceversa, art. 2 CPNA)⁽⁴³⁶⁾.

⁴³⁴. Vid. P. Rodríguez Mateos, "La protección...", *loc. cit.*, pp. 783-487; y A. Zimmermann, "Neuere Entwicklungen zum Verhältnis zwischwen dem UN-Abkommen über die Rechte des Kindes und nationalem Familienrecht", *IPRax*, vol. 16, 1996, pp. 167-174, p. 171.

⁴³⁵. Para una visión de conjunto sobre el CPNA, *vid.*, además de G. Parra Aranguren "Explanatory...", *loc. cit.*, *passim*; N. Meyer-Fabre, "La convention...", *loc. cit.*, *passim*; P.H. Pfund, "Intercountry Adoption: The 1993 Hague Convention. Its Purpose, Implementation and Promise", *Family L.Q.*, vol. 28, 1994, pp. 53-75; y (desde una perspectiva metodológica) H. Muir Watt, "La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1994, pp. 49-62. Acerca de aspectos prácticos que su aplicación en España puede suscitar, C. González Beilfuss, "La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", *RJC*, año XCV, 1996(2), pp. 313-345 (esp., en lo relativo al reconocimiento, pp. 323-324 y 339-341).

⁴³⁶. Se ha planteado -desde la perspectiva de otro Estado de recepción, como es Suiza- la duda acerca de si la coexistencia de dos regímenes diferenciados (en nuestro caso, el CPNA y, para los supuestos no incluidos en el mismo el art. 9.5 C.c.) de reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero es perturbadora e irrazonable, en la medida en que las garantías para los fundamentales intereses en presencia sean menores en el marco del sistema autónomo, *cf.* C. Hegnauer, "Die Schweiz und das Haager Übereinkommen über die internationale Adoption", *Rechtskollisionen (Festschrift für A. Heini)*, Zürich, 1995, pp. 179-197, pp. 191-192.

Para que una adopción se beneficie del régimen de reconocimiento del Convenio es preciso que haya sido "certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar" (art. 23.1). Ese certificado de conformidad reviste especial trascendencia, configurándose en el marco del reconocimiento como una presunción casi inatacable de la conformidad de la adopción con el Convenio⁽⁴³⁷⁾. No obstante, el CPNA no regula el contenido de la certificación -salvo la exigencia de que conste cuándo y por quién se ha expresado el acuerdo de las Autoridades Centrales de ambos Estados para que siguiera el procedimiento- ni limita la libertad de los Estados parte para seleccionar la autoridad o autoridades competentes para expedir la certificación. En todo caso, la autoridad que expide la certificación debe ser la del Estado donde tiene lugar la adopción, sea el Estado de origen o el de recepción del menor.

141. Hubo ya ocasión de poner de relieve que ese régimen beneficioso respecto de las adopciones certificadas como conformes al Convenio se proyecta sobre el mecanismo de reconocimiento, pues el art. 23 CPNA establece el carácter automático del reconocimiento⁽⁴³⁸⁾. Como es sabido, reconocimiento automático no es sinónimo de reconocimiento incondicional. Ahora bien, el CPNA limita con especial intensidad las condiciones a las que se somete el reconocimiento, que sólo puede denegarse si la adopción es manifiestamente contraria al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño (art. 24).

En consecuencia, tratándose de una decisión sobre adopción comprendida en el ámbito de aplicación del CPNA, las condiciones exigibles en nuestro sistema de fuente interna a las resoluciones extranjeras relativas a la constitución de una adopción ceden en beneficio de la previsión convencional. Además, el estricto procedimiento de cooperación administrativa entre autoridades de los Estados de origen y de recepción al que se subordina el procedimiento convencional de adopción⁽⁴³⁹⁾, debe

⁴³⁷. Cf. N. Meyer-Fabre, "La convention...", *loc. cit.*, p. 286.

⁴³⁸. *Vid.* núm. 73, *supra*.

⁴³⁹. *Vid.* H. Muir Watt, "La Convention...", *loc. cit.*, pp. 50-51.

restringir al mínimo la utilidad aquí de la reserva de orden público⁽⁴⁴⁰⁾, muy especialmente cuando se trata del reconocimiento en aquel de los dos Estados que han participado directamente en el que no se constituya la adopción, pero también en los demás Estados parte en los que ésta pretenda hacerse valer, pues consta la actitud positiva de los dos países más vinculados con la adopción. En la interpretación de la reserva de orden público, junto al carácter excepcional de la misma, el interés superior del niño se configura expresamente como el criterio determinante.

142. Quizás la mayor dificultad que suscita la eficacia extraterritorial de las adopciones es la derivada de la heterogénea configuración del contenido de los diversos tipos de adopción según los ordenamientos jurídicos. Para asegurar una mínima homogeneidad en el plano internacional a la situación creada con la adopción resulta preciso garantizar cierta correspondencia entre los efectos reconocidos a la adopción en los diversos Estados. El CPNA, renunciando a resolver todas las cuestiones relativas a los efectos de la adopción en un instrumento basado en la cooperación entre autoridades⁽⁴⁴¹⁾, regula con un limitado alcance la cuestión de los efectos de la adopción. El art. 26 arranca con el establecimiento de una serie de normas materiales, que operan como un mínimo. Según tales normas, el reconocimiento de la adopción comporta en todo caso la admisión tanto del vínculo de filiación entre el niño y los padres adoptivos (art. 26.1.a), como de la responsabilidad de éstos respecto a aquél (art. 26.1.b). Por el contrario, el reconocimiento sólo implica la aceptación de la ruptura del vínculo de filiación preexistente, si la adopción produce tal efecto en el Estado en que ha tenido lugar (art. 26.1.c). Por su parte el art. 26.2, destinado a garantizar que el niño que ha sido adoptado a través del mecanismo internacional disfruta del mismo nivel de protección que cualquier otro niño adoptado, prevé que si la adopción produce en el Estado en el que tiene lugar la ruptura del vínculo de

⁴⁴⁰. Vid. P. Bourel, "Adoption"..., *loc. cit.*, p. 12; y M. Jametti Greiner, A. Bucher, "La Dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *RSDIE*, vol. 4, 1994, pp. 55-88, pp. 81-82.

⁴⁴¹. Cf. G. Parra Aranguren "Explanatory...", *loc. cit.*, p. 623.

filiación preexistente, el niño gozará en todo Estado en el que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca la ruptura de ese vínculo en el Estado requerido.

La aplicación práctica de las disposiciones de los arts. 26.1.c y 26.2 pueden suscitar serias dificultades, que no parecen haber sido tenidas en cuenta a la hora de su ratificación, en un país como España que tan sólo conoce una modalidad de adopción, plena, que implica, con carácter general, una ruptura irrevocable del vínculo de filiación⁽⁴⁴²⁾. En principio, ciertas dificultades que podrían surgir de la previsión contenida en el art. 26.1.c, pueden ser eliminadas a través de lo dispuesto en el art. 27, que contempla la posibilidad de que la adopción que en el Estado de origen no produce la ruptura del vínculo de filiación preexistente sea convertida en el Estado de recepción en una adopción que sí produzca tal efecto.

Ahora bien, el art. 26.2 presenta particulares carencias cuando la adopción constituida en el Estado de origen tiene como efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, pero la ruptura se configura como revocable. En tales circunstancias, cabe pensar que, en virtud del mandato contenido en el art. 26.2 CPNA, el reconocimiento en España de la adopción constituida en el extranjero debe suponer que la misma despliegue en nuestro país los efectos propios de la adopción prevista en nuestro ordenamiento, pese a que en el Estado del que procede sea revocable (por lo que en realidad difiere sustancialmente de los efectos propios de la adopción en nuestro ordenamiento). En supuestos como ese, cabe pensar que cuando España sea Estado de recepción, siendo de aplicación el procedimiento convencional, la Autoridad central competente podría oponerse antes de la constitución de la adopción en el extranjero, si entiende que el eventual reconocimiento como adopción en nuestro país de la adopción (revocable) que se va a constituir en el extranjero implicaría un grave menoscabo para nuestro ordenamiento⁽⁴⁴³⁾. En cualquier caso, si llegara a reconocerse en España esa adopción y posteriormente fuere revocada en el Estado de origen, cabe entender que del

⁴⁴². La circunstancia ha sido ya puesta de relieve en el contexto francés, *vid.* N. Meyer-Fabre, "La convention...", *loc. cit.*, pp. 289-292; y P. Bourel, "Adoption"..., *loc. cit.*, p. 12.

⁴⁴³. En el contexto francés, *vid.* N. Meyer-Fabre, "La convention...", *loc. cit.*, p. 292.

CPNA no se deriva ninguna obligación de reconocimiento de la revocación⁽⁴⁴⁴⁾.

2. OTRAS MODALIDADES DE PROTECCION DE MENORES

143. El ordenamiento español no contiene ulteriores normas de fuente interna reguladoras del régimen de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras relativas a materias propias de la jurisdicción voluntaria. La situación varía al contemplar la normativa de origen convencional, en la medida en que, como se ha puesto ya de relieve, tanto el CPM como el CEREC contienen normas reguladoras del reconocimiento de decisiones extranjeras relativas a la protección de menores. Ciertamente, en la medida en que la resolución extranjera cuyo reconocimiento en España se pretende quede incluida en el ámbito de aplicación de alguno de estos convenios, con independencia de su caracterización como de jurisdicción voluntaria, las condiciones a las que se subordina su eficacia son, con carácter general, las previstas en el concreto régimen convencional aplicable.

A. Convenio sobre protección de menores de 1961 (CPM)

144. El CPM establece en su art. 7.1 una obligación de reconocimiento de las medidas de protección de menores comprendidas en el ámbito material del Convenio, siempre que no se trate de medidas que lleven consigo actos ejecutivos. Caso de llevar consigo actos ejecutivos, tanto la ejecución como el reconocimiento se determinan conforme a lo previsto en el régimen de fuente interna (o, preferentemente, en el convencional que resulte de aplicación). Si para hacer frente a una situación se han adoptado varias medidas de protección, de las que sólo algunas llevan consigo actos de ejecución, es posible solicitar el reconocimiento con base en el CPM de las que no lleven consigo tales actos (por ejemplo, de la que priva de la custodia de un hijo al

⁴⁴⁴. Poniendo expresamente de relieve que la revocación de la adopción no queda comprendida en el ámbito del CPNA, de modo que no se beneficia del mecanismo de reconocimiento del Convenio, *vid.* G. Parra Aranguren "Explanatory...", *loc. cit.*, p. 621.

progenitor que lo trasladó ilícitamente, pero no de la que ordena su restitución).

Las únicas condiciones a las que se subordina el reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras en el marco del CPM son, además de la eficacia de la decisión en el Estado de origen (que puede ser provisional, sin que sea necesario que la decisión sea firme), la competencia de la autoridad para adoptarla conforme a las normas del propio Convenio y el control del orden público del Estado requerido (art. 16 CPM). Excepcionalmente, puede excluirse el reconocimiento de no mediar las notificaciones por parte del Estado que adopta la medida, previstas en el párrafo primero de los arts. 4 y 5 CPM⁽⁴⁴⁵⁾. El reconocimiento de las resoluciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio queda regido por este régimen de condiciones, que prevalece sobre el resultante de las normas de fuente interna. Cabe entender que el reconocimiento de una decisión incluida en el ámbito del CPM tampoco puede ser denegado por infringir condiciones adicionales previstas en uno de los convenios bilaterales vinculantes para España⁽⁴⁴⁶⁾.

No constituyen motivos de denegación del reconocimiento en el marco del CPM: que las autoridades competentes hayan aplicado una ley distinta a la prevista en el Convenio (art. 2), que no se haya producido el intercambio de opiniones con las autoridades de los otros Estados cuyas decisiones están en vigor (art. 10), que la medida no haya sido puesta inmediatamente en conocimiento de las autoridades del Estado del que es nacional o en el que tiene la residencia habitual el menor (art.11), que exista un procedimiento pendiente sobre el particular en España o en el extranjero (en todo caso, la determinación de la medida que prevalece una vez que concluye el procedimiento pendiente se determina conforme a las reglas del CPM, en particular, su art. 4, tratándose de un procedimiento que se tramita ante las

⁴⁴⁵. Analizando en detalle las condiciones a las que se somete el reconocimiento en el sistema del CPM, *vid.* H. Oberloskamp, *Haager...*, *op. cit.*, pp. 97-99; K. Siehr, "Art. 19 Anh"..., *loc. cit.*, pp. 1.233-1.236; J. von Staudinger (J. Kropholler), *Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 145-149.

⁴⁴⁶. Incluso si el convenio bilateral fuera anterior a la entrada en vigor del CPM, pese a que según su art. 18 pfo. 2 el CPM no afecta a lo dispuesto en tales convenios. Tanto el criterio de especialidad como el de aplicación de la normativa más favorable al reconocimiento favorecen la solución propuesta.

autoridades del Estado del que es nacional el menor). Tampoco es, con carácter general, motivo de denegación el que exista una medida contradictoria, que es desplazada por la que se reconoce (respetando, cuando se trate de un supuesto de modificación de una medida anterior, los límites dentro de los cuales puede operar la modificación). La circunstancia de que las medidas adoptadas con base en el art. 4 CPM desplazan a las adoptadas en virtud del art. 1, así como que las medidas tomadas por las autoridades de la nueva residencia sustituyen a las de la anterior (art. 5), restringe las posibilidades de conflicto⁽⁴⁴⁷⁾.

145. Ciertamente, el reconocimiento según el art. 7 CPM se subordina a que la medida de protección haya sido adoptada por una autoridad de un Estado miembro que resulte competente conforme a las normas del propio Convenio. De las reglas del CPM sobre el particular resulta lo siguiente. Con carácter general, según el art. 1, tienen competencia las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual del menor⁽⁴⁴⁸⁾, pero esa competencia se atribuye sin perjuicio de la asignada a las autoridades del Estado del que es nacional el menor (en particular, arts. 4 y 5 pfo. 3). La obligación de reconocimiento de las medidas procedentes del Estado de la residencia habitual no comprende las adoptadas en virtud del art. 8, que prevé la toma de medidas de protección por las autoridades de ese Estado, al margen de la competencia atribuida en los arts. 3, 4 y 5 pfo. 3 al Estado de la nacionalidad, si el menor está amenazado por un peligro serio de su persona o bienes.

Además de la competencia basada en la residencia habitual, el CPM establece también, como se acaba de mencionar, la competencia de las autoridades del Estado de la nacionalidad del menor, siendo determinante

⁴⁴⁷. Cf., v. gr., G.A.L. Droz, "La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961", *Journ. dr. int.*, t. 100, 1973, pp. 603-643, p. 627, aludiendo también a la interacción entre los arts. 3 y 7 CPM.

⁴⁴⁸. Acerca de las dificultades interpretativas que puede suscitar el concepto de residencia habitual en el marco del CPM, *vid.*, al hilo de la abundante práctica judicial alemana sobre el particular, K. Siehr, "Art. 19 Anh"..., *loc. cit.*, pp. 1.185-1.189.

que el menor tuviera esa nacionalidad en el momento de la adopción de la medida. En tanto en cuanto intervienen las autoridades de la nacionalidad del menor, decae conforme al art. 1 CPM la competencia de las autoridades de su residencia habitual. Ahora bien, la competencia basada en la nacionalidad se contempla con carácter más restringido, siendo preciso, según el tenor del art. 4 CPM, que "las autoridades del Estado del que es nacional el menor consideren que el interés de éste" exige su intervención, si bien no parece admisible la denegación del reconocimiento por el simple hecho de que se considere incorrecta la interpretación realizada a esos efectos del interés del menor (la situación puede ser distinta caso de que las autoridades de la nacionalidad hayan asumido esa competencia al margen de toda consideración del interés del menor, contrariando así lo previsto en el primer inciso del art. 4). Dificultades añadidas surgen en supuestos en los que el menor posee doble nacionalidad, cuando pretende hacerse valer la competencia basada en la nacionalidad de uno de los dos Estados en el otro del que también es nacional⁽⁴⁴⁹⁾. Con carácter general, para que se satisfaga el requisito del art. 7 CPM de que la autoridad sea competente, basta con que la medida provenga de un Estado del que el menor sea nacional, sin que proceda evaluar el carácter efectivo de esa nacionalidad.

Pese a que no se trate propiamente de una norma atributiva de competencia, debe señalarse que si las autoridades (del Estado de la residencia habitual del menor o de aquel en el que se encuentren bienes del mismo) a las que se ha confiado, conforme a lo previsto en el art. 6 CPM, la ejecución de las medidas de protección adoptan decisiones en el marco de tal ejecución (por ejemplo, una autorización judicial a favor del tutor), las mismas quedan cubiertas por la obligación de reconocimiento del art. 7 CPM (si bien no será frecuente la necesidad de hacerlas valer extraterritorialmente).

⁴⁴⁹. Vid. R. Hülstege, "Zur Anerkennung von Entscheidungen der Heimatbehörden nach Art. 4 Abs. 1 MSA bei Doppelstaaten", *IPRax*, vol. 16, 1996, pp. 104-108, pp. 105-107. Asimismo, con referencias a la práctica comparada, vid. P. Lagarde, "La protection du mineur double-national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961", *L'unificazione del Diritto internazionale privato e processuale*, Padua, pp. 529-542, poniendo de relieve las deficiencias resultantes de un criterio de primacia de la nacionalidad del foro (pp. 538-539).

Más dudas suscita el que la obligación de reconocimiento se extienda también a las medidas urgentes adoptadas por las autoridades de cualquier Estado contratante en el que se encuentre el menor o sus bienes, de conformidad con el art. 9 CPM, pues el art. 7 CPM se refiere a las medidas adoptadas por las autoridades competentes "en virtud de los artículos precedentes". Ahora bien, se afirma que no puede rechazarse la obligación de reconocimiento de esas medidas, porque el art. 9 CPM establece una obligación de intervención que debe ir unida al reconocimiento en los demás Estados miembros de las medidas necesarias adoptadas y porque la literalidad del art. 7 CPM tiene a estos fines una importancia limitada pues en el Proyecto de Convención el equivalente del actual art. 9 figuraba antes del art. 7⁽⁴⁵⁰⁾.

146. Junto al control de la competencia del órgano de origen de la decisión, la obligación de reconocimiento se subordina en el CPM, conforme a su art. 16, a la verificación de que el reconocimiento no resulte manifiestamente incompatible con el orden público. La configuración de la reserva del orden público resulta también aquí de los principios y valores esenciales del ordenamiento español, con los que hay que contrastar el resultado concreto que derivaría del reconocimiento de la decisión de que se trate. La denegación del reconocimiento por este motivo tiene lugar cuando el contenido de la resolución extranjera es inaceptable a la luz del orden público español o cuando en el procedimiento para su adopción se han vulnerado las imprescindibles garantías procesales (por ejemplo, porque se ha infringido el principio de audiencia). La muy limitada operatividad del orden público en materia de reconocimiento se compadece con la circunstancia de que se trata de medidas establecidas ya en un ordenamiento, pudiendo ser preferible a la denegación del reconocimiento la continuidad de medidas ya adoptadas aunque presenten deficiencias. Asimismo, habida cuenta de la materia en cuestión, debe tenerse presente el papel que el interés superior del menor desempeña en la configuración del orden público.

⁴⁵⁰. Cf. K. Siehr, "Art. 19 Anh"..., *loc. cit.*, p. 1.248.

147. Parece oportuno apuntar siquiera que, a diferencia del art. 7 CPM, el ya mencionado Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores -que en el futuro puede sustituir al CPM- regula en sus arts. 23 a 28 tanto el reconocimiento como la ejecución de las medidas comprendidas en su ámbito de aplicación⁽⁴⁵¹⁾. El Convenio de 1996 prevé en su art. 23.2 las causas de denegación del reconocimiento (y de la ejecución según el art. 26.3)⁽⁴⁵²⁾, entre las que cabe retener: la incompetencia de la autoridad que adoptó la medida según las normas del Convenio; la falta de audiencia de ciertos interesados, en especial del menor, cuando suponga una infracción de los principios procesales básicos del Estado requerido; la manifiesta contrariedad con el orden público y la incompatibilidad con decisiones del Estado de la residencia habitual. Brevemente, se trata de los requisitos esenciales del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras -singularizando el control de ciertas garantías procesales-, abordados ya con carácter general, sobre los que se proyectan de manera significativa las peculiaridades del Convenio, en particular, por la relevancia aquí de las normas sobre competencia de autoridades contenidas en los arts. 5 a 14.

B. Convenios sobre reconocimiento y ejecución en materia de custodia de menores

148. El Convenio fundamental para España en este sector es el CEREC (el único aplicable referido a esta concreta materia hasta la aparición en 1997 de un Convenio bilateral con Marruecos que regula, entre otras, esta cuestión inspirándose en gran medida en el CEREC). Las condiciones a las que se subordina el compromiso de reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre custodia de menores establecido en el art. 7 CEREC se determinan fundamentalmente en sus arts. 8 a 10⁽⁴⁵³⁾. Conforme al art. 11 las resoluciones

⁴⁵¹. Vid. P. Picone, "La nuova...", *loc. cit.*, pp. 708-712 y 734-738; y A. Bucher, "La Dix-huitième...", *loc. cit.*, pp. 96-100.

⁴⁵². La lista del art. 32.2 del Convenio tiene carácter exhaustivo, siendo los únicos motivos de oposición admisibles los ahí enumerados, *vid.* en relación con el Anteproyecto, P. Lagarde, "Rapport...", *loc. cit.*, pp. 88-92.

⁴⁵³. Sobre estos artículos, además de los comentarios a los mismos contenidos en el

relativas al derecho de visita se reconocerán y ejecutarán en las mismas condiciones, si bien se permite a las autoridades del Estado requerido que fijen las modalidades del cumplimiento y del ejercicio del derecho de visita. Los requisitos exigidos por los arts. 8, 9 y 10 varían notablemente según las circunstancias del caso, en particular, en atención a la intensidad de la vinculación de los afectados con el Estado del que procede la decisión y a la urgencia que se atribuye a la aplicación del mecanismo convencional, en particular, atendiendo a si ha existido o no traslado sin derecho del menor.

Así, cuando se pretende la restitución inmediata del menor en los términos del art. 8, la ejecución es prácticamente incondicional. En los casos de traslado ilícito del menor distintos de los previstos en el art. 8 es posible denegar el reconocimiento y ejecución de la decisión, según el art. 9, cuando habiendo sido dictada en rebeldía, la notificación ha sido irregular o el tribunal no era competente según el Convenio y cuando, en ciertas situaciones, la resolución fuera incompatible con otra ejecutoria en el Estado requerido antes del traslado. En los restantes supuestos, el reconocimiento y ejecución, conforme al art. 10 CEREC puede ser denegado, además de por los motivos contemplados en el art. 9, cuando existe una incompatibilidad manifiesta con los principios rectores de la familia y los hijos en el Estado requerido, cuando debido a la alteración de las circunstancias la resolución contradice manifiestamente el interés del menor, cuando la vinculación del menor con el Estado requerido es particularmente intensa y cuando la decisión es inconciliable con otra ejecutoria en el Estado requerido como consecuencia de un procedimiento entablado antes de presentarse la petición de reconocimiento o de ejecución.

El art. 17 CEREC prevé, sin embargo, la posibilidad de que cualquier Estado contratante formule una reserva sometiendo a las condiciones -más

escueto Informe del Consejo de Europa explicativo sobre el Convenio ("Rapport explicatif") - reproducido en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Toledo, 1991, pp. 217-231, esp. pp. 222-227-, *vid.* R. Galbiati, V. Librando, L. Rovelli, "La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento", *Riv. dir. eur.*, vol. XX, 1980, pp. 377-387, pp. 379-381; K. Siehr, "Art. 19 Anh. III"..., *loc. cit.*, pp. 9-15; y J. von Staudinger (J. Pirrung), *Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 338-358.

rigurosas- establecidas en el art. 10 el reconocimiento y la ejecución también en los casos previstos en los arts. 8 y 9. Si bien España ha retirado ya⁽⁴⁵⁴⁾ la reserva que había formulado en tal sentido; conforme al art. 17 pfo. 2 CEREC es posible en nuestro país denegar el reconocimiento y la ejecución en los casos de los arts. 8 y 9 por alguno de los motivos adicionales del art. 10 cuando el Estado del que procede la decisión se haya reservado esa posibilidad en virtud del art. 17⁽⁴⁵⁵⁾.

En síntesis, los arts. 8 y 9 CEREC contemplan situaciones en las que ha existido un traslado sin derecho del menor, mientras que el art. 10 aborda fundamentalmente situaciones en las que el menor no ha sido desplazado. Existiendo traslado ilegal del menor, el objetivo típico de la intervención es obtener el retorno del mismo al Estado de origen, de modo que lo que está en cuestión normalmente es la ejecución (y no el mero reconocimiento de la decisión extranjera). En tales circunstancias el mecanismo de cooperación de autoridades -técnica en la que se centra con carácter exclusivo el CHSIM⁽⁴⁵⁶⁾, de mayor relevancia práctica que el CEREC- se revela fundamental para lograr un cumplimiento eficaz del objetivo, lo que se manifiesta en el art. 8, que exige siempre la presentación de la solicitud ante la correspondiente autoridad central. Por tanto, es claro que las condiciones establecidas en los arts. 8 a 10 CEREC no sólo lo son del reconocimiento, sino también de la

⁴⁵⁴. Con efecto a partir del 28 de julio de 1995 (BOE núm. 248, de 17.10.95).

⁴⁵⁵. Para una reciente visión de conjunto acerca de las reservas efectuadas al CEREC por los distintos Estados contratantes, *vid.* B. Sturlese, "Autorité...", *loc. cit.*, pp. 14-15. En concreto, acerca de las causas de denegación previstas en el art. 10 que pueden ser invocadas en los casos de los arts. 8 y 9, *vid.* K. Siehr, "Art. 19 Anh. III"..., *loc. cit.*, pp. 16-17. Para conocer la evolución sobre el particular es imprescindible consultar, como es bien sabido, las comunicaciones periódicas publicadas en el BOE por la Secretaria General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, en cumplimiento del art. 32 del D. 801/1972, de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad del Estado en materia de tratados internacionales.

⁴⁵⁶. Contraponiendo los mecanismos previstos al respecto en ambos convenios *vid.* F. Sturm, "Neue...", *loc. cit.*, pp. 461-473; S. Alvarez González, "Secuestro...", *loc. cit.*, pp. 21-25; W.J. Habscheid, "Die Problematik der Kindesentführung über nationale Grenzen und ihre Regelung durch neue internationale Abkommen", *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft*, Berlín, 1989, pp. 855-868, pp. 860-868; y B. Ancel, "La reaction du droit international privé française a l'enlèvement international d'enfant", *La sustracción...*, *op. cit.*, pp. 7-29, pp. 17-29.

ejecución e incluso en ocasiones sólo -en particular, en el art. 8- del mecanismo previsto para la inmediata restitución del menor. No obstante, la interacción sistemática entre los diversos regímenes de condiciones contemplados en el Convenio aconseja su exposición conjunta, pese a ser la ejecución de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria objeto específico del próximo capítulo.

149. Con carácter general, no es preciso que la resolución sea firme, basta con que sea eficaz en el Estado de origen. Conforme al art. 7 CEREC para que sea posible la ejecución de la resolución extranjera, es necesario que la misma sea ejecutoria en el Estado de origen. En primer lugar, el art. 8 CEREC está destinado a facilitar al máximo la vuelta a la situación anterior a un desplazamiento sin derecho del menor, cuando existe una vinculación muy estrecha de todos los afectados -y particularmente del menor- con el Estado desde el que es desplazado y cuando el trámite para su restitución se inicia con rapidez. En efecto, el art. 8 contempla la inmediata restitución del menor trasladado ilícitamente -en los términos del art. 1. d)- desde el Estado donde se dictó la resolución correspondiente, siendo tanto el menor como sus padres únicamente nacionales de ese país, en el que además se encuentra la residencia habitual del menor.

Para que proceda la restitución inmediata conforme al art. 8 es preciso además que la solicitud de restitución se haya dirigido a una autoridad central dentro de un plazo de seis meses a partir del traslado sin derecho. La tramitación del procedimiento que haga posible cumplir el compromiso de inmediata restitución del menor, en particular, la necesidad o no de intervención judicial al respecto, viene determinada por cada ordenamiento, si bien el apartado 2 establece expresamente que cuando concurren las circunstancias del art. 8, existiendo la obligación de inmediata restitución, no serán aplicables en el procedimiento judicial -de acuerdo con la sistemática del Convenio- los motivos de denegación previstos en el CEREC (arts. 9 y 10)⁽⁴⁵⁷⁾. Por último, el art. 8.3 CEREC establece una norma específica para

⁴⁵⁷. En España, como quedó ya señalado, desde la LO 1/1996, el procedimiento para

facilitar la inmediata restitución -incluso sin la concurrencia de circunstancias contempladas en el art. 8.1.a)- en situaciones en las que el menor hubiera sido llevado al extranjero por quien tuviera un derecho de visita y no hubiera sido restituído al titular de la custodia una vez expirado el plazo convenido para el derecho de visita.

150. Cuando habiendo tenido lugar un traslado sin derecho del menor, no concurre la particular proximidad personal de los afectados con el Estado del que procede la resolución y desde el cual ha sido desplazado el menor contemplada en el art. 8.1.a) CEREC, el art. 9 -que excluye expresamente en el apartado tercero la posibilidad de someter la resolución a un examen en cuanto al fondo- prevé que el reconocimiento y la ejecución de la decisión sólo podrán denegarse -cuando la petición a una autoridad central o la solicitud de reconocimiento o ejecución se ha presentado dentro del plazo de seis meses a partir del traslado- por los siguientes motivos.

En primer lugar, ante una situación de infracción de las garantías procesales en los términos previstos en el propio Convenio. En concreto, según el art. 9.1.a), es motivo de denegación, cuando la resolución se dicta en ausencia del demandado, el que el escrito por el que se incoa el procedimiento no haya sido notificado al mismo en debida forma y con tiempo suficiente para poder defenderse, siempre que la falta de notificación

obtener la restitución del menor objeto de traslado o retención ilícita siendo aplicable un convenio internacional, es el previsto en los arts. 1.901-1.909 LEC. Según la literalidad de tales disposiciones el Juez resolverá "teniendo en cuenta el interés del menor y los términos del correspondiente convenio" (arts. 1.905 y también 1.908), si bien cabe cuestionar el significado práctico de la referencia adicional al interés del menor, elemento esencial de los diversos convenios -CHSIM y CEREC- vinculantes para España en esta materia que, con carácter general, deberán ser aplicados en sus propios términos (considerar relevante la referencia al interés del menor más allá de los términos de los convenios, parece perturbador, por ejemplo, en relación con el CEREC podría equivaler a utilizar en el marco de los arts. 8 y 9 una causa de denegación en línea con las establecidas en el art. 10.1.a y b, inoperativa en relación con tales artículos una vez que España ha retirado la reserva formulada con base en el art. 17). De otra parte, es de reseñar que la mencionada normativa española de aplicación no se pronuncia acerca del empleo, al decidir sobre la restitución en el marco de los arts. 8 y 9 CEREC, de la posibilidad de retorsión establecida en el art. 17.2 CEREC respecto de las decisiones procedentes de aquellos Estados que se hayan reservado la exigencia de condiciones adicionales para la aplicación de los arts. 8 y 9.

no se deba a que el demandado ocultó su paradero a la persona que inició el procedimiento⁴⁵⁸). La naturaleza de jurisdicción voluntaria habitual de estos procedimientos -en los que la salvaguarda de la posición del menor ocupa un papel esencial- es compatible con su configuración básicamente contradictoria y con la exigencia de respeto al principio de audiencia bilateral, habida cuenta de la posible existencia de intereses contrapuestos entre los afectados (típicamente, entre el padre y la madre del menor). Se trata, por lo tanto, de procedimientos en los que en el marco del control de las garantías procesales resulta pleno de sentido la verificación de la regular notificación del inicio del procedimiento. La referencia al demandado debe entenderse hecha, según el Informe explicativo del Convenio, a la persona, que según la ley aplicable debe ser notificada de todo procedimiento relativo a la custodia del menor, precisando además que este motivo de denegación puede ser invocado por un interesado distinto de la persona a la que no se notificó el escrito de incoación del procedimiento(-). Si concurre la "debida forma" de la notificación debe decidirse, en principio, conforme al ordenamiento del Estado de origen, incluyendo eventualmente las disposiciones de convenios internacionales suscritos con España que resultarán de aplicación(-); ahora bien, lo determinante conforme a la ratio del art. 9.1.a) es que esa persona haya tenido una posibilidad razonable de participar efectivamente en el procedimiento. Por su parte, si ha mediado tiempo suficiente desde la notificación debe valorarse a la luz de las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta el carácter urgente que normalmente caracteriza los procedimientos sobre custodia de menores. El art. 9 sólo contempla la denegación del reconocimiento cuando no media un emplazamiento en los términos señalados, no prevé la posibilidad de denegación con base en otros aspectos del orden público procesal ni material.

En segundo lugar, también cuando la resolución ha sido dictada en

⁴⁵⁸. Señalando la concurrencia de este motivo para denegar la eficacia de una providencia belga dictada sin oír ni citar al demandado, *vid.* Auto Aud. Provincial de Oviedo de 18 de febrero de 1992 (*REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 316-317, nota de M. Moya Escudero, pp. 317-320).

⁴⁵⁹. Cf. Consejo de Europa, "Rapport...", *loc. cit.*, p. 223.

⁴⁶⁰. Cf. J. von Staudinger (J. Pirrung), *Kommentar...*, *op. cit.*, p. 348.

ausencia del demandado, el CEREC prevé que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una resolución cuando la competencia de la autoridad que la dictó no estuviere fundada en alguno de los criterios establecidos en el art. 9.1.b). Los elementos admitidos para fundar la competencia (internacional) de la autoridad son: la residencia habitual del demandado; la última residencia habitual común de los padres del menor, siempre que al menos uno continúe residiendo allí; y la residencia habitual del menor.

Por último, el reconocimiento o ejecución en el marco del art. 9 puede ser denegado cuando la resolución de que se trate sea incompatible con otra que fuera ya ejecutoria en el Estado requerido antes del traslado del menor, salvo que el menor hubiera tenido su residencia habitual en el Estado requirente en el año precedente a su traslado. De este modo, se establece como condición del reconocimiento la compatibilidad con las decisiones eficaces en el foro, pero limitándola significativamente. No es causa de denegación la existencia de una decisión incompatible en el Estado requerido, cuando el menor ha tenido su residencia habitual durante el año anterior a su desplazamiento en el Estado del que procede la resolución incompatible, de cuyo reconocimiento o ejecución se trata. Se restringe de este modo la posibilidad de que habiendo obtenido una decisión favorable del Estado al que es desplazado el menor, tal situación pueda quedar consolidada, pues la existencia de una decisión en tal sentido no será motivo para rechazar la eficacia de las resoluciones procedentes del Estado desde el que fue desplazado el menor, en los términos del art. 9.1.c) CEREC.

151. El art. 10 CEREC establece las posibles causas de denegación del reconocimiento o ejecución respecto de las resoluciones no comprendidas en los arts. 8 y 9. De este modo, el art. 10 contiene el régimen aplicable en los casos en los que no ha tenido lugar un desplazamiento ilícito del menor, así como en aquellos en los que habiéndose producido un traslado ilícito no se ha presentado dentro del plazo de seis meses la correspondiente petición a una autoridad central o la solicitud de reconocimiento o ejecución ante un

tribunal⁽⁴⁶¹⁾. En tales circunstancias, el reconocimiento y ejecución pueden denegarse, además de por los motivos ya reseñados, establecidos en el art. 9, por las siguientes causas.

Primero, cuando la decisión es incompatible con el orden público material del Estado requerido. En los términos del art. 10.1.a): "si... los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el Estado requerido". La reserva de orden público implica en este sector, por ejemplo, el rechazo, con carácter general, de las resoluciones sobre custodia que discriminen entre los progenitores por razón de sexo o de religión. La operatividad de esta causa de denegación debe resultar particularmente excepcional en el marco de un mecanismo convencional de ámbito europeo. No obstante, en la limitada práctica judicial española en aplicación del CEREC sí se ha empleado este motivo para denegar la eficacia de resoluciones extranjeras. En concreto, en una interpretación del art. 10.1.a) que puede suscitar dudas sobre si es tan estricta como reclama la *ratio* del precepto, se ha rechazado la eficacia de una decisión belga que negaba todo derecho de visitas al padre español, por entender que semejante restricción es "incompatible con el ordenamiento jurídico español, pues el art. 160 C.c. impone que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con los hijos menores, no pudiendo impedir, sin justa causa, las relaciones personales entre parientes y allegados"⁽⁴⁶²⁾.

Asimismo, la modificación de las circunstancias -incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor- desde que se pronunció la resolución puede también ser causa de denegación del reconocimiento o ejecución, caso de que "los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el interés del menor". La jurisprudencia de los diversos Estados relativa a la aplicación del CEREC refleja una utilización moderada y racional del amplio margen de apreciación

⁴⁶¹. Vid. K. Siehr, "Art. 19 Anh. III"..., *loc. cit.*, p. 13.

⁴⁶². Vid. Sent. Aud. Provincial de Palma de Mallorca (Secc. 3ª) de 19 de marzo de 1990, *RGD*, año XLVII, núms. 556-557, 1991, pp. 878-880, nota de A. Borrás Rodríguez, *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 507-510, p. 508).

que esta disposición atribuye al aplicador⁽⁴⁶³⁾, si bien, de nuevo, en la limitada experiencia judicial española sobre el CEREC se encuentra algún ejemplo de su utilización para negar la eficacia de una decisión extranjera⁽⁴⁶⁴⁾(⁴⁶⁵). Lo fundamental es -en particular, para proteger situaciones en las que con el paso del tiempo el menor se ha integrado en otro medio- garantizar que la resolución de que se trate no resulta en el momento del reconocimiento manifiestamente incompatible con el interés del menor⁽⁴⁶⁶⁾ (lo que puede aproximar situaciones aquí incluidas a las previstas en el apartado anterior, pues cabe pensar que en tales circunstancias los efectos de la resolución extranjera -manifiestamente incompatibles con el interés del menor- pueden ser contrarios a principios básicos reguladores de la familia y los hijos). La exclusión expresa en el art. 10.1.b) del simple cambio de residencia del menor, tiene como fin impedir que cualquier desplazamiento del menor pueda servir para alegar la modificación de las circunstancias como causa de denegación del reconocimiento⁽⁴⁶⁷⁾.

En tercer lugar, el art. 10.1.c) CEREC establece la posibilidad de denegar el reconocimiento en situaciones en las que, al iniciarse el procedimiento que dio lugar a la resolución cuyo reconocimiento o ejecución se pretende, la proximidad personal del menor fuera más intensa con el

⁴⁶³. Cf., con referencias jurisprudenciales, O. Lhoest, "Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, signée à Luxembourg", M, Fallon, *The Value...*, op. cit., *Annexes*, pp. 75-88, pp. 81-82.

⁴⁶⁴. Así, una vez más, *vid.* el Auto Audiencia Provincial de Oviedo de 18 de febrero de 1992.

⁴⁶⁵. También en la práctica extranjera cabe encontrar resoluciones en las que se invoca el art. 10.1.b) CEREC para denegar la eficacia de decisiones españolas, *vid.* la resolución de 11 de mayo de 1993 del *Oberlandesgericht Braunschweig* (*IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 191-192) (Poniendo de relieve la especificidad y las carencias del CEREC al hilo del comentario de esta y otras decisiones alemanas relativas a su aplicación *vid.* J. Pirrung, "Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses", *IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 182-186).

⁴⁶⁶. De este modo, cabe pensar que, pese a su formulación, el sistema resultante del CEREC no es aquí más restrictivo que el régimen de fuente interna, pues en éste la reserva de orden público excluye normalmente el reconocimiento de las decisiones cuya eficacia en España contrariaría manifiestamente el interés del menor, valorándose normalmente tal condición en el momento de decidir sobre el reconocimiento.

⁴⁶⁷. *Vid.* J. von Staudinger (J. Pirrung), *Kommentar...*, op. cit., pp. 353-354.

Estado requerido que con el Estado de origen de la resolución. En concreto, las situaciones retenidas como representativas de esa mayor proximidad son: cuando el menor fuera nacional del Estado requerido o tuviera su residencia habitual en ese Estado, si no existiera ninguno de esos vínculos con el Estado de origen; y cuando siendo el menor nacional tanto del Estado de origen como del Estado requerido, tuviera su residencia habitual en este último Estado.

Como último motivo de denegación del reconocimiento y ejecución, el art. 10.1 establece en su apartado d) la incompatibilidad de la resolución con otra eficaz en el Estado requerido y resultante "de un procedimiento entablado antes de presentarse la petición de reconocimiento o de ejecución", siempre que la negativa concuerde con el interés del menor⁽⁴⁶⁸⁾.

Para concluir, el art. 10.2 CEREC prevé la posibilidad de que el procedimiento de reconocimiento o de ejecución sea suspendido por las siguientes causas: la existencia en el Estado de origen de un recurso ordinario contra la resolución, la litispendencia resultante de la existencia en el Estado requerido de un procedimiento relativo a la custodia del menor incoado antes de iniciarse el procedimiento en el Estado de origen, así como la circunstancia de que otra resolución sobre la custodia del menor fuera objeto de un procedimiento de ejecución o de reconocimiento en el Estado requerido.

152. La coexistencia de regímenes de condiciones diversos en el CPM y en el CEREC puede suscitar dificultades en supuestos en los que se pretenda la eficacia en España de resoluciones extranjeras sobre custodia de menores (o relativas al derecho de visita). Así, se ha puesto de relieve la posibilidad de que en determinadas situaciones, la aplicación de uno u otro convenio produciría resultados contradictorios. En particular, parece posible que a la luz del CEREC resulte admisible el reconocimiento de resoluciones adoptadas por autoridades incompetentes según el CPM, en concreto -de acuerdo con el art. 10.1.c) CEREC-, en situaciones en las que el Estado

⁴⁶⁸. Acerca de su fundamento, *vid.* Consejo de Europa, "Rapport...", *loc. cit.*, p. 225. Aplicando esta causa de denegación, *vid.* en nuestra jurisprudencia nuevamente la Sent. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (secc. 3ª) de 19 de marzo de 1990.

requerido no es el de la nacionalidad ni el de la residencia habitual del menor; así como que en ocasiones no sería difícil que las autoridades del Estado requerido hallen en el CEREC algún motivo para denegar la eficacia de medidas extranjeras adoptadas por una autoridad competente según el CPM⁽⁴⁶⁹⁾.

Es cierto que la interacción entre el CPM, el CEREC, los convenios bilaterales e, incluso, el sistema autónomo está plagada de dificultades, que en buena medida deben ser resueltas en atención a la concreta configuración del conflicto que se suscite en la práctica. Con carácter general, parece claro que la existencia de condiciones más estrictas en algún régimen bilateral (pese al tenor de los arts. 18.2 CPM y 20.1 CEREC) o en la normativa de fuente interna no debe ser motivo para denegar el reconocimiento o ejecución admisible según el CPM o el CEREC, cuando el supuesto quede incluido dentro del ámbito de aplicación de estos convenios. Asimismo, en línea de principio, si el reconocimiento de la resolución en España es posible en aplicación del sistema autónomo o de otro instrumento convencional, no cabrá invocar los términos del CPM o del CEREC como obstáculo para su eficacia en España (el art. 19 CEREC lo establece expresamente).

Por su parte, con respecto a la interacción entre el CPM y el CEREC debe señalarse que sólo puede producirse en tanto en cuanto las medidas cuyo reconocimiento se pretenda en España no lleven consigo actos ejecutivos (pues en el caso contrario queda excluido el empleo del art. 7 CPM). Además, el que el CEREC pueda incluir causas adicionales de oposición resulta aquí irrelevante, pues es claro -conforme a su art. 19- que el CEREC no puede ser empleado para denegar la eficacia de medidas extranjeras de protección susceptibles de ser reconocidas con base en el CPM. De otra parte, la posibilidad de que en el sistema del CEREC sea admisible el reconocimiento de resoluciones adoptadas por autoridades incompetentes según el CPM parece muy limitada, pues junto a la causa de denegación prevista en el art. 10.1.c) CEREC hay que tener en cuenta que también operaría (habiendo sido

⁴⁶⁹. Cf. P. Lagarde, Nota a la decisión de la *Cour de cassation* de 16 de diciembre de 1986, *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 76, 1987, pp. 404-414, pp. 412-413.

dictada la resolución en ausencia del demandado) lo dispuesto en el art. 9.1.b) CEREC.

153. Para terminar el presente apartado procede hacer referencia al Convenio bilateral hispano-marroquí específico en la materia, cuyas normas sobre reconocimiento y ejecución, pese a estar directamente inspiradas en el CEREC, plantean dificultades específicas. En el Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita de 30 de mayo de 1997, ocupa un lugar destacado el establecimiento de un mecanismo de cooperación que asegure la rápida devolución de menores desplazados o retenidos ilegalmente⁴⁷⁰, previendo expresamente (art. 10) que la devolución no se halla supeditada al reconocimiento y a la ejecución de una resolución judicial en el Estado requerido.

En este contexto revisten especial interés las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones contenidas en ese Convenio bilateral. En concreto, los motivos por los que puede denegarse el reconocimiento y ejecución de resoluciones objeto del Convenio hispano-marroquí aparecen taxativamente enumerados en el art. 11, que los agrupa en cuatro apartados. Los tres primeros motivos coinciden sustancialmente con los establecidos en los apartados a), b) y c) del art. 9 CEREC, ya analizados. El cuarto, que opera sólo si la solicitud de reconocimiento y ejecución se ha presentado una vez transcurrido un plazo de seis meses desde el desplazamiento del menor, consiste en la integración del menor en su nuevo medio.

El régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre derecho de custodia y derecho de visita contenido en los arts. 11 a 13 y concordantes de este Convenio bilateral dista de ser satisfactorio, resultando gravemente perturbador. En particular parece ignorar -pese a lo claro que

⁴⁷⁰. Cabe señalar que el *Institut de Droit International* ha recomendado la celebración de convenios bilaterales sobre el particular, incluso entre los Estados participantes en el CHSIM, para facilitar su aplicación, *vid.* Resolución de 31 de agosto de 1995 (*RabelsZ*, vol. 61, 1997, pp. 136-140, p. 138).

resulta el art. 1 acerca del objeto del Convenio- que la solicitud de reconocimiento (y, en menor medida, de ejecución) de una decisión sobre custodia o derecho de visita puede tener lugar en situaciones en las que no existe desplazamiento (o retención) ilícito del menor. No resulta razonable, al diseñar una normativa reguladora del reconocimiento y ejecución en esta materia, transcribir -con mayor o menor acierto- los motivos de denegación previstos en el art 9 CEREC (ideados exclusivamente para situaciones en las que hay un traslado ilícito y una solicitud rápida de devolución en un marco elaborado de colaboración entre países europeos) y añadir únicamente otro motivo que sólo puede operar si media traslado ilícito y solicitud rápida de devolución.

El resultado -que se pudiera haber obviado de haber tenido en cuenta que no mediando desplazamiento ilícito y reclamación rápida los motivos de denegación en el marco del CEREC se contienen en el art 10- es tan lamentable, que parece excluir -pues la enumeración del art. 11 del Convenio bilateral es taxativa- el que se pueda denegar el reconocimiento de una decisión marroquí sobre derecho de custodia o derecho de visita incluso "si se comprueba que los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en..." España, motivo de denegación previsto en el art. 10.1.a) CEREC. La ausencia en este Convenio hispano-marroquí de un motivo de denegación del reconocimiento basado en el orden público material -especialmente relevante en materia de Derecho de familia en las relaciones con Estados donde la cultura predominante no coincide con la imperante en España- debe plantear serios reparos desde el punto de vista constitucional, habida cuenta de la naturaleza de los derecho e intereses objeto de tutela en el marco del orden público.

VII. Consecuencias del reconocimiento

1. EFICACIA CONSTITUTIVA Y COMO HECHO JURIDICO VINCULANTE

154. Como ha quedado expuesto, las resoluciones de jurisdicción voluntaria -dejando al margen los expedientes con finalidad documentadora o constataadora- producen típicamente eficacia constitutiva y como hecho jurídico vinculante. El reconocimiento de tales decisiones -tanto si se obtiene con carácter incidental o automático como si se logra por medio de una declaración general de reconocimiento- supone la operatividad en nuestro país de tal eficacia, en línea con las consideraciones realizadas previamente.

Al hilo de la eficacia constitutiva, ya tratada en detalle, sólo conviene incidir ahora en que, junto a la *lex fori* del Estado de origen -determinante con carácter general de la efectos procesales causados por esa decisión- y al ordenamiento español -en la medida en que la normativa del Estado requerido limite la operatividad de efectos operativos en el de origen-, la *lex causae* aplicada por el órgano de origen desempeña un papel relevante en la configuración de esa eficacia. Ciertamente, en línea de principio, el contenido de la situación creada o modificada viene determinado por las normas materiales aplicadas al decidir sobre el particular. Tal circunstancia es independiente de la caracterización como procesal de este efecto, que debe ser firmemente afirmada y que reclama, como es ya sabido, que su eficacia extraterritorial se subordine al previo reconocimiento procesal

2. ACCESO AL REGISTRO

155. Es frecuente que la eficacia en España de una resolución extranjera de jurisdicción voluntaria se logre a través de la vía registral. Ilustrativa es la situación con respecto a las adopciones constituidas en el extranjero y en general a todas las decisiones de estado (con frecuencia, de carácter no contencioso). Una vez que una situación constituida en el extranjero ha sido inscrita en el Registro español correspondiente goza de oponibilidad frente a

terceros. No obstante, la virtualidad de la vía registral como mecanismo para lograr la eficacia en España de resoluciones extranjeras debe ser matizada, pues el ámbito de la competencia registral es limitado (*vid. esp. art. 15 LRC*) y las inscripciones son susceptibles de ser impugnadas hallándose subordinadas a lo resuelto en la vía jurisdiccional.

La circunstancia de que una decisión extranjera sea título para la inscripción, así como las condiciones a las que se subordina el acceso al Registro de tales decisiones se determinan en todo caso por la ley del país del Registro. En nuestro ordenamiento deben ser precisadas básicamente dos cuestiones: el mecanismo a seguir para obtener la eficacia registral y las condiciones de las que se hace depender el acceso al Registro.

156. De otra parte, la eficacia registral de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria es relevante en nuestro país fundamentalmente en dos categorías de supuestos, cuyo tratamiento es preciso diferenciar. De una parte, cuando se pretende directamente la inscripción registral de la situación creada o modificada por la decisión extranjera (o de la extinción de una situación): por ejemplo, la inscripción de una adopción constituida en el extranjero que afecta a un español, la designación del tutor de un menor español residente en el extranjero o la declaración de ausencia o fallecimiento de un español.

La segunda posibilidad es el empleo de la resolución extranjera como determinante de la capacidad -o de las autorizaciones exigidas como requisitos de forma por el país donde se otorgan- para realizar el acto que se pretende inscribir. Por ejemplo, hacer valer la condición, constituida en el extranjero, de representante del ausente o de tutor cuando se pretende inscribir un acto relativo a la enajenación de bienes del ausente o del tutelado; o invocar la eficacia de la autorización judicial extranjera exigida por la legislación aplicable para poder realizar el acto.

157. El documento en el que consta la resolución judicial extranjera puede hacerse valer como título para la inscripción del acto constituido en el

extranjero, bien por ser un hecho inscribible en el Registro Civil que afecta a un español o que debe servir de base a inscripciones marginales exigidas por nuestro ordenamiento (art. 15 LRC), bien por tratarse de una resolución judicial (declaración de ausencia, fallecimiento...) inscribible en el Registro de la Propiedad al modificar la capacidad en cuanto a la libre disposición de los bienes (arts. 2.4º y 4 LH). Cuando se pretende que la resolución extranjera sea título para la inscripción es precisa la obtención previa del exequátur, en los términos del art. 83 RRC, sólo si ese trámite es necesario para que la decisión de que se trate tenga fuerza en España (en la misma línea cabe interpretar el art. 38 RH). Respecto de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria - en la medida en que típicamente no producen eficacia de cosa juzgada material ni tienen fuerza ejecutiva-, la solución de principio es la admisión de su reconocimiento de modo automático o incidental, sin que sea preciso el exequátur (cosa distinta, es que éste sea posible cuando se pretende obtener una declaración de reconocimiento con alcance general o si se precisa la declaración de ejecutabilidad). La consecuencia es que la inscripción registral de las decisiones de jurisdicción voluntaria extranjeras no precisa la obtención del previo exequátur, sino que basta aquí con el llamado reconocimiento registral, a realizar por el encargado del Registro (a diferencia de lo que ocurre en el ámbito contencioso, salvo cuando algún convenio internacional establece un régimen diverso).

El reconocimiento por parte del encargado del Registro se subordina al control de las condiciones establecidas con carácter general (variables en función del régimen normativo aplicable) para el reconocimiento de las decisiones (de jurisdicción voluntaria), que han sido ya analizadas⁽⁴⁷¹⁾. Ahora

⁴⁷¹. En el concreto ámbito de la adopción es ilustrativa la disp. adic. 2ª LO 1/96, según la cual: "para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del art. 9.5 C.c.". También debe apreciar la concurrencia de aquellas otras condiciones del reconocimiento exigibles con carácter general a las decisiones extranjeras (de jurisdicción voluntaria) y que no aparecen mencionadas en el art. 9.5 C.c., como es el caso del control de la competencia del órgano de origen, la compatibilidad con decisiones eficaces en España, el respeto del orden público procesal y material, y la autenticidad del documento, sin olvidar que siendo de aplicación un convenio internacional puede ser desplazado el régimen del art. 9.5 C.c.

bien, algunas de esas condiciones resultan matizadas por las especialidades previstas en la legislación registral, que afectan en concreto a la verificación de la regularidad formal de la decisión. Así, cuando se pretende la eficacia del documento público extranjero como título (que recoge la resolución de jurisdicción voluntaria) para practicar la inscripción en un Registro español, es necesario tener presente las especialidades contenidas en la legislación registral respecto a la exigencia de los requisitos de autenticidad y traducción, en particular, porque flexibiliza la necesidad de traducción (art. 86 pfo. 2 RRC: "no será necesaria la traducción si al Encargado le consta su contenido" y art. 37 pfo. 3 RH) y de legalización (art. 89 RRC: "aun siendo preceptiva la legalización no se exigirá si consta al Encargado la autenticidad directamente, o bien por haberle llegado el documento por vía oficial, o por diligencia bastante")⁽⁴⁷²⁾.

158. Cuando la resolución extranjera se invoca sólo como condicionante de la capacidad para el acto inscribible o del cumplimiento de formalidades relativas a autorizaciones o consentimientos⁽⁴⁷³⁾, no es preciso siquiera su reconocimiento -salvo en circunstancias excepcionales⁽⁴⁷⁴⁾-, si bien esa eficacia, según el art. 84 RRC, puede rechazarse cuando resulte contraria al orden público, referencia que puede suscitar aquí particulares dificultades interpretativas⁽⁴⁷⁵⁾. Conforme al art. 36 RH, para acreditar la "observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto" que consta en el documento otorgado en el extranjero que se pretende inscribir, pueden emplearse, entre otros medios, informes notariales, diplomáticos o consulares, de los que incluso el Registrador puede, bajo su responsabilidad, prescindir, caso de conocer la legislación

⁴⁷². Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 502-503.

⁴⁷³. Es oportuno en este contexto tener presente las consideraciones realizadas en núms. 87-92, *supra*.

⁴⁷⁴. Por ejemplo, cuando una declaración de fallecimiento extranjera se invoca como determinante de la capacidad nupcial del cónyuge presente, figurando inscrito en el Registro el matrimonio disuelto o afectando la declaración a un español.

⁴⁷⁵. Por ejemplo, para determinar si la previa eficacia en España de una resolución contradictoria (no modificada por la decisión extranjera) puede limitar esa eficacia con base en la salvaguarda del orden público español.

extranjera. Con carácter general, el art. 36 RH subordina la inscripción de tales documentos al cumplimiento de "los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado", en alusión ante todo a los arts. 600 y 601 LEC.

159. Es oportuno advertir que ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria que por su naturaleza no pueden dar lugar a una resolución judicial fundada en sentido propio, sino que se limitan a comprobar o acreditar la existencia y alcance de ciertos hechos (o incluso de un derecho resultante de tales hechos) sin tener eficacia constitutiva (ni, por supuesto, de cosa juzgada) originan actos susceptibles de inscripción registral. Es decir, el documento público (judicial) en el que consta ese acto puede ser título de inscripción. Así ocurre, en concreto, con la declaración de herederos abintestato, conforme al art. 14 LH.

El régimen de la inscripción en un Registro español del documento público extranjero en el que consta un acto de esta naturaleza, con independencia de su origen judicial, debe asimilarse al régimen común aplicable a la eficacia registral de los documentos públicos extranjeros y no al tratamiento propio de las decisiones judiciales extranjeras. Si bien la trascendencia práctica de esta afirmación parece escasa, lo cierto es que la inscripción no debe hacerse depender aquí del cumplimiento de las condiciones exigidas para el reconocimiento, sino que cabe interpretar que los arts. 36 RH y 81 RRC deben entenderse ahora referidos a los requisitos contemplados en los arts. 600 y 601 LEC, sobre los que se proyectan las especificidades de la normativa registral ya esbozadas, contenidas, entre otros, en los arts. 36 y 37 RH y 85-89 RRC⁽⁴⁷⁶⁾.

3. EFICACIA AL MARGEN DEL RECONOCIMIENTO

160. Quedó ya señalado que las resoluciones de jurisdicción voluntaria, al igual que todo documento público extranjero, son susceptibles

⁴⁷⁶. Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 502-503.

de ser utilizadas como medio de prueba de hechos ante las autoridades españolas. Ciertamente, es esa la eficacia fundamental que pueden desplegar los actos de jurisdicción voluntaria de finalidad constatadora o documentadora, que no dan lugar propiamente a resoluciones, pero también pueden ser utilizados como medio de prueba los documentos en que constan resoluciones de jurisdicción voluntaria en sentido propio (constitutivas)⁽⁴⁷⁷⁾. Situación que se produce cuando esos documentos se invocan sólo para acreditar ciertos actos acaecidos en el extranjero, sin que se pretenda hacer valer en España su eficacia constitutiva o el efecto reflejo como hecho jurídico vinculante.

La eficacia probatoria de los documentos en los que se plasman resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria no presenta peculiaridades respecto del régimen común aplicable a los documentos públicos extranjeros. Las condiciones exigidas para su eficacia como medio de prueba resultan de lo previsto en los arts. 600 (3º y 4º) y 601 LEC, matizados por los logros de la cooperación internacional⁽⁴⁷⁸⁾. Es claro que cuando de lo que se trata es de utilizar el documento que recoge la decisión extranjera únicamente como medio de prueba de un acto -y no de lograr que la situación creada o modificada por esa decisión sea vinculante para tribunales españoles- carece de sentido emplear el procedimiento que hace posible obtener (una declaración general d)el reconocimiento o la ejecución, por lo que tanto el exequátur como las condiciones a las que el mismo se subordinan deben quedar aquí al margen⁽⁴⁷⁹⁾.

⁴⁷⁷. Vid., en relación con una decisión extranjera sobre la custodia de un menor, Sent. Aud. Territorial de Granada de 26 de junio de 1986 (*REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 315-320, con nota de M. Moya Escudero).

⁴⁷⁸. Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 495-502.

⁴⁷⁹. En la jurisprudencia es muy claro al respecto el Auto TS (Sala 1ª) de 20 de abril de 1983 (*RAJ* 2.818, reproducido en J.D. González Campos, J.C. Fernández Rozas, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 561-562).

CAPITULO QUINTO

EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

I. Ejecución

1. ADMISIBILIDAD DE LA EJECUCION

A. Consideraciones previas

161. Tradicionalmente, la postura generalizada en la doctrina española ha sido negar la posibilidad de que las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria accedan al exequátur. Determinante para justificar ese planteamiento ha sido la convicción de que las resoluciones de jurisdicción voluntaria no pueden en ningún caso generar eficacia de cosa juzgada ni contener pronunciamientos susceptibles de ejecución. La total desconexión entre las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria y el exequátur, razonable con carácter general respecto a los expedientes de jurisdicción voluntaria que responden a una función meramente constatadora u homologadora, ha producido una serie de consecuencias sobre el entendimiento por parte de nuestra doctrina del régimen aplicable en todo caso a la eficacia en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria (es decir, también a aquellas que componen el núcleo típico de la jurisdicción voluntaria, generadoras básicamente de eficacia constitutiva).

Una de esas consecuencias es positiva y razonable: la admisibilidad del reconocimiento automático, es decir al margen del exequátur. Como también ha habido ya ocasión de poner de relieve, otras de esas consecuencias extraídas mayoritariamente por la doctrina parecen resultar perturbadoras y

escasamente justificadas.

En particular, tales son: en primer lugar, el sometimiento de la eficacia (constitutiva) en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria básicamente al régimen de condiciones ideado para la eficacia probatoria de documentos públicos extranjeros, marginando el recurso a las condiciones exigidas con carácter general para el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras (*ex art. 954 LEC*); y, en segundo lugar, la radical negativa a que las resoluciones de jurisdicción voluntaria accedan al mecanismo de exequátur. Esto último implica en la interpretación que parece consolidada en nuestra doctrina, no sólo que las resoluciones de jurisdicción voluntaria se benefician de la posibilidad de reconocimiento automático, sino también que el mecanismo del exequátur queda vedado en todo caso a las decisiones de jurisdicción voluntaria. Esta última circunstancia puede resultar perturbadora, en tanto en cuanto el exequátur continúe siendo la única vía prevista para obtener respecto de las decisiones judiciales extranjeras una declaración general de reconocimiento en nuestro país -como hubo oportunidad de discutir- así como una declaración de ejecutabilidad.

162. La cuestión esencial ahora consiste en valorar si es posible la ejecución en España de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria. Quedó ya señalado cómo, si bien las decisiones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria tienen normalmente eficacia constitutiva -cuando no meramente autenticadora o documentadora-, en determinados supuestos tales resoluciones pueden contener pronunciamientos susceptibles de ejecución. Esa situación está presente, en particular, en ciertos procedimientos en el ámbito de la protección de menores. Dejando al margen otros supuestos de menor entidad -como la resolución que determina la retribución del tutor-, esa posibilidad es, sobre todo, relevante respecto de las decisiones que ordenan la restitución de menor.

163. Mención aparte merece la inusual posibilidad de que el documento en el que consta un acto de jurisdicción voluntaria pueda ser

título ejecutivo, pese a ser fruto de un expediente que típicamente no da lugar a una resolución judicial fundada, susceptible de reconocimiento procesal. Así, en nuestro sistema cabe aludir (pese a su limitada eficacia) al auto judicial que aprueba la liquidación y distribución de la avería, que tiene fuerza ejecutiva (arts. 865 y 866 C.com.). En supuestos de esta naturaleza, el tratamiento debe ser el que rige en nuestro ordenamiento respecto de la fuerza ejecutiva de los documentos públicos otorgados ante autoridad extranjera (y no el propio de las decisiones judiciales ejecutivas), que plantea notables incertidumbres, sobre todo en el régimen de fuente interna⁽⁴⁸⁰⁾. Si el supuesto queda comprendido dentro del ámbito del CB se impone acudir a lo previsto en su art. 50, relativo a los documentos públicos con fuerza ejecutiva (aplicable también conforme al art. 51 CB a las transacciones judiciales ejecutorias). Es claro que los documentos públicos con fuerza ejecutiva y las transacciones judiciales a los que se refieren los arts. 50 y 51 CB no son en ningún caso decisiones judiciales en sentido propio, comprendidas en el art. 25 CB⁽⁴⁸¹⁾. Las resoluciones adoptadas en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria -normalmente con eficacia constitutiva- no quedan comprendidas dentro de las categorías de los arts. 50 y 51 CB, por ser resoluciones judiciales en los términos del art. 25 CB⁽⁴⁸²⁾, si bien suelen quedar fuera del ámbito material de este Convenio⁽⁴⁸³⁾.

480. Vid. J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 504-507, a favor de atribuir la competencia al juez de 1ª Instancia designado por las normas de competencia territorial y exigiendo como condiciones las previstas en los arts. 600.4º y 601 LEC, con la reserva del orden público y, por supuesto, siempre que el documento tenga fuerza ejecutiva en el Estado de origen. El régimen así diseñado coincide sustancialmente con el resultante del art. 50 CB.

481. En relación con una transacción judicial, *vid.* la Sent. TJCE de 2 de junio de 1994 en el asunto C-414/92, *Solo Kleinmotoren* (Rec., pp. 2.247-2.258, esp. p. 2.255).

482. Cf. H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions...*, *op. cit.*, p. 308, quien distingue en relación con los arts. 25, 50 y 51 CB entre *décisions gracieuses* y *instruments judiciaires gracieuses*, señalando que en estos últimos -los que quedan comprendidos en el régimen de los arts. 50 y 51- la autoridad pública desempeña una actividad exclusivamente "*réceptif*".

483. Circunstancia que puede ayudar a valorar el párrafo 17 de la mencionada Sent. TJCE de 2 de junio de 1994 (p. 2.255), compatible con la idea generalizada (*vid.* núm. 28, *supra*) de que el término decisión judicial empleado en el art. 25 CB comprende las resoluciones (en sentido propio) de jurisdicción voluntaria.

164. En el específico ámbito de las resoluciones en materia de protección de menores que imponen la restitución, además de los eficaces mecanismos de cooperación entre autoridades tendentes a asegurar la rápida entrega del menor desplazado ilícitamente, como es el caso del CHSIM, la cooperación internacional ha dado lugar a convenios internacionales reguladores de la ejecución de tales decisiones. Ese es el caso, en concreto, del CEREC, que trata de superar la laguna dejada al respecto por el art. 7 CPM, que expresamente excluye de su ámbito el régimen de la eficacia extraterritorial de las medidas de protección de menores que lleven consigo actos ejecutivos (una de las carencias básicas que la revisión llevada a cabo a través del ya mencionado Convenio de La Haya de 1996 pretende suplir en su Capítulo IV, dedicado al "Reconocimiento y ejecución"). Como es sabido, la adopción de normas convencionales sobre la ejecución de las decisiones extranjeras sobre custodia y derecho de visita obedece a la voluntad de superar las particulares dificultades que la admisión de la eficacia de esas decisiones encuentra en los diversos sistemas jurídicos.

Una vez más, por lo tanto, es precisa la distinción entre el tratamiento de las situaciones incluidas en el ámbito de un convenio internacional, del que resulta la posibilidad de ejecutar estas resoluciones extranjeras y el análisis de la situación en el régimen de fuente interna, determinante del tratamiento de las decisiones no comprendidas dentro del ámbito de aplicación de los convenios.

B. Régimen de fuente interna

165. En los diversos ordenamientos jurídicos, cualquiera que sea el mecanismo de reconocimiento, la posibilidad de ejecutar resoluciones judiciales extranjeras se subordina a la obtención de una declaración sobre el particular resultado de un procedimiento específico, tradicionalmente designado como exequátur⁴⁸⁴). Esa llamada declaración de ejecutabilidad -

⁴⁸⁴. Cf., v. gr., P. Gottwald, "Die internationale Zwangsvollstreckung", *IPRax*, vol. 11, 1991, pp. 285-292, p. 285.

que en puridad tiene carácter constitutivo- es imprescindible para convertir la decisión extranjera en título ejecutivo, susceptible de fundamentar la actividad coactiva estatal (ejecución en sentido propio)⁽⁴⁸⁵⁾.

La radical exclusión de las resoluciones de jurisdicción voluntaria del ámbito del exequátur, fundada -entre otros extremos- en la idea de que tales decisiones nunca pueden producir eficacia ejecutiva, se ha consolidado en la doctrina española actual⁽⁴⁸⁶⁾. La consecuencia de ese planteamiento sería la imposibilidad de ejecutar en España las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria (básicamente en materia de protección de menores) que produzcan fuerza ejecutiva. (Salvo que se promoviera la calificación como contenciosas de todas esas resoluciones, algo que no se compadece con la calificación *ex lege fori*, habida cuenta del importante papel asignado en nuestro ordenamiento a la jurisdicción voluntaria en relación con la adopción de medidas de protección de menores. Asimismo, es de resaltar cómo la necesidad de salvaguardar el interés superior de una persona necesitada de especial protección, la trascendencia asignada al principio de oficialidad en la tramitación del expediente, así como la modificabilidad inherente a las resoluciones en este ámbito, son elementos -entre otros- indicativos de la correspondencia de estos procedimientos con el dominio típico de la jurisdicción voluntaria).

Cabe cuestionar, por lo tanto, en qué medida el planteamiento consistente en la total exclusión de las resoluciones de jurisdicción voluntaria del ámbito del exequátur debe ser revisado, cuanto menos, para proclamar la operatividad respecto de todas las resoluciones judiciales extranjeras (contenciosas o no) de ese mecanismo (esp. arts. 955-958 LEC) -como único con alcance general que hace posible en nuestro ordenamiento de fuente interna la obtención de una declaración de ejecutabilidad-, ante la constatación de que algunas de las resoluciones a las que se viene haciendo referencia

⁴⁸⁵. En relación con nuestro sistema, *vid.* M. Virgós Soriano, "Reconocimiento...", *loc. cit.*, pp. 371; F.F. Garau Sobrino, *Los efectos...*, *op. cit.*, pp. 112-116.

⁴⁸⁶. Sobre el particular *vid.* núms. 60-64, *supra*. Se señaló entonces cómo en el pasado si que hubo quien señaló la posibilidad de acudir al exequátur cuando lo que se pretendía era la ejecución en España de algunas de tales resoluciones (*cf.* J.M. Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 477).

pueden incorporar pronunciamientos susceptibles de ejecución.

166. Efectivamente, el procedimiento de exequátur, establecido en el Libro II, Título VIII, Secc. 2ª LEC es el único previsto en nuestro ordenamiento para la obtención de una declaración de ejecutabilidad de sentencias extranjeras. Con carácter general, es posible entender que, en la misma línea apuntada al analizar la aplicabilidad respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria de las condiciones fijadas para el reconocimiento de las decisiones contenciosas (básicamente a partir del art. 954 LEC), así como la posibilidad de acudir al exequátur como mecanismo que habilite la obtención de una declaración general de reconocimiento de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria (con eficacia constitutiva), también en los limitados supuestos en los que tales resoluciones poseen en el Estado de origen eficacia ejecutiva es posible acudir al mecanismo del exequátur como medio para obtener la declaración de ejecutabilidad.

La obtención del exequátur quedaría subordinada en tales supuestos básicamente a los requisitos a los que nuestro ordenamiento de fuente interna somete el reconocimiento de tales decisiones (unidos a la exigencia de que la decisión sea ejecutiva en el Estado de origen). No obstante, es preciso dejar constancia de la necesidad de garantizar en la tramitación del exequátur, la especificidad de la naturaleza de las resoluciones sobre custodia de menores y de los intereses dignos de particular protección en las mismas -muy distintos de los que son propios de los supuestos típicos de ejecución de decisiones extranjeras, relativos a condenas de cantidad. Cabe entender que semejante tutela tendrá lugar fundamentalmente a través de la subordinación del exequátur -normalmente por medio del control del orden público- a la conformidad con el interés superior del menor en el momento en el que se pretenda la eficacia de la resolución.

La admisibilidad del exequátur en el sistema de fuente interna como único mecanismo que hace posible la obtención de la declaración de ejecutabilidad de una resolución extranjera sobre custodia (restitución) de menores ha sido en ocasiones expresamente acogida por nuestra

jurisprudencia⁽⁴⁸⁷⁾.

167. El planteamiento reseñado presupone entender que el procedimiento de exequátur de la LEC es aplicable respecto de resoluciones de jurisdicción voluntaria. Es decir, en particular, que de la ubicación de ese procedimiento en el Libro II LEC ("De la jurisdicción contenciosa") no resulta la inaplicabilidad del mismo a las decisiones de jurisdicción voluntaria. Tal postura parece plena de sentido, si bien los nuevos arts. 1.901-1.909, que regulan el procedimiento para decidir acerca de la restitución de un menor objeto de traslado ilícito, se incluyen en el Libro III LEC ("De la jurisdicción voluntaria").

Tradicionalmente, el motivo para negar la aplicabilidad del exequátur respecto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria ha sido que éstas carecían siempre de eficacia ejecutiva, no la ubicación de la normativa sobre el particular en la LEC, circunstancia a la que cabe atribuir muy escasa relevancia⁽⁴⁸⁸⁾.

168. No obstante, cabe dejar constancia de que cuando lo que está en cuestión no es sólo el reconocimiento de una decisión extranjera, sino la posibilidad de que la misma llegue a dar lugar al empleo de la fuerza coactiva del Estado se proyectan especiales exigencias, debido a las garantías (constitucionales) asociadas a la especial intensidad de la intervención pública en estos casos. Esas peculiares exigencias pueden condicionar la valoración de si las resoluciones de jurisdicción voluntaria quedan comprendidas a esos efectos dentro del ámbito de las normas que posibilitan la eficacia coactiva y que no mencionan expresamente las resoluciones de esa

⁴⁸⁷. *Vid.*, en particular, pese a considerar el supuesto próximo al auxilio judicial internacional, el ya reseñado Auto TS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1987, concediendo el exequátur a una decisión argentina que ordenaba la restitución de un menor.

⁴⁸⁸. Es más, habida cuenta de que el procedimiento de exequátur no es propiamente un proceso contencioso -como ha señalado el propio TC, *cf.* Fdto. jdco. 7º sent. TC 54/1989, de 23 de febrero (BOE núm. 62, de 14.03.89)-, cabe imaginar incluso que el mismo pudiera figurar en las normas sobre jurisdicción voluntaria, con independencia del carácter de las decisiones acerca de cuya eficacia en España fuera a decidirse.

naturaleza (lo que podría servir, en particular, para excluir la operatividad aquí de la analogía en sentido propio así como de otras vías de corrección teleológica de los textos legales)⁽⁴⁸⁹⁾.

2. EJECUCION BASADA EN CONVENIOS INTERNACIONALES

A. Convenios bilaterales

169. En la medida en que la resolución de jurisdicción voluntaria cuya ejecución se pretenda en España se halle comprendida en el ámbito de aplicación de uno de los convenios bilaterales de cooperación judicial en materia civil y mercantil relativos a la ejecución de decisiones, el procedimiento a seguir, la autoridad competente y las condiciones para obtener la ejecución en España serán los resultantes del propio convenio. Ha sido ya puesto de relieve que la incidencia aquí de los convenios bilaterales es variable. Algunos de esos convenios determinan que el procedimiento para obtener la declaración de ejecutabilidad no deba tramitarse ante el TS, sino ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente.

No parece necesario reiterar la configuración de las condiciones analizadas al tratar del reconocimiento, que se proyectan en los términos ya vistos, unidas ahora al carácter ejecutorio de la decisión, también para determinar la admisibilidad de la ejecución. Asimismo, hubo ocasión de reseñar cómo son pocos los sistemas bilaterales que modulan las condiciones a la luz de las características específicas de la ejecución de las resoluciones en

⁴⁸⁹. En este sentido, en el marco del ordenamiento alemán, *vid.* M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 28-46. Esa constatación podría justificar la necesidad de valorar nuevamente la aplicabilidad de las normas de la LEC sobre exequátur a las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, pues ahora el contexto es distinto. No se trata del exequátur como mecanismo previsto en nuestro ordenamiento para obtener una declaración general de reconocimiento (ni de la determinación de las condiciones de reconocimiento de las decisiones de jurisdicción voluntaria a partir de las previstas en el art. 954 LEC), sino del exequátur como vía para hacer posible la ejecución en España de una resolución extranjera. Caso de optar por la no aplicabilidad la consecuencia es clara: sólo cabría la ejecución en España de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, cuando tal posibilidad resultara de un convenio internacional.

este ámbito, mereciendo mención especial el art. 19.3 del Convenio con Bulgaria que prevé la posibilidad de ejecución de las resoluciones sobre guarda y custodia del menor o del derecho de visita siempre que sea ejecutoria en el Estado de origen, incluso si la decisión es susceptible de recurso ordinario.

B. Resoluciones sobre custodia de menores

170. Cuando la resolución de jurisdicción voluntaria que ordena la restitución de un menor se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del CEREC, es claro que la admisibilidad y los requisitos a los que se subordina su ejecución en nuestro país resultan de los términos del Convenio, analizados ya al valorar las condiciones al hilo del reconocimiento de decisiones. Las dificultades han surgido tradicionalmente al determinar el procedimiento a seguir para obtener la ejecución de la decisión, agravadas por la confusión en nuestra práctica jurisprudencial acerca del significado respectivo y de la interacción entre el CHSIM y el CEREC, como ha quedado ya recogido. En nuestro país, tratándose de obtener la ejecución (declaración de ejecutabilidad) de una resolución extranjera, la única vía prevista en principio es el exequátur ante el TS (art. 955 LEC), salvo en los supuestos excepcionales en los que un convenio bilateral atribuye la competencia al respecto al Juzgado de Primera Instancia correspondiente⁽⁴⁹⁰⁾.

Ahora bien, la ejecución de las resoluciones comprendidas en el ámbito del CEREC (en particular, resoluciones que ordenan la restitución de un menor) debe llevarse a cabo, en virtud del compromiso asumido en el art. 14 CEREC, a través de un procedimiento rápido y sencillo. Es claro que el recurso al exequátur no sirve para satisfacer tal compromiso. En este contexto, deben acogerse positivamente las "medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional", comprendidas en los

⁴⁹⁰. Como ejemplo de tal circunstancia en la aplicación del CEREC a las relaciones hispano-suizas, cabe reseñar el Auto del Juzgado de Primera Instancia (núm. 2) de Ponferrada de 28 de septiembre de 1985 (*vid. REDI*, vol. XXXVIII, 1986(1), p. 308, con nota de S. Álvarez González, pp. 308-314).

arts. 1.901-1.909 LEC, tras la reforma realizada por la LO 1/96, que establecen un procedimiento breve y rápido con garantía de los principios de audiencia y contradicción⁽⁴⁹¹⁾. Según el art. 1901 LEC, tales reglas son operativas "(e)n los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional, se pretenda la restitución de un menor que hubiera sido objeto de un traslado o retención ilícita". En consecuencia, si bien cabe pensar que estas normas responden en especial a la voluntad de facilitar la aplicación del CHSIM⁽⁴⁹²⁾, el mecanismo procesal establecido se configura como el determinante para la ejecución de la resolución extranjera que ordena la restitución de un menor instada con base en el CEREC, de modo que, siquiera parcialmente, nuestro país satisface el compromiso asumido en el marco del art. 14 CEREC. También los arts. 1.901-1.909 LEC parecen ser el "procedimiento sencillo y rápido" a seguir en nuestro país cuando se pretende la devolución de un menor con base en el Convenio bilateral hispano-marroquí sobre esta materia (art. 14 del Convenio)⁽⁴⁹³⁾.

171. En el futuro la posibilidad de ejecución en España de decisiones extranjeras en esta materia con base en un convenio internacional podría verse reforzada a través de las normas del Convenio de La Haya de 1996 relativo a las medidas de protección de los niños. Según el art. 26 del Convenio, procede la declaración de ejecutabilidad conforme al procedimiento previsto en el Estado requerido -que deberá ser simple y rápido- si las medidas adoptadas en un Estado contratante son ejecutorias y

⁴⁹¹. Vid. S. Álvarez González, "Nuevas medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *REDI*, vol. XLVIII, 1996(1), pp. 504-506.

⁴⁹². No obstante, los arts. 1.901 a 1.909 LEC no mencionan ningún Convenio en concreto, desprendiéndose de su tenor (por ejemplo, del art. 1.901 y del primer inciso del art. 1.904) que existen varios convenios relevantes.

⁴⁹³. Por el contrario, la posibilidad de invocar estas reglas cuando la ejecución se pretende con base en un convenio bilateral de cooperación judicial internacional en materia civil que contempla el reconocimiento y ejecución de decisiones, parece resultar, pese al tenor del art. 1.901 LEC, difícilmente admisible, pues la especificidad de la materia concernida (la sustracción internacional de menores) parece vincular directamente tales reglas procedimentales con los convenios internacionales específicos en ese ámbito ratificados por España.

exigen actos de ejecución en otro Estado contratante⁽⁴⁹⁴⁾. Las únicas causas de denegación posibles son las mismas operativas respecto al reconocimiento establecidas en el art. 23.2 y a las que hubo ya ocasión de aludir.

II. Revocación y modificación de decisiones extranjeras

1. ADMISIBILIDAD DE LA MODIFICACION

172. Hubo ocasión ya de señalar cómo en el ámbito de la jurisdicción voluntaria la menor estabilidad característica de las resoluciones judiciales - que típicamente no producen eficacia de cosa juzgada material- se manifiesta en la frecuente posibilidad de que las mismas sean modificadas o revocadas. Ciertamente, con independencia de su subordinación a lo que pueda decidirse en un ulterior proceso contencioso, resoluciones definitivas adoptadas en el ámbito típico de la jurisdicción voluntaria son en ocasiones susceptibles de ser modificadas o revisadas por medio de un nuevo expediente, si la situación aconseja tales alteraciones para salvaguardar los intereses tutelados. Se trata de una constatación plenamente coherente con el carácter duradero típico de las situaciones ordenadas por medio de la jurisdicción voluntaria. Asimismo, algunas de tales decisiones pueden ser revocadas por medio de un nuevo expediente, como ocurre, por ejemplo, con la declaración de ausencia o fallecimiento (art. 2.043 LEC y 196 C.c.). Particular interés reviste, habida cuenta de su trascendencia en las relaciones transfronterizas y de las peculiares dificultades que suscita, la modificabilidad de las decisiones sobre custodia de menores.

La cuestión a abordar aquí es en qué medida una resolución extranjera de jurisdicción voluntaria, una vez que ha sido reconocida en nuestro país, es susceptible de ser modificada o revisada por los tribunales españoles.

⁴⁹⁴. Caso de que la entrada en vigor en España del Convenio de 1996 se llegara a producir -frente a lo que parece oportuno- sin que se adoptaran normas específicas relativas a su aplicación, con el actual panorama legislativo, cabe entender que el procedimiento de los arts. 1.901 a 1.909 sería aplicable en el caso de que se invoque el Convenio de 1996 para obtener el retorno de un menor ilícitamente desplazado, posibilidad mencionada en el art. 50 del Convenio (*vid.* también art. 7).

Ciertamente la posibilidad de la modificación o revocación de resoluciones extranjeras sólo se suscita respecto a aquellas que han sido reconocidas en España -incluso de forma incidental⁽⁴⁹⁵⁾-, pues en caso contrario, por su misma esencia, la decisión extranjera no produce efectos como tal en nuestro país, de modo que su eventual revisión carece de sentido. La existencia de una decisión judicial (extranjera reconocida) es presupuesto de la operatividad de las normas que prevén la modificación o revisión (en puridad, es un elemento de su supuesto de hecho).

173. Un primer planteamiento, consistente en rechazar la posibilidad de modificar o revocar una resolución judicial extranjera, por entender que tal proceder implicaría un atentado inadmisibile contra la soberanía y jurisdicción del Estado cuyos tribunales adoptaron la decisión⁽⁴⁹⁶⁾, se halla en la actualidad plenamente superado⁽⁴⁹⁷⁾. Lo cierto es que la modificación en España de una decisión reconocida en nuestro país no supone propiamente alterar la resolución extranjera misma, sino únicamente los efectos que el ordenamiento español, dentro de su ámbito de aplicación, ha atribuido a esa decisión.

Además, como es sabido, del Derecho internacional público no resulta

⁴⁹⁵. Es sabido que normalmente el reconocimiento de las decisiones de jurisdicción voluntaria tiene lugar de modo automático. La ausencia en tales supuestos de una declaración de reconocimiento con eficacia general no excluye que pueda existir un interés en obtener la revisión por parte de nuestros tribunales de la decisión extranjera. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de solicitar ante nuestros tribunales -conforme al art. 1.832 LEC- la extinción de una adopción constituida en el extranjero, pero reconocida en España a través de la inscripción en el Registro civil. No obstante, cuando no existe una declaración general de reconocimiento (o una declaración de ejecutabilidad), sino únicamente un reconocimiento incidental, no debe descartarse que la "modificación de hecho" pueda tener lugar a través de una decisión española sobre el mismo objeto que llegue a un resultado distinto, desconociendo la decisión extranjera cuya eficacia en España no tienen carácter vinculante general.

⁴⁹⁶. En ese sentido, respecto de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, *vid.* F. Swoboda, *Das internationale...*, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁹⁷. En la doctrina alemana referida también al específico ámbito de la jurisdicción voluntaria, *vid.* J.M. Enßlin, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 136-137; W.J. Habscheid, *Freiwillige...*, *op. cit.*, pp. 216-217; R. Geimer, "Anerkennung...", *loc. cit.*, p. 113; y M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, p. 63. Con carácter general, *vid.*, con ulteriores referencias, S. Alvarez González, *Crisis...*, *op. cit.*, p. 223; y H. Schack, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 383.

para los Estados, con carácter general, la obligación de reconocer eficacia en su territorio a las resoluciones judiciales extranjeras. De modo que, en principio, la normativa internacional tampoco condiciona la posibilidad de revisar la eficacia que les haya podido ser atribuida. Los únicos límites que impone el Derecho internacional general a la modificación o revocación de las decisiones extranjeras son los que resultan del necesario respeto a las restricciones sobre el particular derivadas de los convenios internacionales vinculantes para España. En concreto -con independencia de que quepa plantear la posibilidad de que toda obligación de reconocimiento convencionalmente asumida suponga la prohibición de determinadas actuaciones, como la injustificada revocación *ex tunc* de una resolución reconocida en virtud del convenio⁽⁴⁹⁸⁾-, ciertos convenios multilaterales relevantes en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, como el CPM y el CEREC, contienen disposiciones específicas sobre la posibilidad de modificación.

174. Condición indispensable para que la modificación o la revocación puedan llevarse a cabo por los tribunales españoles es el que estos posean competencia judicial internacional para conocer de la situación suscitada, en particular, del asunto sobre el que versa la resolución que se pretende sea modificada o revocada. Es claro que no se trata ahora de supuestos de competencia judicial indirecta en el marco del reconocimiento, sino directamente de determinar si los tribunales españoles son o no competentes para pronunciarse acerca de un supuesto concreto. La competencia a tal fin se determina conforme a las normas generales en la materia. En el sistema español no parece existir base que avale la pretensión de fundar, con carácter general, la competencia de nuestros tribunales en la sola circunstancia de que la decisión que se pretende revisar ha sido reconocida en nuestro país⁽⁴⁹⁹⁾.

Es conocido que la norma fundamental en el sistema de fuente interna

⁴⁹⁸. Cf. J.M. Enßlin, *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁹⁹. Para una interpretación distinta en el peculiar contexto italiano, *vid.*, al margen del ámbito propio de la jurisdicción voluntaria, A. Miele, *La cosa giudicata straniera*, Padua, 1989, p. 124.

es el art. 22 LOPJ y, en concreto, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria su apartado 3, pues la operatividad de los fueros generales es aquí escasa. De un lado, la sumisión de las partes como criterio atributivo de competencia no opera normalmente en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, de otro, la utilidad del fuero general del domicilio del demandado se limita a los sumo a aquellos procedimientos en los que existe una marcada contraposición de intereses entre los intervinientes, siendo la posición de uno de ellos equivalente a la del demandado en un proceso contencioso (lo que suele ocurrir cuando el procedimiento trata acerca de la custodia de un menor). Por su parte, cuando resulta de aplicación un convenio internacional que contiene normas sobre competencia, prevalecen sus disposiciones sobre el particular, como puede ocurrir, por ejemplo, con los arts. 1, 4, 8 y 9 CPM⁽⁵⁰⁰⁾.

2. DETERMINACION DEL REGIMEN APLICABLE

175. La cuestión más controvertida acerca de la modificación de las resoluciones extranjeras es la relativa a la precisión del ordenamiento conforme al cual se regula el régimen de la revisión, que establece, en particular, las condiciones a las que la misma se subordina así como el momento desde el que opera. La cuestión se ha debatido intensamente en relación con la modificación de las decisiones extranjeras en materia de alimentos, mientras que apenas ha sido tratada en lo que atañe a las decisiones de jurisdicción voluntaria⁽⁵⁰¹⁾. En sus términos básicos, el debate se centra en la alternativa entre la *lex fori*, caso de calificar la revisión como una cuestión de carácter procesal (art. 8.2 C.c.), y el ordenamiento aplicable al fondo del asunto según las normas españolas de D.I.Pr., si se considera que la

⁵⁰⁰. Asimismo, en la medida en que el Convenio de La Haya de 1996 en materia de medidas de protección de los niños llegue a ser aplicable, serán relevantes las normas sobre competencia contenidas en su Capítulo II.

⁵⁰¹. Cf., en Alemania, donde mayor atención se ha prestado a la modificación por los tribunales nacionales de las resoluciones extranjeras H.P. Mansel, "Abänderung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen und perpetuatio fori im FGG-Verfahren", *IPRax*, vol. 7, 1987, pp. 298-302, p. 298. En la doctrina española, abordando estos problemas en relación con las decisiones en materia alimenticia, *vid.* S. Álvarez González, *Crisis...*, *op. cit.*, pp. 222-227.

modificación es una cuestión de índole material.

176. No obstante, se suscita, con carácter previo, la duda acerca de si la modificabilidad de una resolución extranjera puede hallarse decisivamente condicionada bien por la ley del Estado de origen bien por la eficacia que nuestro ordenamiento atribuye a las resoluciones equivalentes pronunciadas por los tribunales españoles. En ciertas situaciones el hecho de que la resolución extranjera no sea susceptible de modificación conforme a la ley del Estado de origen (por ejemplo, porque la misma atribuye a la decisión la eficacia de la cosa juzgada material) puede no ser determinante para excluir la modificabilidad o revocabilidad de la misma, cuando una decisión análoga adoptada por un tribunal español sí puede ser modificada o revocada⁽⁵⁰²⁾. La modificabilidad de la decisión -que restringe su eficacia- en nuestro ordenamiento puede ser un mecanismo esencial para la tutela de los intereses relevantes en el marco de una actividad duradera de protección de personas que se consideran necesitadas de particular asistencia; lo que justificaría que ese carácter se proyectara en todo caso sobre las decisiones extranjeras equivalentes reconocidas en España (limitando de esa manera la extensión de efectos).

Por contra, cuando la resolución extranjera según la ley del Estado de origen es susceptible de ser modificada mientras que en nuestro sistema no (típicamente, porque en éste una resolución como esa quede fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria, pudiendo llegar a producir cosa juzgada material), cabe entender que, la decisión, una vez reconocida en España (en la medida en que la diferente eficacia no obstaculice su reconocimiento) también debe ser susceptible de modificación. Idea que es consecuencia de que la eficacia que despliega una resolución extranjera tras su reconocimiento encuentra un límite en los efectos que la resolución produce según la ley de

⁵⁰². Esa idea parece imponerse sin dificultades cuando se considera que la extensión de efectos de la resolución extranjera, esencial a todo reconocimiento, tiene lugar dentro de ciertos límites, *cf.*, en el específico marco alemán, criticando la exigencia jurisprudencial de subordinar la modificabilidad de las decisiones sobre alimentos a que la misma sea posible en el Estado de origen, H. Schack, *Internationales...*, *op. cit.*, p. 384.

origen. La dificultad puede surgir al tratar de establecer el mecanismo procesal que haga posible la revisión en España de esa resolución.

177. La alternativa, para precisar las concretas condiciones a las que se subordina la modificación, entre el recurso a la ley española como ley del foro y la *lex causae* designada por nuestro sistema de D.I.Pr. vendría determinada por la calificación como procesal o material del régimen de la modificación o revocación de las resoluciones extranjeras⁽⁵⁰³⁾. La estricta delimitación al respecto no es sencilla. Esta cuestión aparece con frecuencia regulada tanto en textos de carácter procesal como sustantivo, por ejemplo: la revocación de la declaración de fallecimiento -arts. 2.043 LEC y 196 C.c.-, la determinación del padre a quien corresponde la custodia del hijo -1.888 LEC y 90.a), 91, 103 y 159 C.c. En otras ocasiones un texto de carácter sustantivo incluye junto a normas materiales disposiciones procedimentales, como ocurre por ejemplo con el art. 248 C.c. respecto a la remoción del tutor⁽⁵⁰⁴⁾. En todo caso, parece imprescindible combinar el juego de la *lex fori* y de la *lex causae*.

De una parte, es preciso que nuestro ordenamiento contemple la posibilidad de que los tribunales españoles modifiquen decisiones semejantes a la extranjera que se pretende sea revisada, siendo preciso también en estos casos satisfacer las exigencias a las que la ley española subordina la facultad u obligación de revisión por parte de nuestros tribunales⁽⁵⁰⁵⁾. De otra parte, el

⁵⁰³. Acerca del debate sobre el particular en la reciente doctrina alemana en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, *vid.* H.P. Mansel, "Abänderung...", *loc. cit.*, p. 299; y M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 64-67.

⁵⁰⁴. De otra parte nuestro ordenamiento, en ocasiones, prevé que la transformación de la situación creada por una resolución de jurisdicción voluntaria se sustancie por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda. Así lo prevé en particular, el art. 1.832 LEC respecto a la posible extinción de la adopción -en principio irrevocable, circunstancia esencial en la configuración de la adopción por nuestro ordenamiento- establecida en el art. 180 C.c. No es, sin embargo, lo habitual cuando la decisión que se revoca fue adoptada en expediente de jurisdicción voluntaria, así, por ejemplo, tanto la remoción del defensor judicial, como del tutor como del curador, reguladas en el C.c. (arts. 247-249, 291 y 301) se tramitarán "según el procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria" (conforme a la disp. adic. tercera de la LO 1/1996).

⁵⁰⁵. Considerando que las normas que facultan o imponen a los tribunales la modificación de decisiones revisten carácter público y procesal, *vid.* M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, p. 66.

ordenamiento designado como *lex causae* cobra también importancia en la medida en que una modificación basada en el cambio de las circunstancias sólo es posible si el supuesto de hecho de la norma correspondiente de la *lex causae* no es rígido, sino susceptible de ser modificado con el transcurso del tiempo. Es más, propiamente, las condiciones de fondo a las que se subordina la modificación o revocación deben ser las previstas por la ley del fondo.

Es decir, la ley española a título de *lex fori* debe admitir -disponiendo de una vía procedimental al respecto- la posibilidad de revisión de la decisión de que se trate, normalmente por medio de un nuevo expediente (por ejemplo, de revocación de la declaración de fallecimiento, de remoción del tutor, de modificación de la persona que tiene atribuida la custodia de un menor...). Con carácter general los requisitos (salvo los estrictamente procesales) y el régimen -en particular, el eventual alcance retroactivo- de la revisión deben decidirse conforme a la correspondiente *lex causae*.

178. Varios aspectos requieren reflexiones específicas. Uno es el alcance de la eventual vinculación a la *lex causae* aplicada en la decisión de origen, otro es la posibilidad de que no habiéndose modificado las circunstancias del caso, una valoración diversa de las mismas (de los intereses relevantes o, en particular de un concepto indeterminado retenido en la norma -como el interés superior del menor-) por parte del tribunal español pueda ser suficiente para fundamentar la revisión de la decisión extranjera.

La primera cuestión surge de la constatación de que los tribunales de cada Estado aplican sus propias normas de D.I.Pr. De modo que si la revisión de una decisión extranjera se solicita ante los tribunales españoles éstos, en principio, determinarían la ley aplicable al fondo según nuestras normas sobre ley aplicable. No obstante, al tratarse de la modificación de una decisión previa, hay que entender que el ordenamiento aplicable a la situación privada de que se trate queda fijado en la decisión inicial, debiendo ser respetado en las eventuales revisiones de esa decisión⁽⁵⁰⁶⁾.

⁵⁰⁶. En la práctica jurisprudencial en materia de alimentos *vid.* la Sent. del *Bundesgerichtshof* (Alemania) de 1 de junio de 1983 (*IPRax*, 1984, vol. 4, pp. 320-323). Asimismo, al hilo de esa decisión *vid.* U. Spellenberg, "Abänderung ausländischer

Por consiguiente, no parece implicar un cambio de las circunstancias, relevante a efectos de justificar la modificación, el simple hecho de que el asunto (a través de la solicitud de revisión de una resolución ya existente) se suscite ante los tribunales de un Estado diverso de aquel del que procede la resolución que se pretende revisar (en la medida en que aplicarían reglas sobre Derecho aplicable distintas de las empleadas en el procedimiento que dio lugar a la resolución de origen). Cuál sea el tribunal que conoce de un asunto no altera la configuración de la situación controvertida. De otra parte, es claro que la posibilidad de alcanzar un resultado diverso si la cuestión se suscitara ante nuestros tribunales no es por sí sólo causa de denegación del reconocimiento (no cabe duda a la luz de la configuración de nuestro sistema de reconocimiento que parte de la prohibición del control de fondo -y de la ley aplicada-). En esa medida, el mero hecho de que la cuestión resuelta por una decisión de jurisdicción voluntaria extranjera se plantee ante un tribunal español, pese a que nuestro sistema de D.I.Pr. establezca normas distintas a las empleadas en el Estado de origen, no sirve, por sí solo, para fundamentar que se ha producido un cambio de circunstancias en la situación ni que la solución extranjera es incorrecta, lo que justificaría que debiera ser modificada. Cuestión distinta es que se produzca un cambio en alguno de los elementos de la situación que implique una auténtica modificación en el elemento retenido como criterio de conexión (en la decisión de origen)⁽⁵⁰⁷⁾.

179. Se ha debatido también, sobre todo al hilo de las decisiones en materia de custodia de menores⁽⁵⁰⁸⁾, si es suficiente para que la modificación pueda tener lugar el que los tribunales del Estado requerido, no habiéndose producido alteración de las circunstancias, realicen una valoración diversa de las mismas. La cuestión reviste especial interés en determinados ámbitos de la jurisdicción voluntaria en los que se atribuye al aplicador un amplio margen de discreción, como ocurre cuando la normativa se fundamenta en el

Unterhaltsurteile und Statut der Rechtskraft", *IPRax*, 1984, vol. 4, pp. 304-308, p. 308.

⁵⁰⁷. Vid. M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 72-74.

⁵⁰⁸. Vid., desde perspectiva diversas, H.P. Mansel, "Abänderung...", *loc. cit.*, p. 301; y M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 74-76.

empleo de un concepto jurídico indeterminado como es el interés superior del menor.

En línea de principio, la prohibición de revisión de fondo excluye que los tribunales españoles al decidir acerca del reconocimiento valoren la corrección del contenido de la decisión extranjera. Sólo es preciso, en el marco de la reserva de orden público, controlar si el reconocimiento de la resolución de que se trate menoscaba gravemente los valores y principios fundamentales de nuestro ordenamiento (por ejemplo, porque la misma ignora totalmente el interés del menor como elemento condicionante de la decisión). En el caso de que tal menoscabo tenga lugar no procede el reconocimiento de esa decisión. Cuestión distinta es si una vez reconocida la decisión de jurisdicción voluntaria, cabe una revisión de la misma, pese a que las circunstancias no hayan variado, con base en una valoración dispar -por ejemplo, del interés superior del menor- por parte de los tribunales españoles. Cuando el ordenamiento español opera como *lex causae*, cabe entender que la modificación del régimen de la custodia de los hijos es sólo posible si se alteran sustancialmente las circunstancias o concurren otras no tomadas en consideración suficientes para desvirtuar la decisión que se pretende reformar (*vid.* arts. 90 y 91 C.c.).

En principio, la existencia de una resolución extranjera objeto ya de reconocimiento (que excluye la revisión del fondo) y la especificidad de las situaciones de tráfico externo (con la posibilidad de instar la revisión ante los tribunales del Estado de origen, la mayor probabilidad de valoraciones dispares por tribunales de Estados diversos, así como la conocida tendencia a atribuir la custodia de un menor a la persona que reside en el país cuyos tribunales se pronuncian o que tiene la nacionalidad en ese país) aconsejan limitar la operatividad de las normas que prevén la modificación de resoluciones con base en una valoración discrecional del aplicador, exigiendo una alteración sustancial de las circunstancias. En particular, habida cuenta de que el mero transcurso del tiempo (algo que siempre está presente cuando se pretende la revisión de una resolución reconocida) puede suponer modificación de las circunstancias, como, por ejemplo, refleja claramente el

art. 10.1.b) CEREC (si bien cabe entender que esa variación de las circunstancias -por el transcurso del tiempo- sólo justifica la modificación de una resolución previamente reconocida cuando hace que la misma contradiga manifiestamente el interés del menor).

3. LÍMITES DERIVADOS DEL DERECHO CONVENCIONAL

180. La normativa convencional sobre reconocimiento de decisiones relevante en el ámbito de la jurisdicción voluntaria es muy significativa en materia de custodia de menores. Asimismo, la modificación de las decisiones pronunciadas en esa concreta materia presenta especial relevancia. En este contexto, cabe valorar la importancia de que esos regímenes convencionales determinen los límites dentro de los que puede tener lugar la modificación de las resoluciones reconocidas en aplicación del convenio del que se trate.

181. La posibilidad de modificación o revisión de las medidas de protección de menores reconocidas en virtud del art. 7 CPM debe ser reafirmada, siempre que se respeten las reglas del Convenio sobre el particular y lo establecido en la normativa que sea aplicable. La modificabilidad de las medidas se contempla en el Convenio en los siguientes supuestos⁽⁵⁰⁹⁾. Conforme al art. 4 CPM las medidas adoptadas por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor serán sustituidas por las que tomen las autoridades del Estado del que es nacional, cuando consideren que el interés del menor las exige (en consecuencia, debe excluirse, en principio, la posibilidad de que una autoridad española modifique las medidas de protección relativas a un menor con residencia habitual en España, adoptadas en el Estado del que es nacional, dejando a salvo los supuestos específicos previstos en los arts 8 y 9 CPM). Asimismo -en los términos del art. 5 CPM- las autoridades de la nueva residencia habitual del menor pueden sustituir las medidas adoptadas por las del anterior Estado

⁵⁰⁹. En el Convenio de La Haya de 1996 las normas fundamentales sobre el particular se integran en su Capítulo II (arts. 5 a 14).

de la residencia habitual del menor. En caso de que el menor esté amenazado por un peligro serio las autoridades de su residencia habitual pueden adoptar medidas que modifiquen o complementen las tomadas por las autoridades del Estado del que es nacional, en los términos del art. 8 CPM. Conforme al art. 9 pfo. 1 CPM, en los casos de urgencia, las autoridades del Estado en cuyo territorio se encuentre el menor o sus bienes puede adoptar disposiciones que alteren medidas de protección previas. Según el pfo. 2 de ese mismo artículo, tales medidas de urgencia cesarán cuando las autoridades de la residencia habitual o de la nacionalidad del menor adopten las medidas que la situación exija.

Se ha señalado que la efectividad de la obligación de reconocimiento establecida en el art. 7 CPM exige, en todo caso, que la modificación en los distintos Estados parte de las medidas reconocidas en virtud del Convenio sólo pueda tener lugar cuando desde la adopción de las medidas reconocidas hasta su revisión se haya producido una alteración significativa de las circunstancias fácticas. De no ser así, el compromiso de reconocimiento de las medidas adoptadas conforme al Convenio quedaría gravemente menoscabado⁽⁵¹⁰⁾. No obstante, la trascendencia de esta constatación parece limitada. De una parte, en el marco del art. 5 la posibilidad de modificación por parte de las autoridades de la nueva residencia presupone siempre un cambio en el lugar de residencia del menor. De otra, el art. 4 CPM sólo condiciona la intervención de las autoridades del Estado del que es nacional el menor a que el interés de éste lo exija. La presencia de ese requisito debe ser lo determinante para considerar conforme al Convenio la modificación de las medidas que hubiera adoptado el Estado de la residencia habitual por parte del Estado de la nacionalidad.

182. También de las normas sobre reconocimiento de decisiones en

⁵¹⁰. Cf. K. Siehr, "Art. 19 Anh"..., *loc. cit.*, p. 1.237, señalando que esa exigencia sólo debe ceder cuando las autoridades normalmente competentes adopten medidas que sustituyan las adoptadas en caso de urgencia por las autoridades del Estado en el que se encuentre el menor o sus bienes (art. 9), pues en tales situaciones no es necesario que haya habido variación desde que se tomaron las medidas de urgencia.

materia de custodia de menores contenidas en el CEREC cabe derivar ciertos límites a la modificabilidad por nuestros tribunales de las resoluciones reconocidas en nuestro país en virtud de ese Convenio. En particular, en la medida en que conforme al art. 10.1.b) CEREC cuando concurre una variación de las circunstancias sólo es posible negar el reconocimiento de una resolución extranjera incluida en el ámbito del Convenio si los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente, con el interés del menor, cabe entender que la ulterior modificación por los tribunales españoles de las decisiones reconocidas en virtud del Convenio sólo es posible en los términos del art. 10.1.b). En caso contrario, la efectividad de la obligación de reconocimiento con el alcance previsto en el Convenio quedaría seriamente comprometida. La consecuencia es que en tales supuestos la modificación de una resolución sobre custodia de menores sólo es posible en nuestro país si la alteración de las circunstancias -sin que deba considerarse como tal el mero cambio de residencia del menor como consecuencia de un traslado ilícito- tiene como consecuencia que se produzca un desajuste manifiesto entre lo dispuesto en la resolución que pretende ser revisada y el interés del menor.

Asimismo, se ha señalado la posibilidad de que las normas sobre incompatibilidad de resoluciones -arts. 9.1.c) y 10.1.d) CEREC- limiten la posibilidad de que en determinadas circunstancias los tribunales de los Estados parte del Convenio adopten decisiones sobre custodia cuando existen resoluciones sobre el particular adoptadas en otro Estado susceptibles de ser reconocidas en virtud del Convenio. En particular, cabe plantear si la adopción por parte de un tribunal español de una resolución sobre la custodia de un menor cuando, según las circunstancias previstas en los arts. 9.1.c) y 10.1.d) CEREC, la misma no prevalecería sobre una decisión contraria adoptada en otro Estado miembro susceptible de ser reconocida en virtud del CEREC, no sería contraria al Convenio si el tribunal español tuviere conocimiento de la resolución extranjera y las circunstancias del caso no se hubieran alterado en los términos del art. 10 desde que se adoptó la

Pedro A. De Miguel Asensio
Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, Madrid, Eurolex, 1997
ISBN: 84-89176-29-9. Páginas: 296

resolución contraria⁽⁵¹¹⁾.

⁵¹¹. Sobre estas cuestiones, *vid.* M. Krefft, *Vollstreckung...*, *op. cit.*, pp. 79-81, esp. p. 80.

EPILOGO

La especificidad de los efectos propios de las resoluciones de jurisdicción voluntaria no justifica, en todo caso, el sometimiento de la eficacia en España de las resoluciones extranjeras que (aplicando los criterios de nuestro ordenamiento) revisten esa naturaleza a un régimen radicalmente diverso del previsto para las decisiones contenciosas. Apenas relevante es que cuando la eficacia de los actos a los que da lugar un expediente de jurisdicción voluntaria es simplemente probatoria (actos de documentación o autenticación), la misma deba hacerse valer por la vía general de los arts. 600 y 601 LEC. Ocurre que los procedimientos de jurisdicción voluntaria más significativos en el tráfico jurídico internacional pueden dar lugar a resoluciones definitivas con eficacia constitutiva, que en la práctica -pese a la ausencia típicamente de cosa juzgada material- tienen una relevancia jurídica muy próxima a la generada por decisiones constitutivas de la jurisdicción contenciosa. En tales situaciones la aproximación del régimen de eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria al que es propio del reconocimiento del efecto constitutivo de las decisiones contenciosas resulta pleno de sentido.

El modelo aconsejado -que cabe derivar de la interpretación de nuestro deficiente sistema autónomo- respecto del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria (con eficacia constitutiva) es aquel que combina el reconocimiento automático con una vía que haga posible lograr una declaración de reconocimiento con eficacia vinculante (si bien más limitada que la que es propia de las decisiones contenciosas). En cuanto a los requisitos a los que se subordina el reconocimiento, coinciden con los previstos para las decisiones contenciosas, si bien en ocasiones su interpretación debe ser matizada en atención a las peculiaridades de los procedimientos y resoluciones de jurisdicción voluntaria. A la luz de este

planteamiento y modelo de solución -que, aunque con variaciones, es el que prevalece en países muy significativos de nuestro entorno, como Alemania, Francia y Suiza- no es de extrañar que el estudio de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria dé pie a consideraciones relevantes para el conjunto del sistema de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras.

El planteamiento propuesto, que deja al margen el régimen de los actos de jurisdicción voluntaria de carácter documentador o constataador (a tratar como documentos públicos extranjeros, no siendo propiamente resoluciones susceptibles de reconocimiento procesal), no sólo favorece la coherencia del sistema de Derecho procesal civil internacional, sino que también se compadece plenamente con la acusada difuminación de los límites entre jurisdicción contenciosa y voluntaria. Asimismo, aporta una notable dosis de seguridad jurídica y de previsibilidad, sin menoscabar la existencia de soluciones diferenciadas respetuosas con la peculiaridad de la jurisdicción voluntaria.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M.: "La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado", *BIMJ*, 1996, núm. 1.776, pp. 7-30.

AGUILAR NAVARRO, M. (dir.): *Derecho civil internacional*, Madrid, SPFDUCM, 1975.

AHDAR, R.: "Religion as a Factor in Custody and Access Disputes", *Int. Journ. L. P. Fam.*, vol. 10, 1996, pp. 177-204.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N.: "Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria", *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, Año XV, 1962, pp. 521-596.

- "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1951, pp. 1-55.

ALMAGRO NOSETE, J., y TOME PAULE, J.: *Instituciones de Derecho procesal (Proceso civil)*, 2ª ed., Madrid, Trivium, 1994.

ALSTON, P.: "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", *Int. Journ. L. P. Fam.*, vol. 8, 1994, pp. 1-25.

ALVAREZ GONZALEZ, S.: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996.

- "Nota a la sent. de la Aud. Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993", *REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 342-345.

- "Nuevas medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional en la Ley de Enjuiciamiento Civil", *REDI*, vol. XLVIII, 1996(1), pp. 504-506.

- "Secuestro internacional de menores (*legal kidnapping*) y cooperación internacional: la posición española ante el problema", *PJ*, nº 4, 1986, pp. 9-32.

AMORES CONRADI, M.A.: "Comentario al Auto TS de 28 de junio de 1985", *CCJC*, núm. 9, 1985, pp. 2.837-2.845.

- "Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1995*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 270-314.

- "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ", *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 113-156.

- "Nota a la sent. TC 43/1986, de 15 de abril", *REDI*, vol. XXXIX, 1987(1), pp. 190-196.

ANCEL, B.: "La reaction du droit international privé française a l'enlèvement international d'enfant", *La sustracción...*, *op. cit.*, pp. 7-29.

- "Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, vol. XXVIII, pp. 201-220.

ANCEL, B., LEQUETTE, Y.: *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2ª ed., París, Sirey, 1992.

ARENAS GARCIA, R.: "Nota al Auto TS (Sala 1ª) de 16 de junio de 1994", *REDI*, vol. XLVII, 1995(2), pp. 400-403.

ATTARDI, A.: "La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere", *Riv. dir. civ.*, año XLI, 1995, pp. 727-786.

BARIATTI, S.: "Articoli 64-68", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1995, vol. XXXI, pp. 1.221-1.253.

BARTIN, E.: "Le jugement étranger considéré comme un fait", *Journ. dr. int.*, 1924, t. 51, pp. 857-876.

BAUR, F.: "Die Wirksamkeit der Maßnahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (nach deutschem Recht)", *Atti del 3º Congresso internazionale di Diritto processuale civile (Venezia 12-15 Aprile 1962)*, Milán, Giuffrè, 1969, pp. 292-305.

BEAUMONT, P., MOIR, G.: "Brussels Convention II: A New Private International Law Instrument in Family Matters for the European Union or the European Community?", *ELRev*, vol. 20, 1995, pp. 268-288.

BENCHEIKH HOCINE DENNOUNI, H.: "La garde: un attribut de la maternité en Droit algérien", *RIDC*, t. 38, 1986, pp. 897-917.

BOELCK, S.: *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961*, Tubinga, 1994.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *El "interés del menor" como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Barcelona, Acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya, 1993.

- "Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", *REDI*, vol. XLII, 1990(1), pp. 289-291.

- "El control de la aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores", *REDI*, vol. XLIV, 1992(2), pp. 718-719.

- "L'expérience espagnole des Conventions de La Haye du 5 octobre 1961 relative à la protection des mineurs, du premier juin 1970 relative à la reconnaissance du divorce et du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international des enfants, et de la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 relative à la reconnaissance des décisions en matière de garde", M, Fallon, *The Value...*, op. cit., Annexes, pp. 1-16.

- "Luz verde a la extensión del Convenio de Bruselas a cuestiones de familia", *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 906-908.

- "Nota al Auto TS (Sala 1ª) de 24 de abril de 1989", *REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 247-249.

- "Práctica española en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores", *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Toledo, 1991, pp. 81-93.

BOSCHIERO, N.: *Appunti sulla riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 161-168.

BOUREL, P.: "Adoption", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 548-4, 1995.

BOUZA VIDAL, N.: "La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado", *RGLJ*, t. XCV, 1987, pp. 897-931.

- "Artículo 9.5", *Comentarios a las reformas del Código civil* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Madrid, Tecnos, 1993, pp. 456-470.

BROGGINI, G.: "La nouvelle loi italienne de droit international privé", *RSDIE*, vol. 6, 1996, pp. 1-41.

BUCHER, A.: "La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *RSDIE*, vol. 7, 1997, pp. 67-109.

CALVO CARAVACA, A.L.: *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986.

CASTRO-RIAL CANOSA, J.M.: "El Convenio de La Haya sobre protección de menores", *REDI*, vol. XIV, 1961(1-2), pp. 11-54.

CARLIER, J.Y.: "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, pp. 447-469.

CARRERAS LLANSANA, J.: "Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria", M. Fenech, J. Carreras, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1962, pp. 661-684

CARRERAS MARAÑA, J.M.: "La constitución de la tutela y la designación de tutor: su determinación en la propia sentencia de incapacitación (Comentario a la sent. de la Sala 1ª del TS de 22 de julio de 1993)", *La Ley*, 1994(1), pp. 1.161-1.172.

CARPI, F.: "L'efficacia delle sentenze ed atti stranieri", *La riforma del sistema di Diritto internazionale privato e processuale*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 145-161.

CATALANO SGROSSO, G.: "Legge applicabile nell'adozione internazionale e riconoscimento dei provvedimenti stranieri negli ordinamenti europei", *L'adozione dei minori nelle legislazioni europee*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 93-161.

CHAMORRO BERNAL F.: *La tutela judicial efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución)*, Barcelona, Bosch, 1994.

CODIGO CIVIL ARGENTINO Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA, 26ª ed., Buenos Aires, Claridad, 1993.

CODIGO CIVIL (EDICION OFICIAL), 9º ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.

CONSEJO DE EUROPA: "Rapport explicatif (Convention du Luxembourg sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants)", reproducido en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Toledo, 1991, pp. 217-231.

CORTÉS DOMINGUEZ, V.: *Derecho procesal civil internacional (ordenamiento español)*, Madrid, Edersa, 1981.

CULOT, D.: *La volontaria giurisdizione e lo straniero*, Milán, Giuffrè, 1995.

DE BROCA, G.M.; CORBAL FERNÁNDEZ, J.E.; MAJADA PLANELLES, A.; y GARCÍA VARELA, R.: *Práctica procesal civil*, t. IX (*Jurisdicción voluntaria*), 22ª ed., Barcelona, Bosch, 1996.

DE LA OLIVA SANTOS A.: *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1991.

DE LA OLIVA A., y FERNÁNDEZ, M.A.: *Derecho procesal civil* (vols. II, III y IV), 4ª ed., Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 1995.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLVII, 1995(2), pp. 41-70.

DEPREZ, J.: "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques", *R. des C.*, t. 211, 1988, pp. 9-372.

DE STEIGER, M.W.: "Rapport explicatif (relatif à la Convention sur la compétence des autorités et loi applicable en matière de protection de mineurs)", Conférence de La Haye de Droit international privé, *Actes et documents de la neuvième session (Tome IV. Protection des mineurs)*, La Haya, Bureau permanent de la Conférence, 1961, pp. 219-243.

DI BLASE, A.: "Convenzione de Bruxelles e rapporti fra sentenze incompatibili", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXV, 1989, pp. 331-342.

DÖLLE, H.: "Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *RabelsZ*, 1962, vol. 27, pp. 201-244.

DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: "Comentario a la Res. DGRN de 28 de abril de 1994", *CCJC*, núm. 38, 1995, pp. 436-440.

DÖRNER, H.: "Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Umgangsregelungen", *IPRax*, 1987, vol. 7, pp. 155-157.

DROBNIG U.: "Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung", *Festschrift für E. von Caemmerer*, Tübinga, Mohr, 1978, pp. 687-704.

DROZ, G.A.L.: *Compétence judiciaire et effets de jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972.

- "La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961", *Journ. dr. int.*, t. 100, 1973, pp. 603-643.

DUTOIT, B.: *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1996.

ENSSLIN, J.M.: *Die Anerkennung ausländischer Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit*, München, Diss., 1971.

ESPINAR VICENTE, J.M.: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 1993.

- *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996.

ESPLUGUES MOTA, C.: "Reconocimiento en España de adopciones simples constituidas en el extranjero (En torno a la Resolución de la DGRN, de 27 de enero de 1996, sobre inscripción de adopción salvadoreña)", *Actualidad jurídica Aranzadi*, año VI, 1996, nº 250, pp. 1-4.

FADLALLAH, I.: "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?", *Rev. crit. dr. in. pr.*, t. 70, 1981, pp. 17-29.

FAIRÉN GUILLEN, V.: "Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa", *ADC*, 1991, t. XLIV, pp. 941-959.

FALLON, M.: *The Value Added by a European Union Instrument on Jurisdiction in Matrimonial Causes in the Light of Existing Conventions. Final Report. Annexes*. Lovaina, 1995, policopiado.

- "La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes", *Mélanges offerts à E. Cerexhe*, Bruselas, 1986, pp. 165-189.

FERID M.: "Im Ausland erfüllte Tatbestandsmerkmale inländischer Sachnormen (Ein Ansatz)", *GRUR Int.*, 1973, pp. 472-478.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: "Nota al Auto TS (Sala 1ª) de 11 de mayo de 1989", *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 204-206.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Nota (Reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras)", *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 498-503.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SANCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

FERRER CORREIA, A.: "Breves reflexoes sobre a competência internacional

indirecta", *Estudos vários de Direito*, Coimbra, Universidade, 1982, pp. 193-222.

- "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit comparé)", *Estudos vários de Direito*, Coimbra, Universidade, 1982, pp. 105-191.

FIRSCHING, K.: "Zur Anerkennung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *StAZ*, vol. 26, 1976, pp. 153-158.

FISCHER, G.: "Objektive Grenzen der Rechtskraft im internationalen Zivilprozeßrecht", *Festschrift für W. Henckel*, Berlín, W. de Gruyter, 1995, pp. 199-213.

FONT BOIX, V.: "El notario y la jurisdicción voluntaria", *Anales de la Academia matritense del notariado*, t. XV, 1967, pp. 211-295.

FUMAGALLI, L.: "Sull'efficacia dei provvedimenti stranieri non delibati", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XX, 1984, pp. 269-282.

GALBIATI, R., LIBRANDO, V., ROVELLI, L.: "La Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento", *Riv. dir. eur.*, vol. XX, 1980, pp. 377-387.

GANSHOF, L.F., VAN BUGGENHOUT, C.: "La protection des biens des mineurs dans les relations internationales", *Rev. belge dr. int.*, vol. XV, 1980, pp. 149-164.

GARAU SOBRINO, F.F.: *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España (sistemas general y convencional)*, Madrid, Tecnos, 1992.

GAUDEMET-TALLON, H.: *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe)*, 2ª ed., París, Montchrestien, 1996.

- "La désunion de couple en droit international privé", *R. des C.*, t. 216, 1991, pp. 9-280.

- Nota a la sent. TJCE de 4 de febrero de 1988, *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 77, 1988, pp. 605-609.

GEIMER, R.: *Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland*, Múnich, C.H. Beck, 1995.

- *Internationales Zivilprozeßrecht*, 3ª ed., Colonia, O. Schmidt, 1997.

- "Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen

Gerichtsbareit", *Festschrift für M. Ferid*, Francfort, Verlag für Standesamtswesen, 1988, pp. 89-130.

- "Internationalrechtliches zum Außerstreitverfahren", *Symposion Außerstreitreform*, Viena, Manz, 1982, pp. 93-135.

- "Verfassung, Völkerrecht und Internationales Zivilverfahrensrecht", *ZfRV*, 1992, pp. 321-347 y pp. 401-420.

- "§ 328", R. Zöller, *Zivilprozeßordnung*, 19ª ed, Colonia, O. Schmidt, 1995, pp. 883-922.

GIMENO GAMARRA, R.: "Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria", *ADC*, t. VI, 1956, pp. 3-80.

GOMEZ COLOMER, J.L.: "La jurisdicción voluntaria", J. Montero Aroca, M. Ortells Ramos, J.L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo, *Derecho jurisdiccional II (Proceso civil 2º)*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 759-782

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", *RJC*, año XCV, 1996(2), pp. 313-345.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *Curso de Derecho internacional privado*, vol. II, Oviedo, Ojanguren, 1983.

- "Art. 9.5", *Comentario al Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 87-90.

- "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado", *ADI*, vol. IV, 1977-1978, pp. 89-136.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y ABARCA JUNCO, P.: "Artículo 107", J.L. Lacruz Berdejo (coor.), *Matrimonio y divorcio (Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil)*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 1.331-1.358.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho internacional privado español (Textos y materiales, vol. I, Derecho judicial internacional)*, 2ª ed., Madrid, SPFDUCM, 1992.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y otros: *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995.

GONZÁLEZ POVEDA, B.: *La jurisdicción voluntaria (Doctrina y formularios)*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1996.

GOTHOT, P. y HOLLEAUX, D.: *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Madrid, La Ley, 1985.

GOTTWALD, P.: "Die internationale Zwangsvollstreckung", *IPRax*, vol. 11, 1991, pp. 285-292.

- "Die Rechtsstellung von Amtswaltern zwischen Territorialitäts- und Universalitätsprinzip", *Gerechtigkeit im Internationalen Privatrecht im Wandel der Zeit (Beiträge zur akademischen Gedächtnisfeier für K. Firsching)*, 1992, Giesecking, Regensburg, pp. 9-29

- "Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen", *ZZP*, vol. 103, 1990, pp. 257-293.

GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, t. II, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.

HABSCHEID, W.J.: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., München, C.H. Beck, 1983.

- "Die Problematik der Kindesentführung über nationale Grenzen und ihre Regelung durch neue internationale Abkommen", *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft (Festschrift P. Mikat)*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1989, pp. 855-868.

HEGNAUER, C.: "Die Schweiz und das Haager Übereinkommen über die internationale Adoption", *Rechtskollisionen (Festschrift für A. Heini)*, Zürich, Schulthess, 1995, pp. 179-197.

HELDRICH, A.: *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin, W. De Gruyter, J.C.B. Mohr, 1969.

HELDRICH, A., STEUNER, A.F., PINTENS, W., WILL, M.R., ZEYRINGER, W.: "Persons", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV, chapter 2, 1995.

HELLER, K.: "Die Anerkennung einander widersprechender ausländischer Entscheidungen", *ZfRV*, vol. 23, 1982, pp. 162-168.

HOLLEAUX, D.: *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970.

HOYER H.: "Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen und ihre Vollstreckung im Inland", *J.Bl.*, 1982, vol. 104, pp. 634-643.

HÜSSTEGE, R.: "Zur Anerkennung von Entscheidungen der Heimatbehörden nach Art. 4 Abs. 1 MSA bei Doppelstaaten", *IPRax*, vol. 16, 1996, pp. 104-108.

JACQUET, J.M.: "Absence", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 543-B, 1984.

JAMETTI GREINER, M., BUCHER, A.: "La Dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé", *RSDIE*, vol. 4, 1994, pp. 55-88.

JANNUZZI, A.: *Manuale della volontaria giurisdizione*, 6ª ed., Milán, Giuffrè, 1990.

JAYME, E.: "Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht", *IPRax*, vol. 16, 1996, pp. 237-244.

- "Metodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (Universidad Central de Venezuela)*, nº 82, 1991, pp. 217-270.

- "Schwache Adoption durch deutsche Annehmende im Ausland- Anerkennung oder Transformation?", *IPRax*, vol. 3, 1983, pp. 169-170.

- "Zum Stand des IPR in Europa", *IPRax*, 1996, vol. 16, p. 65.

JENARD, P.: "Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" (DOCE C 1990 189/122-179).

JODLOWSKI, J.: "El procedimiento civil no contencioso (con acotaciones de N. Alcalá-Zamora y Castillo)", *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, Año XX, 1967, pp. 165-209.

- "L'efficacité des décisions dans la procédure gracieuse", *Atti del 3  Congresso internazionale di Diritto processuale civile (Venezia 12-15 Aprile 1962)*, Mil n, Giuffrè, 1969, pp. 326-343

JONES, R.L.: "Council of Europe Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Relating to the Custody of Children", *ICLQ*, vol. 30, 1981, pp. 467-475.

KARL, A.M.: *Die Anerkennung von Entscheidungen in Spanien (autonomes Recht und Staatsvertr ge)*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1993.

KELLER, M. y SIEHR K.: *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Z rich, Schulthess, 1986.

KESSEDJIAN, C.: *La reconnaissance et l'exécution des jugements en Droit international privé aux Etats-Unis*, París, Economica, 1987.

KINDLER, P.: "Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995", *RabelsZ*, vol. 61, 1997, pp. 227-284.

KLINKHARDT, H.: "Art. 22", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 7 (*Einführungsgesetz zum BGB Internationales Privatrecht*), 2ª ed., München, C.H. Beck, 1990, pp. 1.325-1.345.

- "Zur Anerkennung ausländischer Adoptionen", *IPRax*, vol. 7, 1987, pp. 157-161.

- "Zweierlei Zweitadoptiven", *IPRax*, vol. 15, 1995, pp. 238-239.

KRALIK, W.: "Die Wirksamkeit der Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Österreich", *Atti del 3º Congresso internazionale di Diritto processuale civile (Venezia 12-15 Aprile 1962)*, Milán, Giuffrè, 1969, pp. 306-325.

KREFFT, M.: *Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

KROPHOLLER, J.: *Europäisches Zivilprozeßrecht (Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen)*, 5ª ed., Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1996.

- *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Tübinga, J.C.B. Mohr, 1997.

- "Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens", *RabelsZ*, vol. 58, 1994, pp. 1-19.

LABRADOR ENCINAS, J.: "Nota a la Res. DGRN de 2 de julio de 1990", *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 216-219.

LAGARDE, P.: "Informe explicativo sobre la propuesta de convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia de familia y de sucesión, elaborada por el Grupo europeo de Derecho internacional privado (Proyecto de Heidelberg)", *REDI*, vol. XLVI, 1994(1), pp. 466-474.

- "La protection du mineur double-national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961", *L'unificazione del Diritto internazionale privato e processuale (Studi in memoria de M. Giuliano)*, Padua, Cedam, pp. 529-542.

- Nota a la decisión de la *Cour de cassation* de 16 de diciembre de 1986, *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 76, 1987, pp. 404-414.

- "Rapport de la Commission spéciale", *Revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs*, La Haya, 1995, pp. 27-107.

- "Public Policy", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, chapter 11, 1994.

LEQUETTE, Y.: Nota, *Journ. dr. int.*, t. 121, 1994, pp. 118-124.

LHOEST, O.: "Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, signée à Luxembourg", M. Fallon, *The Value...*, op. cit., Annexes, pp. 75-88.

LUZZATTO, R.: "Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale", *La riforma del Diritto internazionale privato e processuale (Raccolta in ricordo di E. Vitta)*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 151-171.

MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. VIII, 7ª ed. (aumentada por H. Dago Sainz y J. De Molinuevo Junoy), Madrid, Inst. Reus, 1960.

MANSEL, H.P.: "Abänderung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen und perpetuatio fori im FGG-Verfahren", *IPRax*, vol. 7, 1987, pp. 298-302.

MARÍN LOPEZ, A.: "El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores", *ADI*, vol. VII, 1983-1984, pp. 211-226.

MARTINY D.: *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts III/1 (Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht)*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1984.

- *Nichtstreitige Verfahren in Frankreich (Ein Vergleich der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit der "procedure en matière gracieuse" und dem Verfahren des "juge de tutelles")*, München, C.H. Beck, 1976.

MATSCHER, F.: "Der Einfluß der EMRK auf den Zivilprozeß", *Festschrift für W. Henckel*, Berlín, 1995, pp. 593-614.

- "Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen (aus österreichischer Sicht)", *ZZP*, vol. 103, 1990, pp. 294-321.

- "IPR und IZVR vor den Organen der EMRK -Eine Skizze-", *Festschrift für K.H. Neumayer*, Baden-Baden, 1985, pp. 459-478.

MAYER, P.: *Droit international privé*, 5ª ed., París, Montchrestien, 1994.

- "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 80, 1991, pp. 651-665.

MEBROUKINE, A.: "La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien", *Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 80, 1991, pp. 1-39.

MENHOFER, B.: "Das grenzüberschreitende Besuchsrecht in europäisch-islamischen Kindschaftsfällen (Der algerisch-französische Staatsvertrag als Modell)", *IPRax*, vol. 11, 1991, pp. 353-355.

MEYER-FABRE, N.: "La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, vol. 83, pp. 259-295.

MIELE, A.: *La cosa giudicata straniera (esecuzione e riconoscimento delle sentenze nel diritto comune europeo)*, Padua, Cedam, 1989.

MILÁNS DEL BOSCH PORTOLES, I.: "La eficacia extraterritorial de las decisiones de jurisdicción voluntaria", *RGD*, año XLIV, 1988, pp. 1.181-1.217.

- "Nota al Auto TS (Sala 1ª) de 18 de septiembre de 1986", *REDI*, vol. XXXIX, 1987(1), pp. 204-206.

MIRALLES SANGRO, P.P.: *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989.

MONEGER, F.: "La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés Franco-Algériens du 21 juin 1988", *Journ. dr. int.*, t. 116, 1989, pp. 41-62.

- "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?", *Journ. dr. int.*, t. 119, 1992, pp. 347-355.

MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A.: *Derecho jurisdiccional II (Proceso civil)*, Barcelona, Bosch, 1995.

MORELLI, G.: *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Padua, Cedam, 1954.

MOTULSKY, M.: "Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1948-1952, pp. 13-31.

MUIR WATT, H.: "Effets en France des décisions étrangères", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 584, 1990.

- "La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1994, pp. 49-62.

NEUHAUS, P.H., FALK Z.W., ANDERSON, N., DERRET, J.D.M., IYER, T.K.K., VERDIER, R.: "The Family in Religious and Customary Laws", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV, chapter 11, 1983.

NORTH, P.M. y FAWCETT, J.J.: *Cheshire and North's Private International Law*, 12ª ed., Londres, Butterworths, 1992.

OBERLOSKAMP, H.: *Haager Minderjährigenschutzabkommen*, Colonia, Carl Heymanns, 1983.

ORTIZ NAVACERRADA, S.: "Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", *Actualidad Civil*, 1996, núm. 44, pp. 957-969.

PAMBOUKIS, C.: "L'acte quasi public en droit international privé", *Rev.crit.dr.int.pr.*, t. 82, 1993, pp. 565-580.

PARKER, S.: "The Best Interests of the Child -Principles and Problems", *Int. Journ. L. P. Fam.*, vol. 8, 1994, pp. 26-41.

PARRA ARANGUREN, G.: "Explanatory Report", *Hague Conference on Private International Law. Proceedings of the Seventeenth Session (Tome II Adoption - co-operation)*, La Haya, Permanent Bureau of the Conference, 1994, pp. 539-649.

PÉREZ VERA, E.: *Derecho internacional privado*, vol. II, 4ª ed. rev., Madrid, UNED, 1993.

- "Rapport explicatif", *Conférence de La Haye de droit international privé. Actes et documents de la Quatorzième session. (Tome III. Enlèvement d'enfants)*, La Haya., 1982, pp. 426-473.

PFEIFFER, T.: *Internationale und prozessuale Gerechtigkeit (Die internationale Zuständigkeit in Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik)*, Francfort, Klostermann, 1995.

PFUND, P.H., "Intercountry Adoption: The 1993 Hague Convention. Its Purpose, Implementation and Promise", *Familiy L.Q.*, vol. 28, 1994, pp. 53-75.

PICONE, P.: *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, CEDAM,

1986.

- "I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del Diritto internazionale privato italiano", *Riv. dir. int.*, 1990, vol. LXXIII, pp. 639-691.

- "La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXXII, 1996, pp. 705-748.

PIRRUNG, J.: "Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses", *IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 182-186.

PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L.: *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1986.

- "Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria", *id.*, *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1964, pp. 585-602

RAGGI, C.G.: *L'efficacia degli atti stranieri di volontaria giurisdizione*, Milán, Giuffrè, 1941.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, t. II, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1990.

- *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, Civitas, 1978.

REMIRO BROTONS, A.: *Ejecución de sentencias extranjeras en España (La jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, Madrid, Tecnos, 1974.

RIAD, F.A.M.: *La valeur internationale des jugements*, París, Sirey, 1955.

RICHARDI, J.: *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des autonomen Rechts*, Constanza, Hartung-Gorre, 1991.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: "La filiación y los alimentos", M. Aguilar Benitez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 172-206.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995.

RODRÍGUEZ MATEOS, P.: *La adopción internacional*, Oviedo, Servicio de publicaciones de la Universidad, 1988.

- "Artículo 9.5", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart dirs.), t. I, vol. 2, 2ªed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 242-259.

- "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989", *REDI*, vol. XLIV, 1992(2), pp. 465-498.

- "Nota a la Resolución DGRN de 22 de junio de 1991", *REDI*, vol. XLIV, 1992 (1), pp. 231-234.

ROTH, H.: "Zwangsvollstreckung aus ausländischen Entscheidungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit", *IPRax*, 1988, vol. 8, pp. 75-82.

SAULLE, M.R.: "Giurisdizione volontaria (diritto internazionale)", *Enciclopedia del Diritto* (XIX), Milán, Giuffrè, 1970, pp. 455-468

SCHACK H.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2ª ed., München, Beck, 1996.

- "Anerkennung eines ausländischen trotz widersprechenden deutschen Unterhaltsurteils", *IPRax*, vol. 6, 1986, pp. 218-221.

- "Widersprechende Urteile: Vorbeugen ist besser als Heilen", *IPRax*, vol. 9, 1989, pp. 139-142.

SCHAPIRA, A.: "Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases", *R. des C.*, 1989, t. 214, pp. 127-250.

SCHURIG, K.: "Aktuelle Kernfragen der Anerkennung ausländischer Adoptionen", *IPRax*, vol. 6, 1986, pp. 221-225.

SCHUZ, R.: "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law", *ICLQ*, 1995, pp. 771-802.

SCHÜTZE, R.A.: "Die Anerkennung nichtiger Urteile", *IPRax*, 1994, vol. 14, pp. 266-268.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Artículo 1.252", M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVI, vol. 2º, Madrid, EDERSA, 1981, pp. 627-704.

- "Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria", *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 621-642.

SIEHR, K.: "Art. 19 Anh", *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 7 (*Einführungsgesetz zum BGB Internationales Privatrecht*), 2ª ed., München, C.H. Beck, 1990, pp. 1.177-1.284.

- "Art. 19 Anh. I-IV", *Münchener Kommentar zum BGB*, 2ª ed. (*Ergänzungsband 1. Lfg.*), C.H. Beck, München, 1992.

- "Art. 78", *IPRG Kommentar (Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 1. Januar 1989)*, Zürich, 1993, pp. 609-615.

SOLUS, H. y PERROT, R.: *Droit judiciaire privé*, t. I, París, Sirey, 1961.

SPELLENBERG, U.: "Abänderung ausländischer Unterhaltsurteile und Statut der Rechtskraft", *IPRax*, 1984, vol. 4, pp. 304-308.

STALEV, Z.: "Non-Contentious Proceedings and Their Development", W.H. Habscheid (Hrsg.), *Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Giesecking, 1983, pp. 253-289.

- "The Effects of Judgments as Remedies", *International Perspectives on Civil Justice (Essays in honour of J.I.H. Jacob)*, Londres, Sweet & Maxwell, 1990, pp. 169-178

STOLJAR, S.J.: "Children, Parents and Guardians", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. IV, chapter 7, 1973.

STRUYCKEN, A.V.M.: "Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1986-1987, pp. 105-133.

STURLESE, B.: "Autorité parentale (Soustraction internationale de mineurs et droit conventionnel de l'entraide judiciaire civile)", *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 549, 1994.

STURM, F.: "Neue Abkommen zum Schutz entführter Kinder (Möglichkeiten und Grenzen der Europäischen und der Haager Konvention)", *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für H. Nagel*, Munster, Aschendorff, 1987, pp. 457-473.

- "Stellungnahme zum Vorentwurf eines Übereinkommens über den Schutz von Kindern", *IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 10-14.

SWOBODA, F.: *Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, München, Heerschild, 1934.

TOSATO, G.L.: *La giurisdizione italiana nel processo volontario*, Milán, Giuffrè, 1971.

UBERTAZZI, G.M.: "Delibazione di sentenza straniera contraria ad altra italiana", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. VIII, 1972, pp. 417-431.

VAN LOON, J.H.A.: "Report on Intercountry Adoption", *Hague Conference on Private International Law. Proceedings of the Seventeenth Session (Tome II Adoption - co-operation)*, La Haya, Permanent Bureau of the Conference, 1994, pp. 11-101.

VERWILGHEN, M., CARLIER, J.Y., DEBROUX, C., DE BURLET, J.: *L'adoption internationale en Droit belge*, Bruselas, Bruylant, 1991.

VINCENT, J. y GUINCHARD, S.: *Procédure civile*, 21ª ed., París, Dalloz, 1987 (también 24ª ed, 1996.).

VIRGÓS SORIANO, M.: "Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras", E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I., 6ª ed., 1996, pp. 355-398.

- "Nota", *REDI*, vol. XXXV, 1983(2), pp. 504-511.

VOCINO, C.: "L' efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria (Diritto italiano)", *Atti del 3º Congresso internazionale di Diritto processuale civile (Venezia 12-15 Aprile 1962)*, Milán, Giuffrè, 1969, pp. 497-531.

VOLKEN, P.: "Art. 31", *IPRG Kommentar (Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 1. Januar 1989)*, Zürich, 1993, pp. 314-319.

- "Art. 65", *ibíd.*, pp. 487-491.

VOLLKOMMER, M.: *Der materielle und formelle Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit im englischen Recht (eine prozeßrechtliche Untersuchung)*, München, Diss., 1960.

VON OVERBECK, A.E.: "Anerkennung einer einfachen Adoption philippinischer Kinder durch ihren schweizerischen Stiefvater", *IPRax*, vol. 13, 1993, pp. 349-351.

VON STAUDINGER, J. (D. HENRICH, J. KROPHOLLER, J. PIRRUNG): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Kindschaftsrechtliche Übereinkommen; Art. 19 EGBGB)*, 30ª ed., Berlín, Sellier-de Gruyter, 1994.

WUPPERMANN, M.: "Die Anerkennung ausländischer einstweiliger Anordnungen des Ehestreits im italienischen, schweizer und deutschen Recht", *StAZ*, vol. 25, 1972, pp. 29-34.

ZICCARDI, P.: "Ordine pubblico e convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXXI, 1995, pp. 5-16.

ZIMMERMANN, A.: "Neuere Entwicklungen zum Verhältnis zwischen dem UN-Abkommen über die Rechte des Kindes und nationalem Familienrecht", *IPRax*, vol. 16, 1996, pp. 167-174.

JURISPRUDENCIA

ESPAÑA

Tribunal Constitucional

- Sent. 13/1981, de 22 de abril (BOE núm. 121, de 21.05.81).
- Sent. 41/1981, de 18 de diciembre (BOE núm. 12, de 14.01.82).
- Sent. 93/1983, de 8 de noviembre (BOE núm. 288, de 2.12.83).
- Sent. 98/1984, de 24 de octubre (BOE núm. 285, de 28.11.84).
- Sent. 64/1985, de 17 de mayo (BOE núm. 134, de 5.06.85).
- Sent. 43/1986, de 15 de abril (BOE núm. 120, de 29.04.86).
- Sent. 54/1989, de 23 de febrero (BOE núm. 62, de 14.03.89).
- Sent. 143/1990, de 26 de septiembre (BOE núm. 254, de 23.10.90).
- Sent. 132/1991, de 17 de junio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1991).
- Sent. 187/1996, de 25 de noviembre (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1997).
- Auto 74/1984, de 8 de febrero (JC, t. VIII, 1984, pp. 885-887).

Tribunal Supremo (Sala 1ª)

- Sent. de 5 de enero de 1935 (RAJ 195).
- Sent. de 3 de junio de 1950 (RAJ 1.014).
- Sent. de 14 de marzo de 1955 (RAJ 765).
- Sent. de 31 de marzo de 1959 (RAJ 1.527).
- Sent. de 5 de abril de 1966 (RAJ 1.684).
- Sent. de 13 de mayo de 1975 (RAJ 2.047).
- Sent. de 12 de julio de 1980 (RAJ 3.116).
- Sent. de 8 de marzo de 1991 (RAJ 2.084).
- Sent. de 21 de junio de 1991 (RAJ 4.570 y nota de S. Alvarez González en *REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 216-220).
- Sent. de 11 de junio de 1996 (RAJ 4756).
- Auto de 9 de octubre de 1926 (Año 1926, rollo 521, reproducido en A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 325-326).
- Auto de 11 de junio de 1934 (Año 1933, rollo 224, reproducido en A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 353-356).
- Auto de 7 de febrero de 1955 (Año 1954, rollo 20. Reproducido en A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 378-382).

- Auto de 7 de diciembre de 1966 (Año 1966, rollo 525, reproducido en A. Remiro Brotóns, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 421-422).
- Auto de 7 de octubre de 1971 (Año 1970, rollo 1.079, reproducido en A. Remiro Brotóns, *Ejecución...*, *op. cit.*, pp. 452-453).
- Auto de 15 de enero de 1979 (RAJ núm. 85).
- Auto de 2 de julio de 1981 (RAJ núm. 3.040).
- Auto de 19 de mayo de 1982 (CLJC, 1982, núm. 231).
- Auto de 22 de noviembre de 1982 (CLJC, 1982, núm. 473).

- Auto de 20 de abril de 1983 (RAJ 2.818, reproducido en J.D. González Campos, J.C. Fernández Rozas, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 561-562).
- Auto de 14 de julio de 1983 (reproducido en J.D. González Campos, J.C. Fernández Rozas, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 578-579).
- Auto de 1 de diciembre de 1983 (CLJC, 1983, núm. 624).
- Auto de 28 de febrero de 1984 (CLJC núm. 124).
- Auto de 13 de octubre de 1984 (RAJ 4.778).
- Auto de 8 de febrero de 1985 (RGD, 1985, año XLI, p. 2.216).
- Auto de 18 de marzo de 1985 (reproducido en J.D. González Campos, J.C. Fernández Rozas, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 632-633).
- Auto de 28 de junio de 1985 (CCJC, núm. 9, 1985, pp. 2.835-2.837, con nota de M.A. Amores Conradi, pp. 2.837-2.845).
- Auto de 18 de septiembre de 1986 (PJ, nº 3, 1986, pp. 218-219. Nota de I. Miláns del Bosch Portolés en *REDI*, vol. XXXIX, 1987, pp. 204-206).
- Auto de 15 de diciembre de 1987 (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 242-243, nota de D.P. Fernández Arroyo, pp. 243-245).
- Auto de 11 de julio de 1988 (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 245-246).
- Auto de 24 de abril de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, p. 246, nota de A. Borrás Rodríguez, pp. 247-249).
- Auto de 11 de mayo de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 203-204, nota de D.P. Fernández Arroyo, pp. 204-206).
- Auto de 15 de junio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, p. 249).
- Auto de 16 de junio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, p. 250).
- Auto de 24 de junio de 1989 (*REDI*, 1990 vol. XLII, p. 247).
- Auto de 27 de junio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, pp. 250-251).
- Auto de 19 de julio de 1989 (*REDI*, 1990, vol. XLII, p. 251).
- Auto de 20 de julio de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, p. 206).
- Auto de 25 de julio de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 206-207).
- Auto de 20 de noviembre de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 207-208).
- Auto de 14 de diciembre de 1989 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, p. 208).
- Auto de 26 de enero de 1990 (*REDI*, 1992, vol. XLIV, pp. 197-198).
- Auto de 10 de mayo de 1990 (Inédito. Recurso nº 1.519/89).
- Auto de 19 de febrero de 1991 (*REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 510-511).
- Auto de 8 de abril de 1991 (Inédito. Recurso nº 3.452/90).
- Auto de 22 de diciembre de 1993 (*REDI*, 1994, vol. XVI, pp. 320-322, nota de S.

Alvarez González, pp. 322-326).

- Auto de 27 de enero de 1994 (Inédito. Recurso nº 3.393/90).
- Auto de 16 de junio de 1994 (*REDI*, vol. XLVII, 1995 (2), p. 400, nota de R. Arenas García, pp. 400-403).
- Auto de 23 de julio de 1996 (Inédito. Asunto nº 121/96).
- Auto de 24 de septiembre de 1996 (Inédito. Recurso nº 578/94).

Otros tribunales

- Sent. Aud. Territorial de Valencia (Sala 1ª) de 24 de septiembre de 1973 (*RGD*, año XXIX, 1975, p. 854).
- Auto del Juzgado de Primera Instancia (núm. 2) de Ponferrada de 28 de septiembre de 1985 (*vid. REDI*, vol. XXXVIII, 1986(1), p. 308, con nota de S. Álvarez González, pp. 308-314).
- Sent. Aud. Territorial de Granada de 26 de junio de 1986 (*REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 315-316, nota de M. Moya Escudero, pp. 316-320).
- Sent. Aud. Provincial de Palma de Mallorca (Secc. 3ª) de 19 de marzo de 1990 (*RGD*, año XLVII, núms. 556-557, 1991, pp. 878-880, nota de A. Borrás Rodríguez, *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 507-510, p. 508).
- Auto Aud. Provincial de Oviedo de 18 de febrero de 1992 (*REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 316-317, nota de M. Moya Escudero, pp. 317-320).
- Auto Aud. Provincial de Granada (Sección 3ª) de 24 de enero de 1994 (*REDI*, vol. XVI, 1994, pp. 326-327, nota de M. Moya Escudero, pp. 327-329).
- Sent. de la Aud. Provincial de Barcelona (Secc. 13ª) de 12 de abril de 1994 (Fdto. de Dcho. 4º) (*RGD*, año LI, 1994, pp. 11.447-11.450).
- Sent. Aud. Prov. de Granada, 25 de abril de 1995 (*REDI*, vol. XLVII, 1995(2), pp. 415-416, con nota de M. Moya Escudero, pp. 416-419).

Dirección General de los Registros y del Notariado

- Consulta de 3 de septiembre de 1992 (*BIMJ*, 1994, núm. 1.652, pp. 5.772-5.773).
- Resolución de 22 de junio de 1991 (*BIMJ*, 1991, núm. 1.611, pp. 4429-4432).
- Resolución de 14 de mayo de 1992 (*BIMJ*, 1992, núm. 1.642, pp., nota de P. Rodríguez Mateos, *REDI*, vol. XLIV, 1992 (2), pp. 661-664).
- Resolución de 18 de octubre de 1993 (*BIMJ*, 1993, núm. 1.691, pp. 5.652-5.654, nota de E. Fernández Masiá, *REDI*, vol. XLVI, 1994 (1), pp. 360-362).
- Resolución de 16 de marzo de 1994 (*BIMJ*, 1994, núm. 1.706, pp. 2.349-2.351).
- Res. DGRN de 28 de abril de 1994 (*BIMJ*, 1994, núm. 1.712, pp. 3.606-3.609, nota de P. Domínguez Lozano, *CCJC*, núm. 38, 1995, pp. 436-440).
- Resolución de 4 de julio de 1994 (*BIMJ*, 1994, núm. 1.721, pp. 5.092-5.094).
- Resolución (1ª) de 1 de septiembre de 1995 (*BIMJ*, 1995, núm. 1.758, pp. 5.334-

5.336).

- Resolución (2ª) de 1 de septiembre de 1995 (*BIMJ*, 1995, núm. 1.758, pp. 5.336-5.339, nota de P. Rodríguez Mateos, *REDI*, vol. XLIII, 1996 (1), pp. 362-364).
- Resolución de 13 de octubre de 1995 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.766, pp. 145-148).
- Resolución de 25 de octubre de 1995 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.766, pp. 178-181, nota de C. Esplugues Mota, *CCJC*, núm. 41, 1996, pp. 463-474).
- Resolución de 27 de enero de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.773, pp. 2.37-2.140).
- Resolución de 1 de febrero de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.773, pp. 2.154-2.157).
- Resolución de 29 de febrero de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.775, pp. 2.503-2.506).
- Resolución de 1 de abril de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.776, pp. 2.745-2.747).
- Resolución de 22 de abril de 1996 (*BIMJ*, 1996, núm. 1.777, pp. 2.938-2.941).
- Resolución de 12 de julio de 1996 (*BIMJ*, 1997, núms. 1.788-89, pp. 113-116).
- Resolución de 16 de septiembre de 1996 (*BIMJ*, 1997, núm. 1.792, pp. 625-627).
- Resolución DGRN de 4 de octubre de 1996 (*BIMJ*, 1997, núm. 1.794, pp. 888-891).

COMUNIDAD EUROPEA

- Sent. TJCE de 4 de febrero de 1988 en el asunto C-145/86, *Hoffmann/Krieg* (*Rec.*, pp. 645-672).
- Sent. TJCE de 2 de junio de 1994 en el asunto C-414/92, *Solo Kleinmotoren* (*Rec.*, pp. 2.247-2.258).
- Sent. TJCE de 19 de octubre de 1995 en el asunto C-111/94, *Job Centre* (*Rec.*, pp. 3.382-3.388).

CONSEJO DE EUROPA

- Sent. TEDH de 8 de julio de 1987, asunto O. c. Reino Unido (*BJC* 1988-91, pp. 1.353-1.368).
- Sent. TEDH de 26 de mayo de 1994, asunto Keegan c. Irlanda (16/1993/411/490).
- Sent. TEDH de 7 de agosto de 1996, asunto Johansen c. Noruega (extracto en *Journ. dr. int.*, vol. 124, 1997, pp. 233-235).

ALEMANIA

- Decisión (*Beschluß*) del *Oberverwaltungsgericht* Münster de 22 de marzo de 1974 (*IPRspr*, 1974, pp. 531-537).
- Decisión (*Beschluß*) del *Bayerisches Obersters Landesgericht* de 3 de octubre de 1978 (*IPRspr*, 1978, pp. 437-443).
- Decisión (*Beschluß*) del *Kammergericht* de 4 de diciembre de 1979 (*IPRspr*, 1979, pp. 356-363).
- Decisión (*Beschluß*) del *Oberlandesgericht* Dusseldorf de 4 de diciembre de 1981

(*IPRspr*, 1981, pp. 508-511).

- Sent. del *Bundesgerichtshof* de 1 de junio de 1983 (*IPRax*, 1984, vol. 4, pp. 320-323).
- Decisión (*Beschluß*) del *Oberlandesgericht* de Celle de 5 de diciembre de 1990 (*IPRax*, vol. 11, 1991, pp. 258-259).
- Decisión (*Beschluß*) del *Oberlandesgericht* Hamburgo de 8 de febrero de 1990 (*IPRax*, vol. 11, 1991, pp. 191-193).
- Decisión (*Beschluß*) del *Oberlandesgericht* Braunschweig de 11 de mayo de 1993 (*IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 191-192).
- Decisión del *Amtsgericht* de Francfort de 24 de mayo de 1995 (*IPRax*, vol. 16, 1996, p. 242).

FRANCIA

- Sent. del *Tribunal de grande instance* de Grasse de 4 de enero de 1977 (*Journ. dr. int.*, vol. 104, 1977, pp. 857-862, con nota de D. Mayer, pp. 862-864).
- Sent. *Cour de Cassation* (1re Ch. civ.) de 30 de enero de 1979 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 68, 1979, pp. 629-631, con nota de Y. Lequette, pp. 631-635).
- Sent. del *Tribunal de grande instance* de París de 5 de diciembre de 1979 (*Journ. dr. int.*, t. 109, 1982, pp. 138-139, con nota de P. Kahn, pp. 145-148, pp. 145-146).
- Decisión del *Juge aux affaires matrimoniales de Toulouse* de 9 de junio de 1985 (reproducida en *La sustracción...*, *op. cit.*, pp. 275-278).
- Sent. *Cour de Cassation* (1re Ch. civ.) de 6 de enero de 1987 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 77, 1988, pp. 337-339, con nota de Y. Lequette, pp. 339-346).
- Sent. *Cour de cassation* (1re Ch. civ.) de 10 de julio de 1990 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 80, 1991, pp. 757-759).
- Sent. *Cour de Cassation* (1re Ch. civ.) de 8 de diciembre de 1993 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, t. 83, 1994, pp. 553-554, con nota de H. Muir Watt, pp. 554-557).

ITALIA

- Sent. *Corte di Casazione* de 8 de agosto de 1990 n. 8061 (*Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, vol. XXVII, pp. 1.032-1.037).
- Sent. *Corte di Cassazione* de 7 de septiembre de 1991 (*Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXVIII, 1992, pp. 559-564).

SUIZA

- Decisión (*arrêt*) del *Tribunal fédéral* de 14 de abril de 1987 (*Ann. suisse dr. int.*, vol. XLIV, 1988, pp. 463-468).
- Sent. *Tribunal Fédéral* de 27 de agosto de 1991 (*RSDIE*, vol. 2, 1992, pp. 203-208, nota

Pedro A. De Miguel Asensio
Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, Madrid, Eurolex, 1997
ISBN: 84-89176-29-9. Páginas: 296

de A. Bucher, pp. 208-212).

- Sent. Tribunal Fédéral de 13 de enero de 1994 (*Journ. dr. int.*, vol. 123, 1996, pp. 710-711).