

DIVORCIOS EXTRANJEROS SIN INTERVENCIÓN JUDICIAL: PRÁCTICA DEL TRIBUNAL SUPREMO

por

Javier Carrascosa González

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

SUMARIO: I. *Divorcios no judiciales y divorcios privados*. 1. Concepto. 2. Clases. 3. Problemas jurídicos que plantean. II. Divorcios privados extranjeros: situación en Derecho internacional privado comparado. III. Divorcios privados extranjeros: situación en España. 1. Perspectiva jurídica: "Derecho aplicable" *versus* "efectos de resoluciones extranjeras". 2. Orden público internacional y "no intervención de autoridad pública". 3. Orden público internacional y *repudio unilateral*. 4. Orden público internacional y *divorcio revocable*. IV. Conclusiones.

I. *Divorcios no judiciales y divorcios privados*.

1. El tema de la eficacia en España de los llamados "divorcios no judiciales" se halla de actualidad debido a la proliferación de resoluciones dictadas, en relación a los mismos, en el período 1996-1998 por el Tribunal Supremo español. De esta manera, España entra en el círculo de países occidentales que, desde hace ya varios años, han tenido que afrontar esta problemática propia del Derecho internacional privado.

2. Con la expresión "divorcios no judiciales" se hace referencia a todos aquellos modos de disolución del matrimonio *inter vivos* que tienen lugar sin intervención de un "juez": comprenden, por tanto, los divorcios contractuales, -por simple y mutuo consentimiento de las partes-, los "divorcios administrativos", y los "divorcios religiosos". Se trata de un modo de disolución del matrimonio *inter vivos* desconocido en Derecho español.

"*En los cinco continentes del mundo, las personas se casan, poseen bienes, intercambian sus servicios, fallecen...*", escribían ya hace tiempo H. BATIFFOL y P. LAGARDE¹. Las reglas del Derecho español sobre "disolución del matrimonio" no son más que una posible respuesta *jurídica* a un fenómeno *social*; otros legisladores ofrecen soluciones legales *distintas* a la misma realidad.

3. Sin embargo, la categoría "divorcios no judiciales" engloba supuestos de divorcio muy diferentes entre sí. Un primer acercamiento, -que atiende al "carácter" de la intervención de la

¹ H. BATIFFOL Y P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol.I, 8ª ed., París, LGDJ, 1993, pp. 474-490.

autoridad en el divorcio-, desvela, en el interior de los llamados "divorcios no judiciales", dos grandes grupos de casos.

1º) Existen ciertos "divorcios no judiciales" que, en su estructura, son idénticos a los tradicionales "divorcios judiciales" del Derecho Occidental. Lo que cambia es, únicamente, la "autoridad" que interviene para dictar el divorcio: no es un *órgano jurisdiccional* sino otra *autoridad pública* -notarios, órganos administrativos, autoridades públicas y a la vez religiosas etc.-. Estos *falsos divorcios privados* no presentan aspectos de gran interés para el DIPr. Basta realizar una operación de "equivalencia funcional" entre la "autoridad extranjera" y la "autoridad judicial". Es un mero cambio de autoridad, pero las funciones de ambas permanecen: la autoridad no judicial extranjera pronuncia una *resolución constitutiva de divorcio*, tal y como lo haría un juez. Es, en esencia, un divorcio pronunciado por autoridad pública extranjera. Que sea o no una autoridad jurisdiccional es un dato menor. Por ello, el tratamiento legal de estos "falsos divorcios privados" debe ser el mismo que se dispensa al "divorcio judicial extranjero" (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, C. PAMBOUKIS)². Ejemplos de este proceder no falta: *vid.* Sent. Cour Cassation francesa de 17 abril 1953, caso *Rivière*, y en España, ATS 17 septiembre 1996, ATS 20 enero 1998, ATS 1 octubre 1996, ATS 19 noviembre 1996, ATS 12 mayo 1998, ATS 23 julio 1996, ATS 21 abril 1998.

2º) Interesa, por el contrario, desvelar el régimen jurídico de aquellos "divorcios no judiciales" conocidos como *divorcios privados*, y que presentan tres notas distintivas (C. PAMBOUKIS): a) Se llevan a cabo sin intervención de un tribunal o autoridad pública que "dicta" formalmente una resolución constitutiva de divorcio: en el caso de que intervenga tal autoridad, no desarrolla una función *constitutiva*, sino meramente *presencial* o *fedataria* de la voluntad de las partes; b) No se ajustan a un "procedimiento contencioso" o "contradictorio", tal y como se conoce en el Derecho europeo occidental; c) Para acordar este divorcio privado no es preciso que exista *causa divortii* prevista en la Ley: basta la simple voluntad de la/s parte/s³.

Estos *divorcios privados* suelen corresponderse con conceptos de "matrimonio" muy

² Sobre la "equivalencia funcional" en relación con el problema de la calificación de frente a "instituciones desconocidas", y en torno al problema de la "equivalencia de autoridades", *vid.* A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, Granada, Comares, 1999, pp. 312-313; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Art.12.1 Cc.", *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp.842-880; H.BATIFFOL / P.LAGARDE: *DIPrivé*, 1993, pp.480-490; H. BATHIFFOL: "Réflexions...", 1967, pp.169-188; E. RABEL: "Das Problem der Qualification", *RabelsZ.*, 1931, pp.241-288 y *RCDIP*, 1933, pp.1-19; H. LEWALD: "Regles générales...", 1939, pp.67-72; B.AUDIT: "Le caractere fonctionnel...", 1984, pp.219-398.

³ La literatura jurídica sobre el fenómeno de los *divorcios privados* y el DIPr. es ya muy extensa en la doctrina extranjera. Las referencias básicas pueden obtenerse, entre otros, en J. BASEDOW: "La reconnaissance...", 1978, pp.470-494; R.V. BÉNATTAR: "L'ordre public et la reconnaissance...", 1973, pp.187-202; Id.: "Problèmes relatifs au droit international...", 1967, pp.1-111; Id.: "L'évolution récente du droit international privé...", 1969, pp.17-36; J.Y. CARLIER / M. WERWILGHEN (dirs.): *Le statut personnel des musulmans...*, 1992; C. CAMPIGLIO: "Matrimonio poligámico e ripudio...", 1990, pp.853-908, con especial atención a las experiencias jurisprudenciales de Alemania, Reino Unido, Bélgica y Francia; J.Y.CARLIER: "La reconnaissance de Belgique des répudiations unilatérales...", 1985, pp.102-115; Id.: "Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance...", 1991 pp.165-172; P. COURBE: "Le divorce international: premier bilan...", 1988/1989, pp.123-140; F. CRISTIANI: "In tema di ordine pubblico...", 1990, pp.951-960; A.DAVÍ: "Separazione personale", *EdD*, 1989, vol.XLI, pp.1412-1434, con especial atención a los *Separation Agreements* previstos en distintas Leyes de los diferentes *States* de USA; F. DURANTE: "Problèmes contemporains du divorce...", 1976, pp.1-78; C. BERNARD: "Les problèmes posés par la demande d'exequatur...", 1977-1978, pp.59-77; P. DECROUX: "La convention franco-marocaine du 10 août...", 1985, pp.49-101; J. DÉPREZ: "Droit international privé et conflits...", 1988, pp.9-372; Jean FOYER y Jacques FOYER: "Divorce et séparation...", 1968, pp.620-634; H.GAUDEMET-TALLON: "Divorce...", 1988; Id.: "La désunion du couple...", 1991, pp.80-119, con perfiles críticos sobre la jurisprudencia francesa; R.H. GRAVESON: "La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance...", 1972, pp.543-566; P. LAGARDE: "La théorie de l'ordre public international face à...", 1993, pp.263-282; C.RIMINI: "Il ripudio innazi...", 1992, pp.55-69; F.PASTORE: "Famiglie immigrate e diritti...", 1993, pp.73-117; F.BOULANGER: *Droit civil de la famille...*, 1994, pp.522-530; F.MONÉGER: "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations...", 1992, pp.347-355; F.STURM: "Personnes, famille et successions dans la loi...", 1987, pp.58-59.

diferentes a la tradicional institución matrimonial propia del Derecho occidental, como sucede en el caso del matrimonio islámico (H. BATIFFOL / P. LAGARDE, J.Y. CARLIER, F. WALI, L.PRUVOST, V. REMY, M.A. AMORES CONRADI)⁴.

4. El *divorcio privado* aparece como una alternativa muy cercana al "Derecho de contratos". Una opción privada, -a disposición de los cónyuges-, capaz de alterar el estado civil de los mismos. Ello encaja, curiosamente, con el proceso de "privatización" del matrimonio que se verifica en la actualidad. Sintoniza también, igualmente, con la decadencia del tradicional *modelo institucional* del matrimonio hasta ahora predominante, al que corresponde un modelo de divorcio con base en una *causa divortii* legalmente establecida, que debe ser decretado formalmente por autoridad pública, y que debe seguir un procedimiento contradictorio. En este sentido, ciertos Derechos no europeos han tomado la delantera al Derecho occidental, al acoger desde hace ya décadas un divorcio más privatizado y menos institucional.

5. No obstante, los Derechos de los países occidentales caminan también, hoy día, en la misma dirección: el sistema legal tiende a "privatizar" al máximo el divorcio. Varios datos lo demuestran: a) Admisión progresiva e imparable del *divorcio por mutuo consentimiento*, con especial relevancia en los países anglosajones. En dicho modelo de divorcio, el papel de la autoridad jurisdiccional se reduce al mínimo; b) Más allá de ello, en la actualidad, se están considerando otras opciones. En este sentido, algunos países europeos están analizando la posibilidad de instaurar, -junto al "divorcio institucional o jurisdiccional"-, un "divorcio privatizado", lejos de los tribunales y en las manos exclusivas de las partes. En dicho contexto puede enmarcarse la "Propuesta de divorcios rápidos" realizada por la Ministra francesa de Justicia, que se llevarían a cabo en las alcaldías, como modalidad de "divorcio desjudicializado" (*dEP* 13 diciembre 1997, p.13); c) El reconocimiento de ciertos efectos legales a las parejas de hecho y la correlativa facilidad de "deshacer" dicho vínculo mediante "acuerdos privados", apuntala la tendencia contractualista y privatizada de las relaciones interpersonales. La apuesta parece clara: menos tribunales, menos procedimiento, más autonomía privada en la regulación del matrimonio y de su crisis.

6. Los "divorcios privados" presentan problemas de complejidad notable en los casos internacionales. Antes de abordarlos, sin embargo, es preciso anotar tres *datos previos*.

7. 1º) Estos "divorcios privados" no son ya casos *aislados y exóticos*. Son supuestos cada vez más frecuentes, no sólo los divorcios acordados en país extranjero y cuya validez se pretende en España, sino los acordados *directamente* en nuestro país, visto el espectacular crecimiento de las cifras de inmigrantes extranjeros procedentes del Maghreb en ciertas zonas de España, y en

⁴ H. BATIFFOL / P. LAGARDE: *DIPrivé I*, 1993, pp.485-489; J.Y. CARLIER: "La reconnaissance en Belgique...", 1985, pp.102-115; Id., "Volonté, ordre public et fraude dans...", 1991, pp.167-168; F. WALI: *Islamic Law on Marriage...*, 1990, p.2; L.PRUVOST: *Le contrat de mariage...*, 1988, pp.5-7; V. REMY: *La répudiation*, en J.Y.CARLIER / M. VERWILGHEN: *Musulmans...*, 1989, pp.65-68; en nuestra doctrina, M.A. AMORES CONRADI: "Nota a la Res.DGRN de 4 diciembre 1991, (BIMJ, núm.1672, 1992, pp.1035-1039)", *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp.229-230: "el matrimonio en los ordenamientos musulmanes resulta tan radicalmente distinto -en sus condiciones de existencia, en sus efectos- a su supuesto equivalente en países como España, que el empleo de un mismo sustantivo resulta engañoso" (...) Nada debiera extrañar la admisibilidad de, al menos, determinados efectos de esos repudios". Vid. también las informaciones relativas a los matrimonios islámicos en las modalidades permitidas por la *Shari'a*, que dan cuenta de la abismal diferencia de dicho modelo de matrimonio en relación al occidental (*dEM*, 15 enero 1997, p.22). Igualmente, considérese la lejanía del modelo occidental del matrimonio musulmán con autorización del *Wali* (guardián), sin cuyo permiso no es válido, propio de Pakistán, aunque discutido por ciertas autoridades judiciales de dicho país; no menos original es el matrimonio "por horas" conocido como *Sigheh*, y previsto en la *Shari'a* (*dEP* 11 marzo 1997, p.25).

particular, en Andalucía. La práctica reciente del TS entre los años 1996 y 1998 muestra las cifras crecientes de estos "divorcios privados" en España: ATS 23 julio 1996, ATS 17 septiembre 1996, ATS 20 enero 1998, ATS 21 abril 1998, ATS 23 junio 1996, ATS 16 julio 1996, ATS 24 septiembre 1996; ATS 23 julio 1998; ATS 4 febrero 1997; ATS 7 julio 1998; ATS 7 julio 1998.

8. 2º) Los divorcios privados surten efectos en varios planos. No obstante, el efecto perseguido por las partes, normalmente, es el *efecto constitutivo*. De este modo, se pretende que tales divorcios sean válidos en España a fin de que los sujetos divorciados recuperen la *capacidad nupcial* y puedan volver a contraer matrimonio con otras personas. Pues bien, a tal efecto, el divorcio privado debe acceder al Registro Civil español, haciendo así prueba de los actos inscritos en los términos del importante art.2 LRC.

Los actos que pueden acceder al Registro Civil los fija el Derecho español (art.15 LRC). Los "soportes documentales" que tienen acceso a dicho Registro los establece también el Derecho español, en virtud del principio de *aplicación de la Ley del país del que depende el Registro* (F. RIGAUX)⁵. No obstante, el DIPr. español fija los requisitos que deben cumplir los divorcios reflejados en los soportes documentales extranjeros presentados para su inscripción en Registros españoles. También el DIPr. español establece las exigencias que deben satisfacer los documentos mismos aportados. A la hora de valorar los requisitos de los "actos a inscribir", - divorcios-, es posible que nuestras normas de conflicto remitan ciertos aspectos a un Derecho extranjero.

En sintonía con lo dicho, debe recordarse que acceden al Registro Civil español: a) Las *sentencias extranjeras* que hayan ganado el *exequatur* en España: art.83 RRC; b) También acceden al Registro Civil español los *documentos públicos extranjeros* que cumplan con una serie de requisitos, de fondo y forma, fijados en el art.81 RRC.

9. 3º) No todos los "divorcios privados" previstos por las Leyes extranjeras presentan la misma naturaleza. Por ello, y para responder correctamente a los interrogantes que plantean, debe diferenciarse según el *tipo* de "divorcio privado" de que se trate.

2. Clases.

10. No todos los "divorcios privados" presentan los mismos caracteres y alcance. Por ello, es conveniente distinguir varios tipos de "divorcios privados", atendiendo a dos criterios.

11. 1º) Desde el prisma de la *formación de la voluntad de divorcio*, cabe señalar la existencia de dos modalidades básicas.

a) *Acuerdos bilaterales de divorcio* entre las partes, fruto de la común autonomía de la voluntad de los esposos. Es el caso de ciertos ordenamientos asiáticos, como el Derecho tailandés, -Código civil de 1935-, el Derecho japonés, y el Derecho coreano. También existe en Derecho cubano un divorcio privado que se lleva a cabo ante notarios. Igualmente, en Derecho musulmán, se conocen ciertas formas bilaterales de divorcio por mutuo consentimiento (*khula*). Debe añadirse a este grupo el Derecho israelí, que regula el *gueth* o "carta de divorcio" que el

⁵ F.RIGAUX, "Acte", *E.Dalloz DI*, París, 1968, pp. 18-33; Id., "La loi applicable á la forme des actes juridiques", *Liber Amicorum Adolf Schmitzer*, Ginebra, Georg, 1979, pp. 381-393.

marido dirige a la esposa, puesto que recientemente convertido en procedimiento "bilateral" (T. BALLARINO)⁶.

b) *Repudios* propios de los ordenamientos de inspiración musulmana, de carácter, normalmente, unilateral. El esposo, basándose exclusivamente en su voluntad, repudia a la esposa, cuyas pretensiones no son tenidas en cuenta de ningún modo. Estos repudios previstos en el Derecho musulmán presentan los siguientes caracteres generales⁷: 1º) En el Derecho musulmán clásico, el repudio opera como un modo de disolver el vínculo conyugal en virtud de la *voluntad exclusiva* del varón (S. MERNISSI). No existe el concepto de "causas de divorcio / repudio", "procedimiento judicial de divorcio / repudio" o "declaración judicial de divorcio / repudio". Posteriormente, la Ley anuda ciertas consecuencias, sobre todo patrimoniales, a los motivos del repudio. Como se ha dicho, el repudio suele operar únicamente por iniciativa del *varón*. Sin embargo, existen, en Derecho musulmán, ciertos casos en los que se permite a la esposa tomar la iniciativa o incluso "asentir" a la petición del varón. Así se aprecia, *ad ex.*, en la *Muslim Family Law Ordinance 1961* de Pakistán. Todo lo más, se cita a la esposa o se exige su *presencia*, como sucede en el recientemente reformado Derecho marroquí (art.48 del Código de estatuto personal marroquí y art.179 del Código de procedimiento civil, reformados por *Dahir* de 10 septiembre 1993). Esta reforma tiene como objetivo, sin duda, aumentar las posibilidades de *validez* del repudio unilateral en países europeos que exigen un "procedimiento contradictorio" del repudio. Posteriormente el repudio puede registrarse por el *Adul* (S. MERNISSI); 2º) Numerosos ordenamientos jurídicos de raíz confesional islámica sólo reconocen como forma de disolución *inter vivos* del vínculo matrimonial, el repudio unilateral conocido como *talaq* (J.G. COLLIER, L. PRUVOST); 3º) El repudio tiene carácter *revocable* durante un plazo de tiempo concreto, conocido como *Idda*. Transcurrido dicho plazo, el divorcio deviene irrevocable. En ciertos supuestos, bajo circunstancias especiales, puede ser, desde un primer momento, irrevocable. Sin embargo, también existen casos, -sobre todo en los ordenamientos inspirados en la "Escuela musulmana malekita"-, en los que el repudio es "pactado" por los cónyuges mediando una compensación por parte de la esposas (*khol / khula*). Algunos de estos supuestos han sido afrontados por la jurisprudencia italiana (*vid.* el análisis de F. PASTORE).

12. 2º) Desde el ángulo de la intervención de autoridad externa" en el divorcio, cabe distinguir las siguientes variantes:

a) *Divorcios privados de tipo puro*. Estos divorcios son los acordados por las partes, -o los decididos por el varón unilateralmente-, sin intervención de ninguna autoridad, como si fuera un mero contrato privado (Sent.Cassation francesa, 1^{re} civ. de 25 febrero 1986⁸). En algunas ocasiones, interviene en esta modalidad de *divorcio privado*, una autoridad que no tiene carácter público, sino *privado*, por ejemplo, una autoridad exclusivamente religiosa. Pero su

⁶ T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 2ª ed., PAdova, Cedam, 1996, pp. 432-436.

⁷ El análisis de las disposiciones materiales de los Derechos que admiten los *divorcios privados* lo realizan, entre otros, J.G. COLLIER: *Conflicts*, 1994, pp.325-327; P.MAYER: *DIPr.*, 1994, pp.381-382; J.Y. CARLIER: *Autonomie de la volonté...*, 1992, pp.345-353; F. PASTORE: "Famiglie immigrate e diritti...", 1993, pp.73-117; F. BOULANGER: *Droit civil de la famille...*, 1994, pp.522-530, L. PRUVOST: *Le contrat de mariage...*, 1988, pp.5-7; V. REMY: *La répudiation*, en J.Y.CARLIER / M.VERWILGHEN: *Musulmans en Belgique...*, 1989, pp.65-68; F.WALI: *Islamic Law on Marriage...*, 1990, y muy especialmente, aunque referido exclusivamente a los ordenamientos de raíz islámica, C. BERNARD: "Les problèmes posés par la demande d'exequatur...", 1977-1978, pp.59-77. *Adde* AA.VV. (Ed. A. BORRÁS RODRÍGUEZ / S. MERNISSI), *El Islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998.

⁸ *RCDIP*, 1987, p.103.

intervención es meramente "presencial": *asiste* al acto privado de divorcio que llevan a cabo los cónyuges, sin tomar ninguna "decisión" al respecto.

b) *Divorcios privados "visados" por autoridades públicas extranjeras*. Se trata de divorcios acordados por los cónyuges o decididos unilateralmente por el varón, pero que aparecen "visados" por una autoridad pública, o que desarrolla "funciones públicas". Se trata, normalmente, de *notarios* o equivalentes, pero también es frecuente que se trate de "autoridades religiosas" en países confesionales, pues en dichos Estados, tales autoridades ostentan el doble carácter de autoridades "religiosas" y "civiles" (públicas). Por ello desarrollan, como es lógico, funciones religiosas y públicas al mismo tiempo. Ahora bien: debe dejarse bien claro que la intervención de estas autoridades suele tener un carácter muy restringido: se limitan a intervenir a efectos "meramente fedatarios". Dichas autoridades *dan fe* de la voluntad de las partes, o del varón, sin adoptar decisión alguna. Simplemente, hacen constar el acuerdo de los cónyuges en "documento público" - "acta notarial", "acta de repudio" o semejante-.

3. Problemas jurídicos que plantean.

13. La posible validez en España de un "divorcio privado / contractual" encuentra cuatro obstáculos relevantes, cuyo análisis debe efectuarse por separado:

1º) *¿Se trata de una cuestión de "validez de decisiones extranjeras" en España, o más bien, de "Ley aplicable al divorcio privado"?*

2º) *¿Es posible admitir la validez en España de los "divorcios privados" a pesar de que en dichos acuerdos no interviene, de modo constitutivo, ninguna "Autoridad pública" o una "autoridad judicial"?*

3º) *¿Es factible admitir la validez en España de los "divorcios privados" aun cuando en la muchos de estos supuestos se otorga una primacía indiscutible a la posición jurídica del varón sobre la que corresponde a la esposa -"repudio unilateral"-? ¿O dicha concepción obliga a intervenir al orden público internacional español?*

4º) *¿Cabe otorgar el reconocimiento y exequatur a las resoluciones extranjeras que conceden divorcios privados que presentan un carácter revocable por propia voluntad de los esposos, o por el contrario, ello impide acordar su validez en España?*

II. Divorcios privados extranjeros: situación en Derecho internacional privado comparado.

14. Antes de abordar la situación de la práctica española de frente a los divorcios privados, es conveniente realizar un muy sucinto repaso de la actitud frente a los mismos de los ordenamientos jurídicos de algunos países de nuestro entorno. Como se verá, el balance es claro: en la actualidad, por unas razones o por otras, existe una actitud "reacia" a la admisión de la validez en Europa de los divorcios no judiciales acordados por sujetos cuya Ley nacional les permite esta posibilidad.

15. a) *Italia*. En este país se ha producido una progresiva y muy significativa evolución de la jurisprudencia. Hasta los años 70 no se permitía el reconocimiento de divorcios que afectaban a italianos y que no hubieran sido dictados en el extranjero en base a causas similares a las admitidas en la Ley italiana. A finales de los años ochenta, la situación cambia y se acepta netamente el *exequatur* de sentencias extranjeras de divorcio que acuerdan el divorcio por

mutuo consentimiento, incluso referidas a italianos (Sent.Cass. de 10 noviembre 1989, Sent. Cass. de 19 abril 1991⁹), sin duda por influjo del Convenio de La Haya de 1 junio 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos, en vigor para Italia desde 1986.

Sin embargo, se niega el reconocimiento / *exequatur* de divorcios privados por considerar que vulneran el orden público internacional italiano, en base a dos motivos: 1º) Se exige que todo divorcio haya sido dictado por un órgano jurisdiccional, por lo que se rechaza el *exequatur* del divorcio pronunciado por autoridades religiosas (Sent.CA Milano de 26 mayo 1989), o administrativas (Sent. Cass. 12 mayo 1979)¹⁰; 2º) Se exige que en el procedimiento llevado a cabo en el Estado de origen se hayan respetado los principios de igualdad entre los cónyuges, lo que no concurre en el caso del repudio musulmán (CA Roma de 29 octubre 1948, Sent. Cass. de 5 diciembre 1969)¹¹. Ello lleva a resultados injustos, como el de la mujer, italiana, que solicitó a su marido ser repudiada en país islámico, a fin de recuperar su capacidad nupcial: así se hizo, pero el repudio no se consideró válido en Italia debido a su carácter unilateral (CA Roma de 29 octubre 1948)¹².

16. b) Francia. La mayor parte de los divorcios privados se consideran "actos privados", y son objeto de aplicación de las reglas de *conflicto de Leyes*, no de reconocimiento de resoluciones extranjeras (P. MAYER). Sólo cuando constan en documentos públicos (*acte quasi-public*) o en sentencias judiciales, se tratan desde el prisma de la validez extraterritorial de decisiones. Varias etapas pueden distinguirse en la actitud de la jurisprudencia gala, como expone P. COURBE:

1º) Desde 1975, los repudios musulmanes comienzan a considerarse conformes al orden público internacional francés si constaba el consentimiento de la esposa al mismo, por analogía con el "divorcio por mutuo consentimiento" dictado en "procedimientos bilaterales y contradictorios" de divorcio.

2º) Posteriormente, la *Cassation* dio un paso más y admitió la regularidad del repudio al constar que la esposa pudo hacer valer sus pretensiones y medios de defensa jurídicos (*Cassation*, 1º civ. de 18 diciembre 1979)¹³. Algo, de todos modos, extraño a la institución del repudio islámico clásico, que suele ser "unilateral".

3º) Todavía de forma más audaz, la *Cassation*, dejando sentir la influencia del Convenio franco-marroquí de 10 agosto 1981, admitió la regularidad del repudio incluso cuando la esposa no hubiera tenido presencia alguna en el procedimiento, -que es lo más frecuente-, siempre que se cumplieran tres condiciones: a) Que como consecuencia del repudio la esposa hubiera obtenido "garantías pecuniarias suficientes"; b) Que el repudio se hubiese ajustado a la *Ley nacional de los cónyuges*; c) Que el repudio no fuese reversible, sino definitivo.

4º) Un paso atrás se da como consecuencia de las críticas a la etapa anterior, exigiéndose ahora que la esposa haya tenido oportunidad de hacer valer sus derechos de defensa (F. MONÉGER, S. ADLEEB, P. LAGARDE)¹⁴: Sent.Cass. 1º civ. de 6 junio 1990)¹⁵. Es una

⁹ RDIPP, 1990, p.997 y RDIPP, 1992, p.382.

¹⁰ RDIPP, 1990, p.669 y *Foro It.*, 1979, p.1366.

¹¹ F. Padano, 1949, p.348 y RDIPP, 1970, p.868.

¹² F. Padano, 1949, p.348.

¹³ RCDIP, 1981, p.597.

¹⁴ En torno a la actual posición hostil de la jurisprudencia francesa sobre la cuestión, *vid.* F. MONÉGER: "Vers la fin de la reconnaissance des

salida poco realista, pues el repudio islámico, normalmente, es intrínsecamente unilateral y la posibilidad de "hacer valer los derechos de defensa" por parte de la mujer bien puede no existir de ningún modo.

5º) Nuevo paso atrás: siguiendo la estela del Protocolo núm.7 de 22 noviembre 1984 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950, la *Cassation* afirma tajantemente que todo repudio acordado en el extranjero cuyo procedimiento no haya sido bilateral o contradictorio, no puede surtir efectos en Francia. No basta la "mera presencia" de la esposa, pues el procedimiento sigue siendo *unilateral*: Sent.Cass. 1^{er} civ. de 1 junio 1994, Sent.Cass. 1^{er} civ. de 31 enero 1995, Sent.Cass. 1^{er} civ. de 11 marzo 1997¹⁶. Con esta reciente postura, la jurisprudencia francesa parece condenar todo repudio musulmán unilateral (Ph. KAHN).

17. c) Alemania. El Derecho alemán ha experimentado numerosos cambios de tendencia. No obstante, niega radicalmente los efectos del divorcio privado extranjero si la esposa ostenta nacionalidad alemana, caso en el que exige "bilateralidad" del procedimiento. Por otro lado, se niegan todos los efectos en Alemania a los divorcios privados acordados en territorio alemán.

18. d) Bélgica. Prevalece una tendencia contraria a admitir efectos en Bélgica de divorcios privados acordados en el extranjero. El argumento utilizado es el "poder unilateral exclusivo del esposo" presente en estos repudios musulmanes (Cour Bruxelles, 30 junio 1981)¹⁷. Esta línea parece seguirse por la Cour de Cassation belga en sent. de 11 diciembre 1985, al estimar que el repudio marroquí se dictó sin respetar los "derechos de defensa" (J.Y. CARLIER)¹⁸.

19. e) Reino Unido. Tradicionalmente, el Derecho inglés negó eficacia a estos divorcios privados, precisamente por su carácter extrajudicial. Sin embargo, a principios del siglo XX ya existen casos de reconocimiento de estos divorcios no judiciales, exigiéndose para ello que se ajustasen a las "reglas básicas generales" sobre reconocimiento de divorcios, básicamente, a la regla según la cuál los esposos debían estar domiciliados en el país donde el divorcio tiene lugar. Tras la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973, y la *Family Law Bill* de 1986, nuevas reglas, mucho más restrictivas, aparecen claras¹⁹: a) Se niega la validez de un divorcio no judicial verificado en las Islas Británicas, incluyendo los divorcios obtenidos en embajadas y consulados; b) Para proceder a dar validez al divorcio no judicial obtenido en el extranjero (*overseas*), se exige que las partes se hallen domiciliadas en dicho país (*jurisdictional test*) y que se haya seguido un "procedimiento" (*due proceeding*). Y se entiende por tal (CHESIRE & NORTH) el "acto o conjunto de actos conducentes al divorcio en el país donde el divorcio se obtiene y que es reconocido en dicho país como un divorcio efectivo, y que desemboca en un

répudiations...", 1992, pp.352-355. Vid. S. ADLEEB, "Mariages mixtes...", 1996, p.239-256; P.LAGARDE: "La théorie de l'ordre public international...", 1993, pp.263-282.

¹⁵ RCDIP, 1991, p.593.

¹⁶ RCDIP, 1995, p.103; RCDIP, 1995, p.569; Dalloz, 1997, p.400.

¹⁷ JDI, 1984, p.370

¹⁸ J.Y. CARLIER, "La reconnaissance des répudiations", RTDF, 1996/2, pp.131-140.

¹⁹ CHESIRE & NORTH, *Private International Law*, 1992, pp. 664-686; A.W. SCOTT, *Private International Law*, M & E Handbooks, UK, 1978, pp. 172-175.

certificado oficial de divorcio". La intervención de una "autoridad" a efectos meramente "fedatarios" no implica que el divorcio revista "carácter oficial", y por tanto se niega su validez.

Ello lleva, básicamente, a dos proposiciones: a) Se rechazan todos los divorcios por mutuo consentimiento o unilaterales que carecen de reglas de procedimiento bilaterales pre-establecidas, lo que explica el rechazo del "talaq simple" procedente de Dubaï (Sent. *Family division* de 5 marzo 1982, *Zaal vs. Zaal*)²⁰, del divorcio por contrato o por mero consentimiento propio del Derecho thailandés (HL, *Ratachai vs. Ratachai*, 1960), y del divorcio consensual previsto en ciertas costumbres chinas (HL, *Lee vs. Lau*, 1967); b) Sólo se admiten los divorcios no judiciales cuando se trata de "falsos divorcios privados", en los que se observa un procedimiento legal y alguna autoridad pública, -no necesariamente judicial-, preside el acto y dicta una resolución formal de divorcio (*Russ vs. Russ*, 1962).

20. f) Estados Unidos. En ciertos Estados (New York), sólo se admiten divorcios pronunciados judicialmente en el territorio del mismo, pero es una tendencia que no impide otros approaches por parte de otros Estados cuyas leyes carecen de normas escritas tan estrictas (A.A.EHRENZWEIG, E.JAYME)²¹, como ocurre en ciertos Estados en relación con los divorcios según costumbres tribales indias. La gran liberalización habida en la legislación interna de los Estados Unidos facilita el reconocimiento en dicho país de divorcios no judiciales, siguiendo reglas similares a las del Derecho británico: basta que los esposos estén domiciliados en el país donde se obtiene el divorcio no judicial. La regla se corrige denegando el reconocimiento si el divorcio afecta a ciudadano norteamericano, mediante un férreo control de la competencia "judicial" internacional.

21. g) Países Bajos. Se aprecia una tendencia liberal tras la Ley de 1981: se dan efectos a los divorcios privados extranjeros si la esposa ha dado su consentimiento expreso o tácito al mismo (V. POLAK).

III. Divorcios privados extranjeros: situación en Derecho internacional privado español.

1. Perspectiva jurídica: Derecho aplicable *versus* efectos de resoluciones extranjeras.

22. En estos casos, el tratamiento de la cuestión, dentro del DIPr., depende del tipo de "divorcio privado" de que se trate.

23. 1º) Divorcio privado de tipo puro. Este divorcio, sin intervención alguna de autoridad pública, no puede ser tratado como lo que no es. No se trata de una "resolución" que acuerda el divorcio y pronunciada por una "autoridad pública". Ya se acuerde en España o en el extranjero, la validez de este "divorcio-contrato" debe ser afrontada desde el prisma del sector del "Derecho aplicable" (*conflicto de leyes*) (C. PAMBOUKIS, P. MAYER). Tal "divorcio privado" será, pues, *válido*, sólo si se ajusta a lo prevenido en la Ley aplicable al mismo según nuestras normas de DIPr., a salvo, naturalmente, una intervención del orden público internacional español (art.12.3 Cc.). La validez de este divorcio privado se sujeta al art.107.I Cc. y no al art.107.II Cc. -limitado exclusivamente a los efectos en España de *sentencias* extranjeras de divorcio y

²⁰ *JDI Clunet*, 1988, pp.823-825, y *nota* de K. LIPSTEIN.

²¹ A.A.EHRENZWEIG, E.JAYME, *Private International Law II, Special Part*, A.W.Sijthoff, Leiden, 1973, pp.170-184.

separación judicial-.

Es, por tanto, una cuestión de "Derecho aplicable" o "conflicto de leyes" (F. SCHWIND, P. MAYER, P. COURBÉ)²², salvo que un Convenio internacional determine lo contrario, -como ha ocurrido en el DIPr. francés a través de los Convenios firmados con Marruecos y Argelia- (P. DECROUX).

Ahora bien: estos "divorcios privados" puros, aun válidos en cuanto al fondo (art.107.I Cc.) y en cuanto a la forma (art.11 Cc.), presentan graves problemas para surtir *efectos constitutivos* en España. Para ello, deben acceder al Registro Civil y alterar la "realidad registral". Y sólo los *documentos públicos* tienen acceso a dicho Registro: art.81 RRC. Es, pues, una "victoria sin alas", un divorcio válido, sí, pero que no surte efectos en España, pues no puede inscribirse en el Registro Civil español. Si el *divorcio privado puro* consta en *documento privado*, éste no accederá al Registro Civil español: art.81 RRC *a contrario*. De nada servirá a las partes acordarlo según su "Ley nacional", ya en España, ya en país extranjero, si posteriormente no despliega efectos en España al no poder constar en el Registro. Debido a su escasa *efectividad internacional*, este tipo de divorcio privado no es muy frecuente (P. COURBE).

24. 2º) Divorcio privado "visado" por autoridades públicas extranjeras. El divorcio privado consta en un *documento público* otorgado ante autoridad extranjera -notario extranjero, cónsul extranjero, etc.-, autoridad que se limita a dar fe de la voluntad de las partes y a documentarla. Para lograr la validez de estos divorcios en España, se perseguirá la inscripción del documento en el Registro Civil español. La óptica a adoptar no es ya la del "Derecho aplicable", sino la de la *eficacia constitutiva* de los actos que constan en "documentos públicos extranjeros". Pues bien, ello es posible, porque el art.81 RRC lo permite, siempre que el matrimonio se hallare previamente inscrito en el Registro civil español, -e incluso en caso contrario, supuesto en el que antes, habrá de instarse la inscripción del matrimonio, si procede (art.15 LRC)-.

Para acceder al Registro civil, debe observarse el art.81 RRC. El precepto exige que el documento público extranjero reúna, cumulativamente, dos tipos de exigencias (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²³: (a) El divorcio contenido en el documento público debe ser *válido conforme a las normas españolas de DIPr*. En otras palabras: el divorcio privado debe permitirse por la Ley designada por el art.107.I Cc. -Ley aplicable al fondo-, y art.11 Cc. -Ley aplicable a la forma-; (b) El documento público debe presentarse con la correspondiente *legalización y traducción* (arts.86 y 88 RRC y arts.600-601 LEC). La normativa registral permite que el documento público acceda al Registro Civil español, con la ventaja que ello supone de cara a la prueba del divorcio e incidencia en el estado civil de la persona. Sólo presenta un inconveniente: el documento público extranjero válido en España no puede ser objeto de "reconocimiento procesal", -al contrario de lo que afirman erróneamente dos autores españoles-, por lo que no surte efectos de cosa juzgada, con el riesgo, -remoto, ciertamente, pero posible-, de "repetición del proceso" de divorcio en España.

²² F. SCHWIND: "Le divorce en droit...", 1966, p.455; P.COURBE: "Divorce et séparation...", 1998; P. MAYER, *Droit international privé*, 1994, pp.381-382: "no se trata de dar efectos a una decisión extranjera dictada por un juez extranjero (...); el acto emana de una o dos personas particulares, y no puede producir efectos sino en la medida en que la Ley designada por la norma de conflicto se los confiere". En la práctica francesa, *vid.* Sent. Cour Cassation Civ. de 3 noviembre 1983, *Rohbi*, RCDIP, 1984, pp.325-331, con *nota* de I. FADLALLAH, y más especialmente, Sent.Cour Cassation Civ. de 25 febrero 1986, RCDIP, 1987, pp.103-107. Con este planteamiento, los divorcios judiciales y los "no judiciales" se ven sujetos al mismo régimen, debido al "control de la Ley aplicable" que en Francia persiste en relación a las resoluciones judiciales extranjeras que afectan al estado y capacidad de los ciudadanos franceses. *Vid.* Sent. Tribunal Grande Instance de Paris de 27 septiembre 1990, RCDIP, 1992, pp.91-96, con *nota* de Y. LEQUETTE.

²³ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, Granada, Comares, 1999, pp. 313-316.

El recurso a la "normativa registral" es la solución que siguió nuestro TS en relación a la validez en España de un "acta o declaración de separación" realizada por dos sujetos marroquíes en su país y "autenticada" por *autoridades notariales* de dicho país (ATS 18 septiembre 1986). El TS afirmó que la "separación privada" podía alcanzar efectos en España, y que para ello no era vía adecuada el *exequatur*: bastaba que el documento reuniese las exigencias que requiere la legislación registral: validez del acto conforme a nuestras normas de DIPr., -lo que llevaba a afirmar la aplicación de la Ley marroquí *ex art.107.I Cc.-*, y legalización y traducción del documento (arts.600-601 LEC): *"...Es competente a todas luces el Derecho sustantivo marroquí, de quien es súbdita la peticionaria, quien en territorio de ese reino nació, contrajo matrimonio y se separó, residiendo allí ininterrumpidamente... (...) [el estado civil de la persona] viene regido por la Ley personal, sin necesidad de declaración judicial (...) los documentos otorgados en país extranjero tienen el mismo valor en juicio que los autorizados en España si reúnen los requisitos del art.600 LEC y siempre que se acompañe la traducción prevenida por el siguiente art.601 LEC"*²⁴.

Cuestión diferente será comprobar si un divorcio privado que consta en documento público infringe el orden público internacional por no haber sido "pronunciado" por autoridad pública en el ejercicio de sus funciones "constitutivas", o por otras razones. En dichos supuestos, no accedería al Registro Civil español, pues el límite de ajuste al orden público internacional español subsiste en los casos de acceso al Registro de documentos públicos extranjeros.

25. 3º) Divorcios privados "intervenidos" por autoridad pública. En estos casos, una autoridad pública, -o que desarrolla funciones públicas-, interviene no como "fedataria" del acto, sino como garante de la aplicación correcta del Derecho regulador del divorcio. Su intervención se asemeja claramente a la del órgano jurisdiccional español que dicta una sentencia de divorcio. Por ello, su tratamiento legal en DIPr. debe ser similar: es un "falso divorcio privado". Esta es la práctica que ha seguido el TS en el período 1996 / 1998. El régimen aplicable es, pues, el del *exequatur* puro y duro: arts.951-958 LEC. El TS español ha sostenido esta tesis, si bien con argumentos distintos según varios grupos de casos:

a) Un primer conjunto de supuestos comprueba que el divorcio se ha formalizado ante "notarios", pero en seguida se advierte que posteriormente intervino un "juez", -o equivalente-, que comprobó el ajuste del divorcio a Derecho y confirió efectos "constitutivos" al mismo. Es la posición mantenida por el ATS 17 septiembre 1996 (R.2908 [1998]), en relación con un divorcio privado pronunciado en Marruecos ante notarios, y del que se solicita *exequatur* ahora en España por parte de la que fuere demandada, -o equivalente-, en tal país. En el fondo, el TS evita el problema de la *cualidad* de la autoridad interviniente en el divorcio privado: *"No se ha de ver obstáculo a lo anterior el hecho de que el divorcio se haya instado ante los Adules, quienes extienden el acta (...) pues en seguida se advierte sobre la subsiguiente homologación del acta así extendida por el Juez Notarial Cadí adscrito al correspondiente tribunal, en funciones jurisdiccionales, de donde se sigue que el proceso ha contado con la intervención de una autoridad jurisdiccional que ha dotado de eficacia constitutiva al acto"*. Al haber "intervención judicial", puede aplicarse el régimen de *exequatur* (art.951 LEC). Como se ha dicho, se trata de un caso de "falso divorcio privado": la intervención posterior del juez acerca este tipo de divorcio al modelo propio del Derecho occidental.

b) Un segundo grupo de casos, mucho más interesantes, aparece cuando en el "divorcio privado" no interviene posteriormente, ninguna autoridad judicial. A su vez, pueden

²⁴ Vid. ATS 18 septiembre 1986, PJ, 1986, núm.3 pp.218-219, REDI, 1987, vol.XXXIX, pp.204-206 y *nota* de I. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLES.

diferenciarse dos "grupos de casos":

(1) *Divorcios privados procedentes de países cuyo Derecho es de inspiración musulmana.* Existen distintos autos del TS que se enfrentan con "actas de divorcio notariales" procedentes de países islámicos y en las que no interviene posteriormente ninguna autoridad judicial. La postura del TS es clara. El "documento de divorcio" puede acceder al régimen del *exequatur* previsto en los arts.951-958 LEC si los notarios (adules) que intervienen en el mismo lo hacen no como meros fedatarios, sino como autoridades que revisten al acto de *fuera constitutiva*, velando por la correcta aplicación del Derecho que fuere aplicable. Lo dice el ATS 23 julio 1998 (R.5337), en relación con un divorcio acordado por adules notarios en Marruecos, con estas palabras: "*No se ha aportado el informe exigido sobre el carácter de las funciones de los Adules autorizantes (...) Ocurre así, pues, que no se ha probado, de una parte, la condición de autoridad judicial o de funcionario público revestido de «imperium» en los Adules autorizantes del acto, que, por demás, presenta las notas de un acuerdo privado entre los cónyuges en el cual la intervención de aquéllos aparece como un requisito formal traído por el ordenamiento jurídico aplicable al fondo del asunto para homologar, sancionar o prestar algún tipo de autenticidad al acto, pero sin que su decisión -si la hubo- produjera efecto constitutivo alguno en el estado civil de los esposos (...)*". La misma idea se transparenta en el ATS 23 julio 1996 (R.2907 [1998]). Más sospechoso es el ATS 21 abril 1998 (R.3563), que de frente a un divorcio pronunciado por notarios en Egipto, ni siquiera se plantea el carácter con el que el notario interviene en el acto y lo da por bueno. El ATS 7 julio 1998 (R.6088) simplemente declara la incompetencia del TS haber entrado en vigor el Convenio hispano-marroquí de 1997.

(2) *Aplicación del Derecho cubano.* En Cuba está previsto, junto al divorcio judicial, el "divorcio privado ante notarios". El TS había denegado el *exequatur* en estos casos en los ATS 13 junio 1995, ATS 8 abril 1996 y ATS 7 mayo 1996. *Argumentum:* el divorcio no había sido pronunciado por "autoridad judicial" o "autoridad pública extranjera" que hiciera sus veces, por lo que su reconocimiento en España se estimaba contrario al "orden público internacional" (art.954.3º LEC). Estos pronunciamientos incurren en un error claro: si las resoluciones extranjeras no constituyen "sentencias extranjeras" o equivalentes, los arts.951-958 LEC son, sencillamente, *inaplicables*, y por tanto, no puede decirse que contravengan al orden público internacional recogido en el art.954.3º LEC. Debería acudir a "otras vías" para apreciar si la resolución extranjera puede o no producir efectos en España.

Este criterio fue, afortunadamente, abandonado en el ATS 1 octubre 1996 (inédito). A éste han seguido otros muchos: ATS 4 febrero 1997 (R.5341), ATS 19 noviembre 1996, ATS 12 mayo 1998 (R.4344), ATS 20 enero 1998 (R.2667). Estos autos adoptan una posición muy clara: según el Derecho cubano, -que el solicitante de *exequatur* debe probar-, el notario realiza "funciones equivalentes" a las que un juez español desarrolla en casos de divorcio. Por tanto, el *exequatur* es la "vía procedimental adecuada" para "dar efectos en España" a dicha resolución notarial. Y además, no existe obstáculo de "orden público internacional" para su *exequatur*. Este caso es también un supuesto de "falso divorcio privado", pues éste se asemeja en su esencia al divorcio occidental, produciéndose, exclusivamente, un cambio de "autoridades" (juez por notario).

Las palabras del ATS 20 enero 1998 son claras: "*...del tenor del Derecho cubano parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos al ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo. De esta suerte, no cabe desconocer en la intervención notarial la*

existencia de un cierto ejercicio de funciones de homologación de la voluntad de las partes traídas del ordenamiento de origen, que atribuye a los fedatarios competencias en tal materia, al parecer de manera exclusiva, de modo que no puede decirse que el divorcio así obtenido repugne al orden público interno, concepto éste que se ha ido desarrollando hasta cobrar un contenido netamente constitucional, comprensivo de los principios jurídicos y derechos constitucionalmente consagrados, lo cual posibilita el reconocimiento de la escritura notarial que lo declara, en línea con la postura mantenida por la Sala ante casos en los que, como el presente, no interviene un órgano jurisdiccional en su concesión sino una autoridad o funcionario de distinto orden con competencia para ello de acuerdo con el ordenamiento de origen". Adde los términos del ATS 4 febrero 1997 (R.5341): "...a la vista de lo establecido en el Decreto-ley número 154 de la República de Cuba, sobre el Divorcio Notarial, que la parte promovente en aquella ocasión había probado debidamente en el seno del procedimiento de homologación, y que ahora también se trae al presente, mediante copia legalizada del Diario Oficial de la República de Cuba en donde se recoge la referida disposición normativa. En ella se dispone que el divorcio procederá por escritura notarial cuando exista mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmediatos, y no se emita por el Fiscal dictamen en contrario, en su caso (art. 1), al cual deberá el Notario dar traslado de la solicitud cuando a juicio de éste los acuerdos de los cónyuges o sus modificaciones posteriores atenten contra los intereses de los hijos comunes menores o cuando pretendan deferir la patria potestad sobre ellos en favor de uno solo de los padres (art. 5) (...) por demás, se establece que la escritura notarial que declare el divorcio tendrá fuerza ejecutiva directa e inmediata a todos los efectos legales a partir de su fecha (art. 9). A la vista de tales previsiones normativas, (...) parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento (...) lo cual posibilita el reconocimiento de la escritura notarial que lo declara, en línea con la postura mantenida por la Sala ante casos en los que, como el presente, no interviene un órgano jurisdiccional en su concesión sino una autoridad o funcionario de distinto orden con competencia para ello de acuerdo con el ordenamiento de origen".

La posición que mantiene este segundo grupo de autos del TS, -tanto en relación con divorcios cubanos como en relación con repudios musulmanes-, es la conocida teoría de la "equivalencia funcional", seguida en la práctica francesa (P. MAYER). Los notarios cubanos despliegan, en relación al "divorcio privado", y según el Derecho de su país, *funciones similares* a las que en España desarrollan los órganos jurisdiccionales. *Ergo*, en el fondo, se trata de un mero cambio de "autoridad competente" y de *nomen juris* de dicha autoridad. Cada país determina qué autoridades son competentes para pronunciar divorcios, lo que debe ser respetado. De este modo, la decisión adoptada por los notarios extranjeros debe ser considerada como una "decisión extranjera" similar a una *resolución judicial*, de modo que el régimen jurídico de los efectos que pueda surtir en España es el mismo que el DIPr. español dispone para las *sentencias extranjeras*: el *exequatur* de los arts.951 ss LEC. Pero ambos casos son supuestos de "falsos divorcios privados".

26. ¿Es correcta esta *equiparación* que el TS realiza entre los presuntos divorcios privados extranjeros con los "divorcios judiciales"? Existen dudas razonables al respecto. En efecto, el Derecho cubano, la intervención constitutiva de los notarios se reserva a los aspectos en los que existan menores o no haya acuerdo entre las partes. En los demás supuestos, los notarios operan

como meros "documentadores" de la voluntad de las partes. Sin embargo, el TS otorga un "tratamiento uniforme" a todos los casos y resuelve estos casos de la forma más cómoda: visto que los notarios *pueden intervenir* con funciones constitutivas, todo divorcio cubano se equipara a un divorcio judicial extranjero. En el fondo, el TS "cierra los ojos" ante la realidad del *divorcio privado*. Y ojos que no ven, corazón que no siente: sin hacerse más preguntas, el TS indica que la vía correcta a seguir es la del *exequatur*.

En relación con los repudios musulmanes, el TS también mantiene una postura equívoca: en algunos casos cierra la puerta del *exequatur* de los arts.951 ss LEC al estimar que los verdaderos "divorcios privados" no son decisiones de autoridad pública, lo que es correcto. Pero en otros, prefiere no escrutar en qué calidad interviene el *adul*, y sin cuestionarse nada al respecto, hace aplicables a auténticos *divorcios privados*, el régimen de los arts.951 ss LEC (ATS 21 abril 1998 [R.3563]).

2. Orden público internacional y "no intervención de autoridad pública".

27. El hecho de que el "divorcio privado" suponga una disolución del matrimonio no declarada por "autoridad pública" o por "sentencia judicial", y que se presente, a lo sumo, "visado" por una autoridad pública, hace albergar temores de que pudiera despertar de su letargo al "orden público internacional español" (art.954.3º LEC, art.600.3º LEC), e impedir que el reconocimiento / *exequatur* de la resolución extranjera o el pase de la misma al Registro Civil.

En efecto, el art.89 Cc. indica que: "*La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza [...]*".

28. La exigencia, en Derecho español, -como sucede igualmente en otros Estados europeos-, de que el divorcio sea declarado por una *Autoridad judicial* obedece a varias causas (F. BOULANGER, J.M. BISCHOFF)²⁵: necesidad de *cohesión social* de sociedades hoy de inmigración, control exhaustivo de las Autoridades sobre el estado civil de los particulares, lucha contra "grupos de poder" o "sociedades paralelas", -como las Iglesias y Confesiones religiosas, o en casos extremos, sectas de fines oscuros-, persecución del fraude de Ley, refuerzo del principio de no-confesionalidad del Estado, etc.

Por ello, en Francia, Alemania y otros países, existen pronunciamientos judiciales que han negado la eficacia en ambos países de los divorcios privados dictados por autoridades religiosas o acordados, sin más, entre las partes. La lectura restrictiva del Convenio de La Haya de 1 junio 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos, -que fue entendido como un Convenio que exigía el seguimiento de un "procedimiento" judicial o similar en el país extranjero: arts.2 y 6-, ha incidido en la jurisprudencia de varios países europeos, -Reino Unido y Alemania, básicamente-, aun cuando no haya sido, formalmente, "Derecho en vigor" en tales Estados (K. LIPSTEIN)²⁶.

²⁵ F. BOULANGER: *Droit civil...*, 1994, pp.522-523; J.M. BISCHOFF: "Le mariage polygamique...", 1980, pp.91-103; Id.: "Nota a la Sent.Cour Cassation de 15 junio 1982", *RCDIP*, 1983, pp.300-306.

²⁶ El estado del DIPr. comparado sobre la cuestión lo sintetizan F.BOULANGER: *Droit civil...*, 1994, pp.522-526; R.BENATTAR: "Problèmes relatifs au droit international privé...", 1967, pp.45-59; Id.: "L'ordre public et la reconnaissance...", 1973, pp.187-202; H. GAUDEMET-TALLON: "Divorce...", 1988; Id.: "La désunion du couple...", 1991, pp.9-206; C. RIMINI: "Il ripudio innanzi ad un tribunale...", 1992, pp.55-69; R.H. GRAVESON: "La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance...", 1972, pp.543-566; P.LAGARDE: "La théorie de l'ordre public international face...", 1993, pp.263-282; muy profundamente, C. CAMPIGLIO: "Matrimonio poligamico e ripudio...", 1990, pp.853-908, a juicio de la cual, de frente al repudio pronunciado en el Estado del foro, "*il riconoscimento è stato quasi unanimemente negato, in virtù del principio del monopolio dei giudici*

29. Frente a una intervención del orden público internacional por este motivo, se han sostenido varios *argumentos de raíz social*²⁷:

1º) Los sujetos nacionales de Estados en los que no existe otro modo de divorcio que el "divorcio privado" se ven sometidos a un *tribunal extraño*, alejado del concepto mismo de matrimonio y divorcio que sostiene su Ley nacional común, que es, por otro lado, la que rige su "estatuto matrimonial" (F. BOULANGER).

2º) La falta de "igualdad de trato" entre nacionales de países europeos y nacionales de países cuyos ordenamientos admiten el divorcio privado. En efecto: mientras que los primeros pueden divorciarse en el extranjero según las formas previstas en su Ley nacional, -*ad ex.* dos españoles en Marruecos pueden divorciarse ante autoridad judicial-, los nacionales de países que admiten el divorcio privado no pueden hacerlo en los países donde viven y trabajan -*ad ex.* dos marroquíes en España, que no podrían divorciarse "privadamente"- . Estos últimos deben acomodarse a "formas extrañas de divorcio" o regresar a su país para lograr allí el divorcio, lo que no es justo ni equilibrado (J.Y. CARLIER).

30. También existen varios *argumentos jurídicos* que permiten sostener la no intervención del orden público internacional contra el reconocimiento / *exequatur* de resoluciones dictadas sobre la base de Leyes extranjeras que admiten un divorcio sin intervención de "autoridad pública".

31. 1º) En materia de "forma de celebración del matrimonio", cuando una Ley extranjera regula la forma de celebración del matrimonio, cabe admitir una "forma privada" prevista en tal Derecho extranjero, aunque que no requiera la participación de un "funcionario autorizante del matrimonio". Esta circunstancia no debe impedir el acceso del matrimonio al Registro Civil español (art.15.I *in fine* LRC). Además, la "actividad probatoria" del hecho, -matrimonio-, debe regirse por la "Ley extranjera" cuya *forma consensual* de celebración del matrimonio han elegido los cónyuges, debido a la "*íntima relación entre forma y prueba del acto. Lo que implica la admisión de aquellos medios de prueba previstos por el ordenamiento extranjero aplicable a la forma, incluida, en su caso, la posesión de estado (que será medio de prueba relevante en el supuesto del matrimonio consensual)*", en palabras de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS²⁸.

Recientemente, la DGRN ha dado muestras, además, de una apertura de criterios a formas de celebración del matrimonio *puramente consensuales*, sin intervención de "funcionario autorizante". Es el caso de la RDGRN [1ª] 2 enero 1998²⁹. En el caso de un matrimonio entre sujetos de nacionalidad china celebrado en China según las costumbres admitidas en la Ley de dicho país, que no requieren "autorizante del matrimonio": "*Si no hay propiamente autorizante del matrimonio por la Ley china y si ésta no exige la intervención de testigos, no hay motivo para exigir el cumplimiento de requisitos no exigidos por la legislación competente y para*

nazionali in ordine allo scioglimento del vincolo matrimoniale".

²⁷ J.Y. CARLIER: *Autonomie de la volonté...*, 1992, pp.345-353; F. BOULANGER: *Droit civil...*, 1994, pp.522-525.

²⁸ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, parte especial*, Madrid, 1995 Eurolex, pp. 309-310.

²⁹ BIMJ, 1 agosto 1998, núm.1826, pp.1932-1934.

aplicar en este punto la Ley española". Sigue el mismo criterio la RDGRN [3ª] 2 enero 1998³⁰. Se trataba de un matrimonio celebrado en la India entre ciudadanos indios. La DGRN lo considera válido aunque no consta que haya intervenido "autorizante" de tal matrimonio ni testigos del enlace, pero *"la validez de ese matrimonio hindú para la legislación india es una consecuencia que se deduce de la certificación acompañada"*. Se abandona así, la práctica anterior, muy censurable, que negaba validez en España al enlace matrimonial consensual contraído en el extranjero³¹.

En otras palabras: sólo cuando la Ley rectora de la forma del matrimonio es la *Ley española*, se exige la presencia de una *Autoridad* que debe certificar la celebración del matrimonio (arts.62 y 63 Cc.), certificación que constituye "título para la inscripción". Cuando la Ley rectora de la forma del matrimonio no es la Ley española, cabe admitir una forma privada de celebración del matrimonio, aun cuando en el Derecho Civil español tal "matrimonio informal" se desconoce.

Del mismo modo, y paralelamente, sólo cuando la Ley española es aplicable a la separación o divorcio, deberá también observarse el art.89 Cc. Es decir: sólo en dicho supuesto, el divorcio o separación debe ser declarado por *sentencia judicial*, que produce efectos desde el momento de su firmeza. El art.89 Cc. no se aplicable cuando la Ley rectora del divorcio / separación no es la Ley española³².

32. 2º) El art.89 Cc. no es una "norma material imperativa" / "norma de orden público" / "norma de aplicación necesaria". La razón es de fácil entendimiento. El art.50 Cc. acepta la validez en España de un matrimonio "celebrado" con arreglo a una forma consensual / privada / "por contrato" / *by habitation and reputation*, sin que intervengan en modo alguno los arts.62 y 63 Cc. a título de "normas materiales imperativas": se deja operar libremente a la Ley extranjera. No se ve, entonces, por qué no ha de suceder de la misma manera cuando se trata de la disolución *inter vivos* del matrimonio llevada a cabo a través de un "acto privado". De tal modo, -y pese a la opinión errónea de algún autor español-, tampoco el art.89 Cc. debe *interferir* en el normal funcionamiento del art.107 Cc. y de las normas que regulan el acceso de documentos auténticos otorgados en el extranjero al Registro civil español. No debe olvidarse, -como hace, por el contrario, algún autor de la doctrina española-, que el art.89 Cc. es una norma de *Derecho*

³⁰ BIMJ, 1 agosto 1998, núm.1826, pp.1938-1940.

³¹ RDGRN 3 julio 1996, (BIMJ, núms.1784/85 de 1 noviembre 1996, pp.3747-3748), relativa a un matrimonio celebrado en Bombay; RDGRN 12 abril 1996, (BIMJ núm.1777 de 1 julio 1996, pp.2912-2915), relativa a la inscripción de un matrimonio celebrado en Marruecos.

³² Es distinta la postura sostenida en este particular por el DIPr. francés: en dicho ordenamiento la *intervención exclusiva* de la jurisdicción civil en la celebración del matrimonio y en la disolución del mismo comporta la ineficacia en Francia de todo "divorcio privado" acordado en dicho país. El argumento utilizado es el "orden público internacional" francés: no se da eficacia a ninguna Ley extranjera que permita un repudio o divorcio "sin intervención judicial" (Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL: *Droit International Privé*, 1994, pp.349-353; Sent. Tribunal Civ. Seine de 26 marzo 1956, RCDIP, 1958, pp.329-332, nota de L.LAMPUÉ, sentencia crítica con la intervención del orden público internacional; a su favor, claramente, Sent.Cour d'Appel de Paris 7 julio 1959, RCDIP, 1960, pp.354-358 y nota de Y. LOUSSOUARN; Sent. Cour d'Aix en Provence de 21 enero 1981, RCDIP, 1982, pp.297-299 y nota de P.LEGIER y P. MESTRE). En el DIPr. francés, el carácter rígido de la regla *Locus regit actum* en materia de forma de celebración del matrimonio obliga a que todo matrimonio celebrado en territorio francés se lleve a cabo mediante las formas previstas en la Ley francesa, -que exigen obligatoriamente la intervención de funcionario público francés-. Es lógico que se exija con el mismo nivel la intervención de autoridad pública en el caso de los divorcios / separaciones que se producen en Francia. Sin embargo, en relación con los divorcios privados acordados en el extranjero, la exigencia de intervención de autoridad pública derivada del orden público internacional, está muy atenuada, lo que ha ocurrido en nombre de los "efectos atenuados" del orden público internacional, de los "derechos adquiridos"... Esta "diferencia de tratamiento" entre divorcio privado acordado en Francia, -ineficaz-, y divorcio privado acordado en el extranjero, -eficaz-, ha suscitado críticas muy severas, como la de Y.LOUSSOUARN / P.BOUREL: *Droit International Privé*, 1994, pp.349-353, I.FADLALLAH: "Vers la reconnaissance...", 1981, pp.17-34, que la tachan de escasamente "multicultural".

civil interno, profundamente ligada a la *concepción española* de los "modos formales" de disolución del matrimonio, y por tanto inaplicable cuando se trata de "divorcios privados" alcanzados con arreglo a un ordenamiento extranjero.

33. 3º) El orden público internacional en materia de divorcio viene articulado, en Derecho español, alrededor del art.85 Cc. Por ello resulta interesante el ATS 17 septiembre 1996. En el mismo, el TS alude al citado art.85 Cc. y al *favor divortii*: rechazar los efectos en España de un "divorcio extranjero" por el motivo de que no haber sido pronunciado por "autoridad pública", sería vulnerar un principio básico vertebrador de este sector. De este modo, expresa el ATS 17 septiembre 1996 (R.2908 [1998]): *"La conformidad con el orden público español -en sentido internacional- es plena: el art.85 Cc. establece la posibilidad de divorcio cualesquiera que sean la forma y tiempo de celebración del matrimonio. No se ha de ver obstáculo a lo anterior el hecho de que el divorcio se haya instado ante los Adules, quienes extienden el acta (...)*.

34. Sin embargo, la práctica del TS en relación con la cuestión tiene, aquí, dos caras diferentes.

1º) Un grupo de autos considera que el hecho de que el divorcio no haya sido dictado en virtud de *sentencia judicial*, o declarado por autoridad pública con efecto constitutivo, no "activa" el orden público internacional español. Así, en el curso del proceso de *exequatur* que desembocó en el ATS 24 septiembre 1996, el Ministerio Fiscal se opuso al mismo al entender que el divorcio no constaba en sentencia judicial extranjera, lo que impedía acudir a los arts.951-954 LEC. Pero no cuestiona que el hecho de que el divorcio no conste en sentencia judicial sea contrario al orden público internacional español. Lo mismo hace el TS, que aunque denegó, por otro motivo, el *exequatur* solicitado, nada objeta al hecho de que el divorcio haya sido pronunciado por "autoridad pública". Criterio similar se observa en los ATS 23 junio 1996 y ATS 16 julio 1996.

2º) Un segundo grupo de autos del TS entiende que debe intervenir una autoridad pública en la declaración del divorcio. En caso contrario, el "divorcio privado" vulnera el orden público internacional español. Encabeza este grupo de autos, por su importancia, el ATS 23 julio 1998 (R.5337): *"No se ha probado, de una parte, la condición de autoridad judicial o de funcionario público revestido de «imperium» en los Adules autorizantes del acto, que, por demás, presenta las notas de un acuerdo privado entre los cónyuges en el cual la intervención de aquéllos aparece como un requisito formal traído por el ordenamiento jurídico aplicable al fondo del asunto para homologar, sancionar o prestar algún tipo de autenticidad al acto, pero sin que su decisión -si la hubo- produjera efecto constitutivo alguno en el estado civil de los esposos"*. Este Auto sigue la estela del ATS 6 febrero 1996. A *sensu contrario*, otros autos del TS dan a entender, igualmente, que para no vulnerar el orden público internacional es preciso que el divorcio haya sido "pronunciado" por autoridad pública, y no simplemente "visado" o "presenciado" por la misma: ATS 20 enero 1998, ATS 23 julio 1998 (R.5337), ATS 23 julio 1996 (R.2907 [1998]), ATS 21 abril 1998 (R.3563), ATS 13 junio 1995, ATS 8 abril 1996, ATS 7 mayo 1996, ATS 1 octubre 1996, ATS 4 febrero 1997 (R.5341), ATS 19 noviembre 1996, ATS 12 mayo 1998 (R.4344), ATS 20 enero 1998 (R.2667). La "teoría de las equivalencias" juega un papel fundamental en este aspecto: el TS acepta la validez en España de divorcios no judiciales si ha intervenido "otra autoridad pública" con funciones equivalentes a las que, en España, desarrollan los jueces en el proceso judicial de divorcio: velar por la correcta aplicación del ordenamiento jurídico.

35. ¿Qué postura es la correcta? A tenor de lo expuesto *supra*, existen poderosos argumentos

para admitir los efectos en España de estos divorcios privados, -sin intervención de autoridad pública-, y para no desenfundar la larga y afilada espada del orden público internacional. Ello sintoniza con el proceso de *privatización y des-juridificación* del matrimonio que está experimentando el Derecho occidental y también el Derecho español, que apunta, cada vez con mayor fuerza, a la admisión de "formas privadas" y "no-solemnes" de celebración y disolución del matrimonio.

Un dato más debe añadirse: por definición, -y a pesar de los errores que los que el TS recaee-, los divorcios privados se contienen, normalmente, en "documentos públicos". Para que éstos accedan al Registro Civil español deben cumplir las condiciones requeridas por el art.81 ss RRC, entre las que se halla el ajuste al "orden público internacional". Una aplicación estricta de la jurisprudencia mayoritaria del TS en la materia, les cierra este acceso, puesto que tales repudios y "divorcios contractuales" no han sido intervenidos por autoridades públicas en ejercicio de funciones que suponen "imperium".

3. Orden público internacional y *repudio unilateral*.

36. Ciertos autores sostienen que el hecho de que el "divorcio privado" reviste una forma radicalmente *unilateral*, -lo que es frecuente en casos de repudios regulados por el Derecho musulmán-, hace *ex ipsa natura sua*, que dicho repudio no pueda surtir efectos en España por vulnerar los principios fundamentales de nuestro Derecho. El orden público internacional español impediría tales efectos. En efecto, una lectura de la *letra legal* de estos ordenamientos ofrece un panorama claro: el varón dispone de "prevalencia jurídica": en ocasiones es el único que puede instar el repudio, mientras que a la mujer tan sólo se le da traslado de dicha decisión unilateral (S. ADLEEB). Como se ha avanzado, y tal como subraya P. HÅMMJE, en la actualidad, el DIPr. francés sigue escrupulosamente esta tesis (Sent.Cass. 1^{er} civ. de 1 junio 1994, Sent.Cass. 1^{er} civ. de 31 enero 1995, Sent.Cass. 1^{er} civ. de 11 marzo 1997)³³.

37. Frente a esta postura, -que supone una lectura "europeísta" de los derechos humanos-, parece más indicado recordar ciertos aspectos que llevarán a concluir que el mero hecho de que en las Leyes extranjeras que permiten el "divorcio privado" se conceda una posición de ventaja al varón no supone que, *en concreto*, en *todos* los supuestos en los que deba darse efectos a un divorcio (repudio) dictado en base a esas reglas, el "resultado" sea contrario al orden público internacional español. Varios argumentos apuntalan esta posición:

1º) Es el *resultado* de la *aplicación* de la normativa extranjera lo que debe vulnerar los principios básicos de nuestro Derecho matrimonial, no el contenido abstracto de la Ley extranjera que permite el "divorcio privado". Los datos de hecho son relevantes en el caso concreto (R. GEIMER). En no pocas ocasiones, es la ex-esposa la que insta en España el reconocimiento / *exequatur* del divorcio privado obtenido en país extranjero. Ello hace pensar que la denegación del *exequatur* supondría una denegación del *jus nubendi* de la ex-esposa, persona presuntamente perjudicada por la regulación discriminatoria de la Ley extranjera. La intervención del orden público internacional, en frecuentes casos concretos, puede "ahondar en la discriminación", lo que debe rechazarse. Este argumento puede extraerse, *obiter dicta*, del ATS 21 abril 1998, que admite el *exequatur* y no hace intervenir al orden público internacional, -por causa distinta a la aquí debatida-, basándose en que, entre otros argumentos, en que no se

³³ RCDIP, 1995, p.103, RCDIP, 1995, p.569, Dalloz, 1997, p.400.

debe "elevar el formalismo de principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del *exequatur* se recibiría la sentencia con ese mismo contenido".

2º) La intervención del orden público internacional debe ser, como es sabido, *excepcional*. Ello es proyectable de modo especial en esta materia, visto que el principio *favor divortii* constituye un eje básico de nuestro Derecho matrimonial tras la Constitución de 1978. Sólo debe impedirse la validez en España del divorcio obtenido en el extranjero si ello vulnera *manifiestamente* un principio básico de nuestro Derecho matrimonial, en el caso de especie.

3º) Muchos de estos supuestos de "divorcios privados" se hallan particularmente alejados de la esfera española: divorcios obtenidos en el extranjero entre extranjeros. Debe, pues, operar la cláusula *Inlandsbeziehung*, -exigencia de fuerte "contacto" con el foro español-, para que esté justificada una mayor intervención del orden público internacional español. Según indica P. LAGARDE, cuando la esposa repudiada es nacional del país del foro, concurre un fuerte contacto con dicho país, y la intervención del orden público internacional está más justificada. Esta tesis se sigue en Francia (G. van HECKE) y en Alemania (D. HENRICH). También se ha observado en el Convenio franco-marroquí de 10 agosto 1981. P. LAGARDE ha propuesto sin embargo, que se exija, para una menor intervención de la excepción del orden público internacional, que la mujer repudiada sea nacional del Estado del foro y además, tenga su residencia en dicho país. Con ello, la actuación del orden público internacional eliminará los efectos de un repudio inconciliable con el Derecho de los países occidentales, pero al mismo tiempo, se respetaría el Derecho musulmán, aplicable en ciertos casos "alejados del foro". En todo caso, cabe recordar que cuando opere el orden público internacional contra el repudio islámico, las partes pueden acudir a otros modos de disolver el vínculo acogidos en las Leyes de inspiración musulmana.

En todo caso, la cuestión no está cerrada: M.L. NIBOYET-HOEGY ha subrayado que esta interpretación supone una injusticia para las mujeres que ostentan la nacionalidad de un país islámico. Por ello, se han propuesto alternativas radicales al orden público internacional: posibilidad de elección de Ley por las partes (J.Y. CARLIER), y respeto total al Derecho musulmán en la cuestión (B. BOURDELOIS), aplicación radical de la Ley del domicilio (J. DÉPREZ), lo que lleva a negar toda virtualidad del repudio musulmán en países occidentales. La cuestión suscita, como se ha visto, posturas encontradas.

38. Como consecuencia de los tres datos anteriores, cabe afirmar que el control de ajuste al orden público internacional español debe concentrarse en torno a estos puntos:

1º) Habrá de denegarse efectos en España al divorcio privado extranjero, por contravenir el orden público internacional, si, a resultas del mismo, y como consecuencia de una regulación sexualmente discriminatoria, la esposa ha obtenido una "reparación económica no suficiente" que la sitúa en una posición inadmisibile. Esta postura fue seguida durante cierto tiempo por la jurisprudencia francesa en la materia (H. GAUDEMET-TALLON, P. MERCIER, Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL, B. AUDIT, I. FADLALLAH)³⁴.

³⁴ H. GAUDEMET-TALLON: "La désunion du couple...", 1991, pp.9-280, concr. p.270; P. MERCIER: *Confits de civilisations et droit international...*, 1972, p.98; expresivamente, Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL: *Droit international Privé*, 1994, pp.352: "sans doute également le caractère unilatéral de la répudiation ne justifie-t-il pas en soi l'intervention de l'ordre public"; B. AUDIT: *DIPrivé*, 1991, pp.535-536; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRÉ de LAPRADELLE: *DIPrivé*, 1987, p.530. La jurisprudencia francesa pivota, pues, sobre el efecto atenuado y el carácter restrictivo del orden público internacional: *ad ex.* Sent. Cour Cassation Civ. de 3 noviembre 1983, *Rohbi*, *RCDIP*, 1984, pp.325-331, con *nota* de I. FADLALLAH; Sent. Cour Cassation Civ. de 6 junio 1990, *RCDIP*, 1991, pp.593-596, con *nota* de P. COURBÉ; Sent. Cour Versailles de 9 octubre 1989, citada por P.

2º) El solo y aislado dato de que la esposa no haya tenido oportunidad de "hacer valer sus pretensiones en relación con el divorcio privado", -algo que no se ofrece en gran parte de estos casos-, no debe ser estimado como "causa automática" de intervención del orden público internacional español (art.954.3º y 2º LEC). Cuando la esposa "consiente" en el divorcio privado, -haya tenido o no oportunidad de "defender su posición" en relación con el divorcio privado-, el *exequatur* debe librarse sin obstáculos derivados del orden público internacional. En sustancia, se está ante un divorcio muy similar al "divorcio por mutuo consentimiento" previsto en los ordenamientos occidentales. La jurisprudencia española no tiene inconveniente en otorgar *exequatur* a divorcios obtenidos en el extranjero por mutuo disenso e incluso, aun cuando no se indique la "causa de divorcio".

Debe recordarse que el TS remarca que el control de los *derechos de defensa* en el proceso de origen procede, en el ámbito del *exequatur* en España, sólo "a instancia de la parte interesada". Cuando es ésta la que insta el *exequatur*, el TS parte de la idea de que dicha parte "renuncia" implícitamente a tal control (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)³⁵. La misma *ratio* debe observarse cuando se trate de un repudio unilateral: si la ex-esposa insta el *exequatur* de tal repudio unilateral en España, puede presumirse que consiente en tal situación. No librar el *exequatur* en estos casos, de manera fría y mecánica, acabaría perjudicando a dicha esposa, obligándola a repetir el proceso de divorcio en España. El argumento se comprende si se observa que suele tratarse de casos en los que la mujer casada con extranjero originario de países musulmanes, es española y desea recuperar su capacidad nupcial. Esta postura la confirma el ATS 17 septiembre 1996 y el ATS 21 abril 1998, cuyas palabras son significativas: "*Ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequatur (...) no es posible elevar la barrera del orden público en su sentido internacional, de interpretación restrictiva, por demás, de forma que se convierta en infranqueable, pues debe ceder cuando quien sufre el perjuicio del desigual trato en la ley prescinde de la tutela de la que es merecedora para impedir su consolidación en nuestro orden interno y prefiere no hacer valer en el foro tal protección*".

4. Orden público internacional y *divorcio revocable*.

39. Donde sí se encuentra un fecundo motivo de rechazo del reconocimiento / *exequatur* es en el carácter *revocable* de muchos de estos divorcios privados, dato que antes se ha subrayado. Las Leyes extranjeras que los permiten, dan la opción a los ex-esposos de volver al anterior estado conyugal por la mera voluntad de los mismos, sin intervención de ninguna autoridad pública. Ello contrasta con la necesaria "estabilidad" exigida al *estado civil* en el Derecho español, por lo que infringe, según el TS, el orden público internacional español (art.954.3º Cc.). De todos modos, dos precisiones se imponen.

40. 1º) Ciertos autos del TS han esgrimido el orden público internacional al entender que la *revocabilidad del divorcio, per se*, es incompatible con los principios básicos del Derecho

MAYER: *DIPrivé.*, 1994, p.383; Sent. Cour Cassation de 22 abril 1986, *RCDIP*, 1987, pp.374-377 con *nota* de P. COURBÉ. Más recientemente, y en ciertos supuestos, la "protección de los derechos de defensa" ha sido más estricta y ha operado como causa de rechazo de la validez en el Foro de ciertos repudios obtenidos en el extranjero, como observa F. MONÉGER: "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations...", 1992, pp.352-355. Vid. S. ADLEEB, "Mariages mixtes...", 1996, p.239-256; P.LAGARDE: "La théorie de l'ordre public international...", 1993, pp.263-282.

³⁵ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol.I, Granada, Comares, 1999, pp. 296-298.

español. Sostiene esta postura un conjunto nutrido de autos: ATS 6 febrero 1996, ATS 23 junio 1996, ATS 16 julio 1996, ATS 24 septiembre 1996 y ATS 28 enero 1997. En todos ellos puede leerse: *"Se alza como un elemento añadido a la disolución del vínculo que se antoja contrario a los principios que inspiran y conforman el concepto de orden público, (...) la disolución del vínculo por el divorcio se contruye en nuestro ordenamiento jurídico desde la esencial nota de invariabilidad, es decir, de una manera definitiva e irrevocable (...) sin que en modo alguno la subsistencia del ligamen pueda quedar sometida a la libre disposición de los cónyuges, de manera que por su mera voluntad, pueda volverse al anterior estado marital"*. En la misma línea se mueve el ATS 23 julio 1998 (R.5337): *"No queda acreditado el carácter definitivo e irrevocable de la disolución del vínculo, requisito éste que en nuestro ordenamiento jurídico resulta de inexcusable cumplimiento, habida cuenta de la fijeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas, y de la seguridad jurídica que ha de producirse en torno a ellas"*.

41. 2º) El ATS 21 abril 1998 mantiene una postura mucho más coherente con la función del "orden público internacional". Se enfrenta el TS con un acta de divorcio "revocable", pero examina las condiciones del caso concreto, llegando a las conclusiones siguientes:

a) Era prácticamente imposible la "reversión voluntaria al estado marital", al haber contraído el marido nuevo matrimonio y haber transcurrido el plazo legal previsto para la revocación voluntaria del repudio (*Idda*).

b) El orden público internacional es de *interpretación restrictiva* y sólo debe operar si con ello se salvaguarda un principio básico de nuestro Derecho y no si con ello se perjudica a la parte merecedera de tutela jurídica. En efecto, negar el *exequatur* a la resolución que acordaba este divorcio, conduciría a una solución paradójica: se obligaría a la mujer a repetir el juicio en España, -con los costes y retrasos de todos conocidos-, y se fomentarían "situaciones claudicantes".

c) Con el *exequatur* se facilita el nuevo matrimonio del solicitante del mismo, lo que supone reforzar el *jus nubendi* y potenciar el *favor divortii*. Los términos del citado auto son claros: *"No puede desconocer esta Sala las particulares circunstancias que concurren en el presente supuesto y que aconsejan resolver sobre la homologación que se demanda con la mira puesta tanto en la observancia de los principios que presiden el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras cuanto en un elemental principio de justicia material; y así, ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequatur, unido al dato de que ha transcurrido con creces el período de tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido, quien como consta acreditado en autos, ha contraído por ende, nuevas nupcias. A la vista de semejantes circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público en su sentido internacional, de interpretación restrictiva, por demás- de forma que se convierta en infranqueable, pues debe ceder cuando quien sufre el perjuicio del desigual trato en la ley prescinde de la tutela de la que merecedora para impedir su consolidación en nuestro orden interno y prefiere no hacer valer en el foro tal protección (...) ha desaparecido la nota de inestabilidad e incertidumbre en el estado civil que repugna a los principios básicos inspiradores de nuestro ordenamiento, (...) ya no se percibe una resolución que materialmente produzca una injustificada desigualdad entre los cónyuges, por más que esa desigualdad tenga su raíz en la propia norma extranjera aplicada, pues no se puede hacer valer al tiempo del reconocimiento. Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo de principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una*

definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del 'exequatur' se recibiría la sentencia con ese mismo contenido".

IV. Conclusiones.

42. 1º) Los "divorcios privados" son una realidad pujante en ciertos países. Los Derechos de tales países se han adelantado al Derecho occidental, potenciando un sistema de divorcio privatizado, que refuerza la autonomía y libertad de las partes, más económico y menos tortuoso y complicado. Un sistema que trata a las personas de un modo menos "tutelante" y menos "paternalista". Pero además, curiosamente, estos ordenamientos jurídicos no occidentales se basan en principios y valores acogidos por la Constitución española de 1978:

a) El *divorcio privado* refuerza el libre desarrollo de la personalidad, pues los cónyuges pueden construir, en sintonía con sus opciones vitales, el régimen de su divorcio.

b) Además, el divorcio privado apuntala el respeto a la intimidad personal y familiar, al quedar el divorcio en el ámbito privado, sin perjuicio, posteriormente de su acceso a Registros Públicos.

c) Se potencia el *favor divortii* (art.85 Cc.), facilitando que los cónyuges puedan, por su propia voluntad, disolver de modo privado el vínculo conyugal.

d) Por otro lado, favorece el *jus connubii*, permitiendo que las personas accedan a nuevos matrimonios de manera más sencilla, lo que es particularmente visible en casos internacionales, en los que en divorcio privado se ha obtenido en país extranjero.

43. 2º) En el Derecho de algunos países occidentales ya se está tomando nota de la posibilidad de orientar el divorcio en dicha dirección "contractual" y "privatizada". La admisión de un "divorcio por mutuo disenso", sin exigir otras causas objetivas legalmente establecidas, es un opción cada vez más extendida en el Derecho occidental, que se presenta como un paso importante hacia la privatización del matrimonio. Otro eslabón de gran relevancia lo constituye el reconocimiento de ciertos efectos legales a las "parejas de hecho" y la simplicidad de establecer y deshacer dicho vínculo mediante "acuerdos privados" entre las personas implicadas.

44. 3º) Negar la eficacia en España de estos "divorcios privados" es navegar contracorriente. La tendencia más fuerte apunta a una radical liberalización del Derecho de Familia, a una concepción privatizada y contractualista de las relaciones entre los cónyuges, en las que el papel del Poder Público y de las normas imperativas es cada vez menor.

El DIPr. es la *vanguardia del Derecho Privado*: aun cuando en el Derecho español no existen todavía *divorcios privados*, el DIPr. español tiene que enfrentarse con casos de *divorcios privados* acordados según el Derecho de otros países. El DIPr. se sitúa, así, en "primera línea" a la hora de afrontar el problema de la validez en España de nuevos y revolucionarios modelos de divorcio procedentes de otras culturas jurídicas. Su actitud debe ser aperturista, por dos razones ya apuntadas: a) Los nuevos modelos de *divorcio privado* encajan perfectamente con las *bases constitucionales* del Derecho Privado español, incluso mejor que los actualmente en vigor en nuestro Derecho, lo que "desarma" de modo decisivo, la intervención del *orden público internacional* español en la materia; b) Actualmente, los Derechos occidentales tienden, precisamente, a potenciar estos nuevos modelos privatizados de relaciones conyugales; c) El DIPr. español tiene mecanismos perfectamente válidos para procurar el acceso al Registro de documentos públicos extranjeros en los que constan *divorcios privados*, lo que evita la "relatividad de soluciones", y perjuicios materiales para las partes.

No obstante, dos aspectos son preocupantes en este sentido: a) El art.1 del Convenio de Bruselas sobre materia matrimonial de 29 mayo 1998, -no en vigor para España a fecha de mayo 1999-, excluye de su ámbito los procedimientos religiosos, pero también los *divorcios privados*. Ello puede plantear un problema si determinados Estados, -*ad ex.* Francia-, aprueban un modelo de divorcio privado visado por el alcalde. El art.13 de dicho Convenio parece referirse a documentos públicos sólo en casos de resoluciones dictadas por organismos públicos o administrativos en materia de *responsabilidad parental*, no de disolución del matrimonio; b) El Convenio hispano-marroquí de 30 mayo 1997 (BOE núm.151 de 25 junio 1997), no contempla soluciones *ad hoc* sobre estos divorcios sin intervención judicial, lo que hubiera sido conveniente.

45. 4º) La actitud del TS en esta materia debe ser juzgada con criterios flexibles. El TS es consciente del nuevo modelo de "divorcio privado" importado del extranjero: es consciente de que se trata de un nuevo "modelo de divorcio", alternativo al tradicional en Occidente: no desconoce su naturaleza. Pero el TS se debate en una gran contradicción: sabe que dar validez en España a tales divorcios sería la *solución más justa*, -congruente con los derechos y valores constitucionales (*jus connubii, favor divortii*, libre desarrollo de la personalidad, defensa de la intimidad familiar)-, continuadora de las soluciones adoptadas en otros países, pues evita la "relatividad de soluciones"-, pero por otro lado, el TS es reacio a proclamar claramente que es posible dar validez en España a "divorcios sin juez". ¿Qué hacer, pues?

a) El TS persigue un objetivo plausible, -la validez de estos *divorcios privados* en España-, pero a través de una vía jurídicamente reprochable: hace aplicables los arts.951 ss LEC a estos divorcios privados, cuando es sabido que no se pueden utilizar para resoluciones que no sean sentencias dictadas en procedimientos contenciosos. Para justificar la aplicación de tales preceptos, el TS se refugia celosamente en la tesis de la "equivalencia funcional" entre el divorcio privado extranjero y el divorcio jurisdiccional español. Cierra los ojos a los divorcios "privados" y los transforma en "jurisdiccionales". Una vez finalizado el proceso, procura su validez en España. Ello es criticable, pues *desnaturaliza* la institución extranjera. Sería perfectamente posible que se admitiera en España la validez de estos divorcios privados a través de la normativa registral. Y dicha normativa permitiría que, accediendo al Registro, los divorcios privados extranjeros surtiesen efectos constitutivos (art.2 LRC), sin que existan razones para hacer intervenir al orden público internacional español.

b) Más acertado es el criterio del TS de no hacer de la "unilateralidad" de ciertos divorcios privados, una barrera insuperable para la validez en España de estos divorcios. En efecto, el TS hace de la condición exigida por el art.954.2º LEC, -respeto de los derechos de defensa y competencia del juez extranjero (salvo que se trate de competencias exclusivas de los jueces españoles)-, una condición a controlar exclusivamente a *instancia de parte*, por ser una condición dirigida a la *protección* de dicha parte (ATS 23 septiembre 1996). Ello beneficia a la parte que insta los efectos del divorcio privado en España. El formalismo queda aquí superado por los derechos de las personas, lo que debe ser aplaudido.

c) Acierta el TS también en la valoración de la revocabilidad de algunos de estos divorcios privados, pues sólo un análisis *case by case* permitirá descubrir si, en el supuesto de especie, ello vulnera el principio de "estabilidad del estado civil" propio del Derecho civil español.

46. El mundo está dividido en Estados, Estados con concepciones jurídicas distintas sobre los mismos hechos. Ello perjudica a los particulares implicados en las relaciones privadas internacionales: las fronteras políticas ponen límites y dificultades a la vida privada de los particulares. El DIPr. derriba esas fronteras jurídicas y procura que las situaciones jurídicas sean

1

válidas en distintos países; el DIPr. permite, también, la "importación" de *modelos jurídicos* que pueden mejorar la vida privada de las personas; el DIPr., en definitiva, trabaja al servicio de los seres humanos y de su libertad. Por eso es la disciplina jurídica más hermosa.

* * * *

Bibliografía: K.BOYE: "Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara. Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste", *RCADI*, 1993, vol.238, pp.247-420; S.A.ALDEEB ABU-SAHLIEH, "Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans", *RSDIDE*, 1992, pp.33-73; F.AMERELER, *Hintergründe des "Islamic Banking": rechtliche Problematik des riba-Verbot in der Shari'a und seine Auswirkungen auf einzelne Rechtsordnungen arabischer Staaten*, Berlin, 1995; A.E.ANTON, "Loi du Royaume Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé", *RCDIP*, 1996, pp.267-274; T.ANSAY: "Legal Problems of Migrant Workers", *RCADI*, 1977, vol.156, pp.7-77; H.BATIFFOL: "L'avenir du droit international privé", *Evolution et perspectives du droit international (Libro centenario del IDI)*, Basilea, S.Karger, 1973, pp.166-182 y en *Choix d'articles (rassemblés par ses amis)*, LGDJ, Paris, 1976, pp.315-331; R.V.BENATTAR: "Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel", *RCADI*, 1967, vol.121, pp.1-111; A.BORRAS RODRÍGUEZ: "Les ordres plurilegislatives dans le droit international privé actuel", *RCADI*, 1994, vol.249, pp.369-430; A. BORRÁS RODRÍGUEZ / S. MERNISSI (ed.), *El Islam jurídico y Europa*, Icaria, Barcelona, 1998; P.BOUREL: "Réalités et perspectives du droit international privé de l'Afrique norie francophone dans le domaine des conflits de lois", *JDI Clunet*, 1975, pp.17-44; Ch.CARDAHI: "La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (étude juridique et historique)", *RCADI*, 1937, vol.70, pp.507-650; J.Y.CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992; Id., "Le respect du statut personnel musulman [De quel droit, par quel droit?]", en *Le statut personnel des musulmans (Droit comparé et droit international privé)*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp.385-395; M.CHARFI: "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *RCADI*, 1987, vol.203, pp.321-454; P.DECROUX: "Le droit international privé marocain. Son évolution de 1956 à 1981", *JDI Clunet*, 1983, pp.346-359; J.DÉPREZ: "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques", *RCADI*, 1988, vol.211, pp.9-372; S.EL DINE TARAZI: "La solution des problèmes de statut personnel dans le droit des pays arabes et africains", *RCADI*, 1978, vol.159, pp.345-463; H.-G.EBERT, *Das Personalstatut arabischer Länder: Problemfelder, Methoden, Perspektiven*, 1996; Ph.FRANCESCAKIS: "Problemes du droit international privé de l'Afrique noire indépendante", *RCADI*, 1964, vol.112, pp.269-361; Id.: "Le droit international privé dans le monde post-colonial. Le cas de l'Afrique Noire", *JDI Clunet*, 1973, pp.46-64; P.GANNAGÉ: "La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales", *RCADI*, 1979, vol.164, pp.347-423; Id.: "L'influence du pluralisme des statuts personnels dans les droits internes des pays du Proche-Orient sur les règles de droit international privé", *JDI Clunet*, 1965, pp.291-303; R.HAHLEN, *Türkisches Ehegatten- und Geschiedenenunterhaltsrecht*, Frankfurt am Main, 1996; P. HÀMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, 1997, pp.1-31; E.JAYME: "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne (Cours général de droit international privé)", *RCADI*, 1995, pp.9-268; Id.: "Diritto di famiglia: societa multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato", *RDIPP*, 1993, pp.295-304; Id., "Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht", *IPRax*, 1996, 4, pp.237 y ss; P.LEPAULLE: "Les réalités sociales et le droit international privé", *TCFDIP*, 1966-1969, pp.19-33; C.LABRUSSE: "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère", *TCFDIP*, 1975/1977, pp.111-144; Y.LINANT DE BELLEFONDS: "La jurisprudence égyptienne et les conflits de lois en matière de statut personnel", *JDI Clunet*, 1960, pp.822-857; R.LOHLKER, *Schari'a und Moderne. Diskussionen zum Schwangerschaftsabbruch, zur Versicherung und*

zum Zinswesen, Stuttgart, 1996; N.von MANGOLDT, "Migration ouvrière et double nationalité. La situation allemande", *RCDIP*, 1995, pp.671-693; P.MERCIER: *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Ginebra, Droz, 1972; F.PASTORE: "Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia", *RDI*, 1993, pp.73-117; P.PEROTTI: "The Fact that Aliens belong to Various Cultures and the Tensions which this Creates", en *Council of Europe, Human Rights of Aliens in Europe*, Dordrecht, 1985, pp.299-350; F.RIGAUX: "Ius communicationis et droit international privé", *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América, del pasado al futuro (Jornadas iberoamericanas de la Asociación Española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales)*, Salamanca 1993, pp.67-77; Id.: "Le pluralisme en droit international privé", *Homenaje al Prof.Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp.1419-1436; W.RIPHAGEN: "National and International Regulation of International Movement and the Legal Position of the Private Individual", *RCADI*, 1970, vol.131, pp.489-620; A.SAEED, *Islamic banking and interest. A study of the prohibition of riba and its contemporary interpretation*, Leiden, 1996; F.SALERNO: "Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere", *RDI*, 1990, pp.257-293; I.SZASZY: "Le conflit de lois interpersonnel dans les pays en voie de développement", *RCADI*, 1973, vol.138, pp.81-202; M.TAVERNE: *Le droit familial maghrebin (Algerie - Maroc - Tunisie) et son application en Belgique*, Bruselas, Larcier, 1981; U.U.UCHE: "Conflict of Laws in a Multi-Ethnic Setting: Lessons from Anglophone Africa", *RCADI*, 1991, vol.228, pp.273-438; W.WIEGAND: "The Reception of American Law in Europe", *AJCL*, 1991, pp.229-248; J.YANGUAS MESSIA: "L'influence des conditions démographiques sur le reglement des conflits de lois", *AIDI*, 1950, vol.43, pp.461-482; J.Y.CARLIER: *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992; P.GANNAGÉ: "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *RCDIP*, 1992, vol.LXXXI, pp.425-454; A.E.von OVERBECK: "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp.619-636; R.VAN ROOIJ: "Note: Pays Bas - divorce - conflits de lois Jugements étrangères", *RCDIP*, 1981, pp.809-814; I.SCHWANDER: "Subjetivismus in der Anknüpfung im Internationalen Privatrecht", *Études de droit international privé en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, 1993, pp.181-190; R.VAN DER ELST: "Liberté, respect et protection de la volonté en Droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp.507-516.; M.A.AMORES CONRADÍ: "Art.107 Cc.", *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp.424-427; R.ARROYO MONTERO: "Divorcio y separación (Derecho internacional privado)", *EJB*, 1995, pp.2561-2562; A.L.CALVO CARAVACA: "Exequatur de divorcio extranjero en España: nuevas directrices del Tribunal Supremo", *RJ La Ley*, 1983, pp.251-260; Id.: *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986; Id.: "Exequatur de divorcio extranjero y control de competencia legislativa", *RJ La Ley*, 1983, pp.440-445; Id.: "Competencia exclusiva, orden público y Constitución (consideraciones sobre la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca -Sala de lo civil-, de 9 diciembre 1985)", *RGD*, 1987, núms.514-515, pp.4259-4268; J.M.ESPINAR VICENTE: "Art.107 Cc.", *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol.I, Madrid, Tecnos, 1984, pp.765-771; J.D.GONZÁLEZ CAMPOS y P.ABARCA JUNCO: "Comentario al art.107 del Código civil", *Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp.907-931; J.D.GONZÁLEZ CAMPOS y P.ABARCA JUNCO: "Art.107 Cc.", *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del*

Lbro primero del Código civil, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1994, pp.1331-1338; J.L.IGLESIAS BUHIGUES: "Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de divorcio", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1984*, Serv.Pub. Univ. País Vasco, 1984, pp.241-281; Id.: "La libertad nupcial como derecho fundamental de la persona en el Derecho internacional privado español", *IV Jornadas de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Granada, 1980, pp.159-176; H.W.BAADE: "Marriage and Divorce in American Conflicts Law: Government-Interest Analysis and the Restatement (Second)", *Columbia Law Review*, 1972, pp.329-359; J.BASEDOW: "La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne", *RCDIP*, 1978, pp.470-494; M.A.BELLO ORTIZ: *Le divorce edans le Droit international privé de la République Dominicaine*, Thèse, Nice, 1972; R.V.BÉNATTAR: "L'ordre public et la reconnaissance des divorces privés", *Mélanges W.Wengler*, 1973, pp.187-202; Id.: "L'evolution récente du droit international privé tunisien en matière de divorce", *RCDIP*, 1969, pp.17-36; P.BENJAMÍN: *Le divorce, la séparation de corps et leurs effets en droit international privé français et anglais*, París, 1955; B.BERKOVITS: "Transcontinental divorces: the Fatima decision", *The Law and Quarterly Review*, 1988, pp.60-79; C.BERNARD: "Les problèmes posés par la demande d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps", *TCFDIP*, 1977-1978, pp.59-77; C.CAMPIGLIO: "Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo", *RDIPP*, 1990, vol.XXVI, pp.853-908; J.Y.CARLIER: "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc", *Journal des Tribunaux*, 1985, pp.102-115; Id.: "Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger", *Revue trimestrielle de droit familial*, 1991 (II), pp.165-172; G.C.CHEMIRE: "The English Private International Law of Husband & Wife", *RCADI*, vol.108, 1963, pp.115-188; P.COURBE: "Le divorce international: premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil", *TCFDIP*, 1988/1989, pp.123-140; Id., "Divorce et séparations de corps", *Repertoire Dalloz Droit international* (hojas móviles), 2ª ed., Dalloz, París, 1998. F.CRISTIANI: "In tema di ordine pubblico e delibazione di divorzio consensuale", *RDIPP*, 1990, pp.951-960; A.DAVÍ: "Separazione personale", *Edd*, 1989, vol.XLI, pp.1412-1434; P.DECROUX: "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire", *JDI Clunet*, 1985, pp.49-101; J.DÉPREZ: "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel", *RCADI*, 1988, vol.217, pp.9-372; F.DURANTE: "Problèmes contemporains du divorce en droit international privé", *RCADI*, 1976, vol.152, pp.1-78; E.ENGDAHL: "Proposal for a Benign Revolution in Marriage Law and Marriage Conflicts Law", *Iowa Law Review*, 1969, pp.56-68; I.FADLALLAH: "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?", *RCDIP*, 1981, pp.17-34; J.FLEMING: "Evasion of Law and Divorce Adjudication", *ICLQ*, 1952, pp.381-399; Jean FOYER y Jacques FOYER: "Divorce et séparation de corps", *E.Dalloz DI*, vol.I, 1968, pp.620-634; Ph.FRANCESAKIS: "Le suprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international", *RCDIP*, vol.LXIV, 1975, pp.553-594; R.FRANK: "Le divorce en droit international privé allemand". *Travaux de l'Institut de Droit comparé*, París, 1980; C.FULTON: "Caribbean Divorce for Americans: Alternative or Obsolescent Institution?", *Cornell International Law Review*, 1976/77, núm.10, pp.116-133; G.GABRIELLI: "Problemi in tema si scioglimento del matrimonio a causa del divorcio ottenuto all'estero da coniuge straniero", *Studi in onore di M.Udina*, vol.II, Milán, 1975. pp.1013-1042; H.GAUDEMET-TALLON: "Divorce", *Juris classeur droit international*, fascículos 547-A / 547-C, 1988; Id.:

"La désunion du couple en Droit international privé", *RCADI*, 1991, vol.226, pp.9-280; D.GORDON: "Ghulam Fatima: Extrajudicial divorces and the House of Lords", *Family Law*, 1986, pp.169-180; R.H.GRAVESON: "La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance des divorces et des séparation de corps", *RCDIP*, 1972, vol.LXI, pp.543-566; F.HERNANZ: "Recognition -exequatur- of Foreign Judgments, especially of US Divorce Judgments in Spain", *AJCL*, 1990, pp.567-599; P.LAGARDE: "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp.263-282; J.LISBONNE: "A propos de la loi espagnole sur le divorce: quelques réflexions de droit international privé et compare", *RDIDC*, 1981, pp.420-425; F.MONÉGER: "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?", *JDI Clunet*, 1992, pp.347-355; P.PAONE: "Divorzio (Diritto internazionale privato)", *EdD*, 1964, vol.XIII, pp.526-534; K.W.PATCHERTT & J.R.YOUNG: "Toruist Divorces and the Abuse of a Small State's Legal System - The Montserrat Matrimonial Causes for Foreigners Ordinance 1978", *AJCL*, vol.30, 1982, pp.654-677; P.PICONE: "I provvedimenti temporanei e urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano", *RDI*, 1994, pp.333-388; B.PLITZ: *Internationales Scheidungsrecht*, Munich, Beck, 1988; L.PRUVOST: *Le contrat de mariage*, Centre de recherche et d'information documentaire en sciences sociales et humaines, Université d'Oran, Collection Études et documents, Série Droit, núm.13, 1988, pp.5-7; V.REMY: *La répudiation*, en J.Y.CARLIER / M.VERWILGHEN: *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, LLN, Academia, 1989, pp.65-68; C.RIMINI: "Il ripudio innanzi ad un tribunale rabbino italiano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero", *RDIPP*, 1992, pp.55-69; F.SCHWIND: "Le divorce en droit international privé", *RCADI*, 1966, vol.117, pp.445-501; P.N.SWISHER: "Foreign Migratory Divorces: A Reappraisal", *Journal of Family Law*, vol.21, 1982-1983, pp.9-52; K.D.SELL: "Divorce Advertising - One Year After Bates", *Family Law Quarterly*, 1978/79, vol.12, p.279; M.SERIN: *Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage de divorce et de séparation de corps*, Toulouse. 1929; M.STERCKX: "Le divorce entre étrangers fondé sur la séparation judiciaire", *Revue du Notariat belge*, 1978, pp.334-341; I.VIARENGO: "In tema di legge regolatrice del divorzio e localizzazione del rapporto matrimoniale", *RDIPP*, 1994, pp.303-318; F.WALI: *Islamic Law on Marriage*, Le Caire, Cairo University Press, 1990; T.WENDELS: "The New Dutch Private International Law Legislation Regarding the Law to be Applied to International Divorce and Recognition of Divorces Granted Abroad", *NILR*, 1982, pp.401-428.

* * * *