

## ESTUDIOS

---

### IUS NUBENDI Y ORDEN PÚBLICO MATRIMONIAL

MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO

*Catedrático de Derecho Internacional  
Privado de la Universidad de Sevilla*

#### I. INTRODUCCIÓN

La regulación del ámbito matrimonial se encuentra atraída por la acción en sentido contrario ejercida por el *ius nubendi* y el orden público. Por un lado, el *ius nubendi*, el derecho a contraer matrimonio, como derecho fundamental de la persona consagrado internacional y constitucionalmente, es un elemento que propicia la aplicación del derecho extranjero y la validez de las situaciones jurídicas. En íntima vinculación con él, el *favor matrimonii* sirve a la aplicación de la ley más inclinada a la validez del matrimonio, en tanto que el *favor divortii* contribuye a la aplicación de la ley más favorable a la disolución del vínculo matrimonial. Como contrapartida, el orden público se opone a la admisión o reconocimiento de situaciones en pugna con los principios y valores que inspiran y presiden nuestra concepción de la familia y del matrimonio. En esa tensión dinámica, actualmente prevalece el *ius nubendi*, un valor en alza, en tanto que el orden público tiende a ser cada vez más restrictivamente interpretado. Lo que ha permitido a nuestro sistema matrimonial salir de su ensimismado aislamiento y abrirse a la cooperación internacional.

#### II. EL IUS CONNUBII

El *ius connubii* es un derecho fundamental de la persona consagrado internacional y constitucionalmente. En el plano internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 afirma que: «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio». En la misma dirección, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 23.2 señala que: «Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello». Asimismo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, adoptado en Roma el

4 de noviembre de 1950, establece en su artículo 12 que: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». En la esfera interna, la Constitución Española indica en su artículo 32.1 que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». A su vez, el artículo 44 del Código Civil afirma que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código».

La Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1974 sobre expediente previo al matrimonio civil <sup>(1)</sup>, en su preámbulo, tras señalar que «en estos supuestos está en juego el derecho a contraer matrimonio, derecho de la persona humana que no puede ser coartado, ni siquiera temporalmente, con impedimentos u obstáculos que no tengan estricta base legal», añade que «el temor al delito y la conveniente prudencia para evitar matrimonios ilegales no debe traducirse prácticamente en un exceso de cautelas impropias de la general presunción de buena fe».

Más recientemente, la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 <sup>(2)</sup> señala que está claro que su intención «no es la de coartar un derecho fundamental de la persona, como lo es el de contraer matrimonio, sino sólo el de encarecer a los Encargados de los Registros Civiles que, sin mengua de la presunción general de buena fe, se cercioren de la veracidad del consentimiento de los contrayentes dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo».

El *ius connubii* se manifiesta en diferentes ámbitos: la acreditación de la identidad del contrayente extranjero, la prueba del domicilio de los contrayentes, la situación irregular del contrayente extranjero, la sospecha de la existencia de matrimonio anterior de los contrayentes, la prueba de la capacidad matrimonial del contrayente extranjero, la prueba de la soltería del mismo, la validez de los matrimonios contraídos por ordenados *in sacris*, la celebración de matrimonios de conveniencia y la validez de los matrimonios contraídos por españoles en el extranjero en la forma local, sin intervención consular.

1. El *ius connubii* y la acreditación de la identidad del contrayente extranjero.—La Resolución DGRN de 17 de marzo de 1998 <sup>(3)</sup>, a propósito del obstáculo opuesto por el auto apelado para la autorización del matrimonio de dos extranjeros, consistente en no estimar acreditada la identidad del contrayente, provisto de documento de identidad como solicitante de asilo en España, considera que: «Aunque los datos obrantes en este documento hayan sido facilitados por el interesado, no puede olvidarse que coinciden con los que constan en su pasaporte nigeriano y en la declaración jurada de nacimiento formulada por el padre y sustitutiva en Nigeria de la certificación de nacimiento», añadiendo que: «No hay, pues, razones para limitar en este caso el *ius nubendi* de los interesados».

2. El *ius connubii* y la prueba del domicilio de los contrayentes.—La Resolución DGRN de 4 de marzo de 1998 (4.<sup>a</sup>) <sup>(4)</sup> advierte que «esta materia de la prueba del domicilio a los efectos de la autorización del matrimonio no ha de ser contemplada

(1) «Boletín Oficial del Estado», número 90, de 15 de abril.

(2) ADGRN, 1995, pp. 2071-2073.

(3) BIMJ, número 1.830, pp. 2461-2463.

(4) BIMJ, núm. 1.830, pp. 2427-2430.

con criterios demasiado rígidos que coartarían indebidamente el *ius nubendi*», especificando que «si se comprueba que una persona no tiene domicilio fijo, habrá que acudir forzosamente al criterio de la simple residencia, so pena de privar en la práctica a determinadas personas de su derecho fundamental a contraer matrimonio».

3. El *ius connubii* y la situación irregular del contrayente extranjero.—La Resolución DGRN de 3 de diciembre de 1993 <sup>(5)</sup>, en cuanto a la posible autorización del matrimonio que intentan contraer una española y un ciudadano extranjero, sobre el que ha recaído resolución administrativa firme, por la cual se le ha expulsado del territorio español y se le ha prohibido entrar de nuevo en España por un período de tres años (artículos 26 y 36 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985), considera que «para resolver esta cuestión hay que partir de la base de que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental de las personas, reconocido en el artículo 32 de la Constitución y por los Convenios internacionales que ligan a España», agregando que «por esto el *ius nubendi* sólo está supeditado a los obstáculos de orden civil establecidos por el Código, pero no puede quedar coartado por normas administrativas de otro carácter, máxime cuando ninguna de ellas subordina, porque ello supondría una limitación intolerable a un derecho fundamental, la celebración del matrimonio de un extranjero en España a su condición de residente legal en el país». Advierte finalmente que «de las actuaciones no se deduce, aparte de las dificultades de prueba, ninguna sospecha de que el matrimonio pretendido sea simulado y, en todo caso, si por medio de este matrimonio lo que se pretende es desvirtuar los acuerdos de expulsión y de entrada en territorio español, este acto de fraude a la ley no lleva consigo, por esta sola causa, la nulidad del matrimonio, sino la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

En la misma dirección, la Resolución DGRN de 25 de septiembre de 1995 <sup>(6)</sup>, en un supuesto en el que intentan contraer matrimonio una española y un paquistaní, ambos domiciliados en España, considera que sobre la base del *ius nubendi* ha de decidirse «si son procedentes las diligencias interesadas por el Ministerio Fiscal (...) dirigidas a que se oficie a la Policía para que ésta informe sobre si el contrayente masculino ostenta permiso de residencia y si, en su caso, existe, pendiente o resuelto, expediente de expulsión, y sobre si ambos promotores “aparentan” tener relación prematrimonial coherente con su solicitud». Estima que «si se tiene en cuenta que el Juez Encargado, como indica en su informe último, ha llegado, como resultado del trámite fundamental de la audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente (art. 246 RRC y regla 3.ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995), a la profunda convicción de que no existían razones ajenas a la esencia del matrimonio para su celebración, ha de concluirse que las diligencias interesadas por el Ministerio Público, pese a su encomiable celo, son desproporcionadas y su realización contribuiría a una demora injustificada», añadiendo que «la situación administrativa del extranjero en España, aunque sea irregular, no puede impedir la celebración del enlace».

A su vez, la Resolución DGRN de 9 de diciembre de 1997 (2.ª) <sup>(7)</sup>, a propósito del matrimonio que quieren celebrar en España una española (anteriormente marroquí) y un marroquí, cuya autorización había sido denegada por el auto apelado estimando que está en vigor la decisión administrativa de expulsión del contrayente del territorio

<sup>(5)</sup> ADGRN, 1993, pp. 2118-2121.

<sup>(6)</sup> ADGRN, 1995, pp. 1712-1715.

<sup>(7)</sup> ADGRN, 1997, pp. 2478-2480.

nacional, considera que «lo cierto es que esta medida administrativa que data de 1989 ha quedado actualmente sin efecto según la documentación acompañada, aparte de que, aunque estuviera en vigor, ella sola no podría llevar consigo la consecuencia extrema de impedir el *ius nubendi*», añadiendo que «el matrimonio, siempre que existiera real consentimiento matrimonial, podría, en efecto, celebrarse por medio de poder especial (art. 55 del Código Civil)».

Asimismo, la Resolución DGRN de 8 de octubre de 1998 <sup>(8)</sup>, acerca del matrimonio que intentan contraer un español que se encuentra en prisión y una marroquí que tiene decretada su expulsión del territorio nacional por la Delegación del Gobierno, medida aún no ejecutada por tener pendiente un procedimiento abreviado por falsedad, considera que «en el presente caso de este trámite de la audiencia reservada no se deduce ningún dato contrario a la realidad del consentimiento matrimonial y la decisión desfavorable del Juez Encargado —aparte de que en ella habrá influido la situación en prisión del contrayente español— está fundada expresamente en la situación irregular en España de la contrayente marroquí», añadiendo que estos dos datos objetivos, al no estar corroborados por las declaraciones de los contrayentes, no bastan para deducir sin sombra de duda la existencia de la simulación. Concluye señalando que «en casos dudosos ha de prevalecer el *ius connubii*».

Finalmente, la Resolución DGRN de 25 de noviembre de 1998 <sup>(9)</sup>, sobre el matrimonio pretendido entre un español y una marroquí que tiene decretada su expulsión del territorio nacional por la Delegación del Gobierno, orden de expulsión aún no llevada a efecto por encontrarse en un Centro Penitenciario cumpliendo condena, considera que «el auto apelado ha denegado la autorización estimando que está acreditada la decisión administrativa de expulsión de la contrayente del territorio nacional, pero lo cierto es que ella sola no puede llevar consigo la consecuencia extrema de impedir el *ius nubendi*», añadiendo que «el matrimonio, siempre que existiera real consentimiento, podría, en efecto, celebrarse por medio de poder especial».

4. El *ius connubii* y la sospecha de la existencia de un matrimonio anterior de los contrayentes.—La DGRN se ha referido en diversas resoluciones <sup>(10)</sup> al obstáculo aducido por el auto apelado para no autorizar el matrimonio pretendido entre los

<sup>(8)</sup> BIMJ, número 1848, pp. 2131-2133.

<sup>(9)</sup> BIMJ, números 1.851-1.852, pp. 2577-2578.

<sup>(10)</sup> Resolución de 27 de marzo de 1990, ADGRN, 1990, pp. 798-800; Resolución de 4 de mayo de 1990, ADGRN, 1990, pp. 886-888; nota en REDI, 1991, p. 237; Resolución de 22 de marzo de 1991, ADGRN, 1991, pp. 1056-1058; Resolución de 20 de agosto de 1991, ADGRN, 1991, 1298-1300; Resolución de 27 de septiembre de 1991, ADGRN, 1991, pp. 1378-1380; Resolución de 24 de junio de 1992, ADGRN, 1992, pp. 1441-1443; Resolución de 24 de septiembre de 1992, ADGRN, 1992, pp. 1587-1589; Resolución de 22 de febrero de 1993, ADGRN, 1993, pp. 1278-1280; Resolución de 26 de febrero de 1993, ADGRN, 1993, pp. 1288-1289; Resolución de 20 de marzo de 1993, ADGRN, 1993, pp. 1355-1357; Resolución de 14 de septiembre de 1994 (4.<sup>a</sup>), ADGRN, 1994, pp. 1672-1674; Resolución de 20 de septiembre de 1994 (3.<sup>a</sup>), ADGRN, 1994, pp. 1732-1733; Resolución de 20 de enero de 1995 (1.<sup>a</sup>), ADGRN, 1995, pp. 1221-1223; Resolución de 1 de marzo de 1995 (1.<sup>a</sup>), ADGRN, 1995, pp. 1307-1309; Resolución de 11 de marzo de 1995, ADGRN, 1995, pp. 1340-1342; Resolución de 15 de abril de 1995, ADGRN, 1995, pp. 1396-1398; Resolución de 13 de septiembre de 1995 (2.<sup>a</sup>), ADGRN, 1995, pp. 1650-1652; Resoluciones de 6 de junio de 1996 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>), ADGRN, 1996, pp. 1837-1842; Resolución de 14 de junio de 1996 (2.<sup>a</sup>), ADGRN, 1996, pp. 1878-1880; Resolución de 26 de junio de 1996 (4.<sup>a</sup>), ADGRN, 1996, pp. 1942-1944; Resolución de 11 de julio de 1996, ADGRN, 1996, pp. 2002-2004; Resolución de 20 de diciembre de 1996, ADGRN, 1996, pp. 2575-2577; Resolución de 13 de junio de 1997 (1.<sup>a</sup>), ADGRN, 1997, pp. 1833-1835; Resolución de 11 de enero de 1999 (1.<sup>a</sup>), BIMJ, núm. 1.854, pp. 2815-2817.

interesados, consistente en el hecho de estimar probado que éstos ya habían contraído anteriormente matrimonio entre sí (matrimonio entre españoles, marroquíes o españoles y marroquíes, celebrado en Marruecos o en España, según la legislación marroquí y conforme a la religión islámica). La sospecha de la celebración de un previo matrimonio se basaba en informes policiales que recogían manifestaciones anteriores de los propios interesados (p. ej., al formular una denuncia), de sus familiares o del vecindario. Considera la DGRN que estas manifestaciones, no corroboradas por prueba alguna, se hallan contradichas por la documentación presentada y por el propio resultado de la audiencia personal, reservada y por separado, realizada por el instructor (artículo 246 RRC), que acreditan la soltería de ambos promotores y su libertad para celebrar el matrimonio que pretenden, de modo que aquella sola sospecha no ha de bastar por sí sola para coartar un derecho fundamental de la persona, como es el *ius nubendi*.

Sin embargo, la Resolución de 13 de septiembre de 1997 <sup>(11)</sup>, a propósito de la autorización del matrimonio civil entre un español y una marroquí, habiendo manifestado los interesados que habían contraído matrimonio coránico, considera que «esta manifestación no puede quedar desvirtuada en ningún modo por otra posterior en la que se afirma, sin ningún reparo, que aquélla se produjo debido al estado nervioso y de estrés que en esos momentos sufrían los interesados», añadiendo a continuación que «por más que esta afirmación se sostenga con documentos oficiales de las autoridades marroquíes, no puede tomarse en consideración por razones obvias de coherencia, ya que en un tema tan importante como es el del matrimonio, no puede en principio dudarse de la veracidad de la primera declaración hecha de modo libre y voluntario...».

5. El *ius connubii* y la prueba de la capacidad matrimonial del contrayente extranjero. La Resolución DGRN de 4 de diciembre de 1991 <sup>(12)</sup>, después de recordar que la Instrucción de 22 de marzo de 1974 «fue dictada en su momento con la finalidad de evitar, sin mengua de las garantías exigidas, dilaciones y amontonamientos de trámites que pudieran coartar, aún temporalmente, el derecho fundamental de la persona a contraer matrimonio (apartado I de la Instrucción)», afirma que «concretamente su apartado III, punto 4.º, no impone en modo alguno que la aptitud matrimonial del contrayente extranjero sea acreditada precisamente por medio de una certificación del Cónsul o funcionario competente del correspondiente país, sino que se limita a señalar este medio probatorio en defecto de una prueba directa de la libertad de estado y deja siempre a salvo la posibilidad de acreditar este extremo por otras pruebas».

6. El *ius connubii* y la prueba de la soltería del contrayente. La Resolución DGRN de 21 de junio de 1994 <sup>(13)</sup>, a propósito de la denegación de la autorización del matrimonio civil entre una española y un nacional de Ghana, solicitante de asilo en España, por estimar el Juez Encargado que no se ha acreditado suficientemente la soltería del contrayente, considera que «esta apreciación rigorista no debe prevalecer en este caso porque redundaría en una demora injustificada en el ejercicio de un derecho fundamental de la persona», añadiendo a continuación que «como ya puso de relieve la Instrucción de 22 de marzo de 1974 (epígrafe III, 2.ª), la prueba de la soltería puede suministrarse por la declaración jurada del propio sujeto (hoy también su afirmación solemne: cfr. art. 363 RRC) y, si es prudente exigir la práctica de diligencias complementarias para asegurarse de la veracidad de esta declaración (cfr. art. 246

(11) ADGRN, 1997, pp. 2032-2034.

(12) ADGRN, 1991, pp. 1548-1552.

(13) ADGRN, 1994, pp. 1522-1524.

RRC), aquí la afirmación del contrayente viene corroborada por las manifestaciones de los testigos y por los documentos presentados provenientes de Ghana, por más que no estén legalizados».

7. El *ius connubii* y la validez de los matrimonios contraídos por ordenados *in sacris*. La Resolución DGRN de 14 de febrero de 1980 <sup>(14)</sup>, a propósito de la determinación de si el ordenado *in sacris* puede contraer matrimonio, aunque no haya obtenido dispensa canónica, considera que «entre los derechos y libertades básicos está reconocido el de contraer matrimonio, sin que pueda ser restringido por razones o situaciones de carácter religioso, pues ello constituiría una discriminación prohibida por los convenios internacionales aplicables en España y, en particular, contraria a la Constitución», afirmando a continuación que ha quedado sin vigor el impedimento de carácter religioso contenido en el artículo 83.4 del Código Civil, conclusión ésta que «aparece respaldada por la confluencia de otros principios constitucionales, como la no confesionalidad del Estado (art. 16.3) y el que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” (art. 16.2)».

8. El *ius connubii* y los matrimonios de conveniencia.—Una cuestión reiteradamente debatida ante la DGRN en los últimos años ha sido la consistente en determinar si el matrimonio entre españoles y extranjeros, de cuya celebración o inscripción se trata, es o no un matrimonio simulado, fraudulento, aparente, de conveniencia, un matrimonio de los denominados «blancos» por la doctrina francesa. El supuesto tópico ha sido el de matrimonios a celebrar o ya celebrados en Santo Domingo entre españoles y dominicanas. En esa controversia en torno a la validez o nulidad del matrimonio, en virtud de la existencia o ausencia de libre y pleno consentimiento, se han invocado argumentos relativos a la presunción de buena fe, al *ius connubii* y sus limitaciones, y a la existencia o no de datos objetivos claros de los que pueda lógicamente deducirse la simulación. Especial interés ofrece en este contexto la Resolución DGRN de 9 de octubre de 1993 (2.<sup>a</sup>) <sup>(15)</sup>, al considerar que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona «de suerte que cualquier limitación, postergación o denegación de este derecho ha de fundarse en la certeza moral absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido». Asimismo señala que «ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa», puntualizando a continuación que «siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto». En la misma dirección, señala la Resolución DGRN de 30 de mayo de 1995 <sup>(16)</sup> que el *ius nubendi* es «un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido».

Reiteradamente ha considerado la DGRN que el *ius nubendi* «no tolera limitaciones infundadas, basadas en hechos que de por sí no son determinantes para llegar a la conclusión de que no existe intención de contraer matrimonio», matizando segui-

<sup>(14)</sup> ADGRN, 1980, pp. 440-443.

<sup>(15)</sup> ADGRN, 1993, pp. 1867-1871.

<sup>(16)</sup> ADGRN, 1995, pp. 1522-1527.

damente que «tal derecho no puede ser invocado cuando existen, no sólo meros indicios, sino datos y hechos, por otra parte ciertamente objetivos, que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva».

9. El *ius connubii* y la validez de los matrimonios contraídos por españoles en el extranjero en la forma local, sin intervención consular. La DGRN, en diversas Resoluciones <sup>(17)</sup>, a propósito de la validez de los matrimonios civiles contraídos, antes de la Constitución, por españoles en el extranjero, en la forma local, sin intervención del Cónsul español, hace referencia a la dualidad de tesis en presencia en el momento de la celebración del matrimonio. Por un lado, la tesis, sostenida incluso por parte de la doctrina oficial, según la cual el último párrafo del artículo 100 del Código Civil imponía la competencia exclusiva de los Cónsules y Vicecónsules para autorizar los matrimonios civiles de españoles en el extranjero. Por otro lado, la tesis contraria, apoyada en más sólidas razones, conforme a la cual el matrimonio civil podía contraerse con arreglo a la forma local en vigor en el país extranjero y sin intervención del Cónsul español. Esta tesis, que tenía su apoyo en los artículos 70 de la LRC de 1870 y 11 originario del CC, es la única que vino a suponer vigente el artículo 73 de la LRC de 1957. Es de señalar que las resoluciones de 13 de junio de 1978 y de 11 de noviembre de 1995 aluden expresamente, para fundamentar la validez de los referidos matrimonios, a «las exigencias del *ius nubendi*». Según la primera de estas resoluciones, relativa a la validez de un matrimonio civil contraído por españoles en Rusia en 1941 en la forma local, en el supuesto de haber prevalecido la tesis contraria, el *ius nubendi* «habría quedado de hecho negado a los españoles que, como los del caso, residieran en país en que no hubiera a la sazón representación española».

10. El *favor matrimonii* y la forma del matrimonio.—La Resolución DGRN de 16 de diciembre de 1992 <sup>(18)</sup>, a propósito de la inscripción del matrimonio canónico celebrado en Japón entre una japonesa y un vietnamita, que posteriormente adquirió la nacionalidad española, después de señalar que «se ha acreditado suficientemente que la sola forma canónica carece de efectos civiles tanto para Vietnam como para Japón», considera que «no obstante, hay poderosas razones que inclinan a admitir esta forma matrimonial, a los efectos de su inscripción», y al enumerarlas afirma, entre otros extremos, que «los graves intereses que se cruzan en el consentimiento matrimonial, que tanto comprometen a la persona en sus bienes más íntimos, obligan a extremar el principio del *favor negotii* y a estimar que, en concreto, el *favor matrimonii* impide entender que un matrimonio pública y seriamente celebrado sea nulo por defecto de forma, en tanto no resulte la nulidad de textos legales indubitados (cfr. Resolución 20 enero 1982)».

### III. EL ORDEN PÚBLICO

El concepto de orden público ha sido generalmente caracterizado por las siguientes notas o rasgos configuradores: en primer término, su relatividad o variabilidad, entendida en una doble acepción, como relatividad espacial o geográfica, en el sentido de que la manera de entender el orden público difiere de uno a otro país, de uno a otro

<sup>(17)</sup> Resolución de 13 de junio de 1978, ADGRN, 1978, pp. 347-355; Resolución de 27 de junio de 1992, ADGRN, 1992, pp. 1452-1456, y Resolución de 11 de noviembre de 1995, ADGRN, 1995, pp. 1924-1927.

<sup>(18)</sup> ADGRN, 1992, pp. 1814-1817.

ordenamiento jurídico, y como relatividad temporal o histórica, en cuanto que el orden público, lejos de permanecer fijo e inmutable, evoluciona; en segundo lugar, la territorialidad, como respuesta a la relatividad espacial; en tercer lugar, la actualidad, como respuesta a la relatividad temporal; asimismo, la elasticidad, flexibilidad, ausencia de rigidez; y, finalmente, la excepcionalidad.

Esa caracterización o configuración del orden público se refleja en la jurisprudencia. Así, según la STS de 5 de abril de 1966 <sup>(19)</sup>, el orden público está integrado por «aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». Años más tarde, la Resolución DGRN de 6 de abril de 1979 <sup>(20)</sup>, tras señalar que «la excepción de orden público es, por su propia naturaleza, de carácter variable, elástico y flexible», afirma que «es indudable su carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico; aparte de que, en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente» y alude al «profundo cambio político-social, y también jurídico, que refleja y precisa la promulgación de la Constitución Española».

El DIPr español tradicionalmente otorgó al orden público un muy amplio margen de actuación, habiéndose manifestado con especial intensidad en el ámbito de la institución matrimonial, al servicio de dos rasgos que históricamente han caracterizado nuestro sistema: la «confesionalidad», consecuencia de ser la religión católica la oficial del Estado, y la «indisolubilidad», que, aunque independiente, ha estado íntimamente vinculada a la anterior. El orden público, como instrumento al servicio de la confesionalidad, intervino con relación a la determinación de la capacidad para contraer matrimonio civil, a la exigencia de la intervención consular en los matrimonios civiles de españoles en el extranjero y en cuanto al impedimento de orden sagrado. El orden público, al servicio de la insolubilidad, se opuso tanto a la admisión del divorcio como al reconocimiento de la capacidad nupcial de los divorciados en el extranjero.

La Constitución española, al proclamar los principios de igualdad ante la ley (arts. 14), libertad religiosa y de cultos y aconfesionalidad del Estado (art. 16), e igualdad jurídica conyugal (art. 32.1), así como al declarar que la ley regulará, entre otros extremos, las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución y sus efectos (art. 32.2), dejó sentadas las bases para la revisión del sistema matrimonial. Nuestro viejo sistema matrimonial se debatía ya en una crisis irremediable, que había de cerrarse con el establecimiento de un sistema de matrimonio civil facultativo y la implantación del divorcio por Ley de 7 de julio de 1981.

Los principios proclamados por la Constitución han determinado una profunda modificación de nuestro derecho material interno y de nuestro Derecho internacional privado, que han evolucionado en un contexto de progresiva adaptación a los mismos.

<sup>(19)</sup> RAJ, 1966, núm. 1684; Nota de J. D. González Campos en REDI, 1967, pp. 307-320.

<sup>(20)</sup> ADGRN, 1979, pp. 460-464; E. Ruiz Vadillo: «La excepción de orden público en el matrimonio y la situación político-social y jurídica actual a través de la Constitución», en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, abril-junio 1979, pp. 23 y ss.; I.C. Ibán: «Matrimonio canónico, divorcio y Constitución, Comentarios a la Resolución DGRN de 6 de abril de 1979», en RDPriv., julio-agosto 1979, p. 768 y ss.; M. Aguilar Benítez de Lugo: «A propósito de la Resolución de 6 de abril de 1979: el supuesto de matrimonio con divorciado», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, número 57, pp. 195 y ss.



Nuestro ordenamiento jurídico ha dejado de ser tan diferente a los de nuestro entorno, produciéndose un acercamiento, una homogeneización con ellos. El orden público del momento presente es un orden público constitucional, un orden público concebido como instrumento al servicio de los valores que la Constitución enuncia. La Constitución se convierte pues en el criterio de referencia, en la medida, en la pauta de la intervención del orden público, cuya esfera de intervención se ha recortado considerablemente, manteniéndose en ciertos ámbitos y abandonándose en otros.

1. El orden público y el matrimonio poligámico.—El orden público mantiene su oposición a los matrimonios poligámicos, concretamente con relación a los matrimonios contraídos por marroquíes (o egipcios en el supuesto de la Resolución DGRN de 5 de noviembre de 1996) y ligados con vínculo matrimonial. La DGRN ha considerado en reiteradas resoluciones <sup>(21)</sup> que «aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí (o egipcio, en el supuesto de la Resolución de 5 de noviembre de 1996) y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12-3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio».

Añade la DGRN <sup>(22)</sup> que «no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento español», señalando a continuación que «lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace» y recordando que el estado civil de cada contrayente es un dato obligado en la inscripción del matrimonio (arts. 35 LRC y 12 y 258 RRC). Implícitamente se está admitiendo una posible atenuación del orden público en cuanto al reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio poligámico.

Por su parte, la Resolución DGRN de 3 de noviembre de 1997 (2.<sup>a</sup>) <sup>(23)</sup>, a propósito del matrimonio coránico celebrado en Marruecos entre un español (anteriormente marroquí) y una marroquí, considera evidente que «aunque este matrimonio poligámico sea válido para el Derecho marroquí, no lo es para el Derecho español, cuyas normas materiales son las aplicables al caso dada la nacionalidad española del contrayente y puesto que la capacidad matrimonial pertenece al estatuto personal determinado por la ley nacional (art. 9.1 del Código Civil)», añadiendo que «el matrimonio que se pretende inscribir es nulo por concurrencia del impedimento de ligamen (artículo 46.2.º y 73.2.º del Código Civil)». La nacionalidad española de uno de los contrayentes hace aquí innecesario acudir a la vía excepcional del orden público para aplicar la ley española, que interviene a título de ley nacional, normalmente competente en cuanto a la capacidad matrimonial.

---

<sup>(21)</sup> Resolución de 14 de septiembre de 1994 (1.<sup>a</sup>), ADGRN, 1994, pp. 1667-1668; Resolución de 5 de noviembre de 1996, ADGRN, 1996, pp. 2417-2419; Resolución de 3 de diciembre de 1996, ADGRN, 1996, pp. 2518-2521; Resolución de 20 de febrero de 1997 (3.<sup>a</sup>), ADGRN, 1997, pp. 1363-1365; Resolución de 31 de marzo de 1998 (1.<sup>a</sup>), BIMJ, número 1.831, pp. 2620-2621; Resolución de 18 de mayo de 1998 (1.<sup>a</sup>), BIMJ, números 1836-1837, pp. 132-134.

<sup>(22)</sup> Resoluciones de 14 de septiembre de 1994 (1.<sup>a</sup>), de 3 de diciembre de 1996, de 20 de febrero de 1997 (3.<sup>a</sup>), de 31 de marzo de 1998 (1.<sup>a</sup>) y de 18 de mayo de 1998 (1.<sup>a</sup>), ya citadas.

<sup>(23)</sup> ADGRN, 1997, pp. 2349-2350.

2. El orden público y los matrimonios consuetudinarios guineanos.—La DGRN considera en diversas resoluciones <sup>(24)</sup> que «si el matrimonio consuetudinario guineano se ha celebrado por dos guineanos libres para contraer matrimonio, no hay motivos de orden público (cfr. art. 12.3 CC) para rechazar una forma matrimonial válida para ese Derecho, por más que, sin disolución del vínculo, los contrayentes puedan después celebrar otro matrimonio con persona distinta», matizando a continuación que «la excepción de orden público jugaría, por el contrario, si uno de los contrayentes estuviera ya casado cuando contrae ese matrimonio consuetudinario». Según la información recogida en las referidas resoluciones, el matrimonio contraído «al estilo del país», el matrimonio denominado *fang*, es una forma consuetudinaria de unión conyugal que produce plenos efectos en la República de Guinea Ecuatorial y está sujeto a un solo requisito constitutivo esencial: la entrega de la dote estipulada por los familiares de la mujer y que es satisfecha por el contrayente varón. Se autoriza por el Presidente del Consejo del Poblado y es una forma de matrimonio poligámico que permite la subsistencia de otros vínculos matrimoniales anteriores y posteriores al mismo [ver Resolución de 25 de noviembre de 1998 (4.<sup>a</sup>)].

3. El orden público y el requisito de la acatolicidad como determinante de la capacidad para contraer matrimonio civil.—En vísperas de la Constitución, la Resolución DGRN de 7 de marzo de 1978 <sup>(25)</sup>, sobre matrimonio de españoles en el extranjero, señaló que «el hecho de haber contraído matrimonio civil es también un elemento de prueba de la acatolicidad de los cónyuges en el momento de su enlace». A su vez, la Resolución DGRN de 13 de junio de 1978 <sup>(26)</sup> estimó válido el matrimonio civil celebrado en Rusia en 1941 según la forma local entre nacionales españoles, ninguno de los cuales profesaba la religión católica, en la cual la mujer había sido bautizada. Ya después de la Constitución, la Resolución de 30 de junio de 1981 <sup>(27)</sup>, a propósito del matrimonio civil celebrado en Francia en 1971, según la forma local, por un español con una argentina, considera que «el principio de no discriminación por razón de religión (art. 14 de la Constitución) y de aconfesionalidad del Estado (art. 16), de aplicación inmediata al entrar en vigor la Constitución (cfr. art. 53 y disposición derogatoria tercera), impiden hoy que la competencia del Estado en relación con la celebración de un matrimonio en forma civil, y, en concreto que su inscripción en el Registro Civil, pueda seguir dependiendo de la prueba de la acatolicidad del contrayente español, como, en cambio, ocurría en 1971 según los principios y disposiciones entonces vigentes», añadiendo que además la invocación del contrayente «no puede ser atendida por ser contraria al comportamiento moral exigible».

4. El orden público y el impedimento de orden sagrado.—La Constitución, al proclamar la igualdad de los españoles ante la ley, sin discriminación por razón de religión (art. 14), así como la libertad religiosa y el carácter aconfesional del Estado (art. 16), incidió directamente sobre el impedimento de orden sagrado. Así, la Resolución DGRN de 14 de febrero de 1980 <sup>(28)</sup>, relativa a la posibilidad de contraer matrimonio el ordenado *in sacris* aunque no haya obtenido la correspondiente dispensa canónica, considera que «entre los derechos y libertades básicas está reconocido el de contraer matrimonio,

<sup>(24)</sup> Resolución de 23 de abril de 1998 (3.<sup>a</sup>), BIMJ, número 1.832, pp. 2765-2766; Resolución de 30 de octubre de 1998, BIMJ, número 1850, pp. 2406-2408; Resolución de 25 de noviembre de 1998 (4.<sup>a</sup>), BIMJ, números 1851-1852, pp. 2579-2581.

<sup>(25)</sup> BIMJ, 1978, p. 88.

<sup>(26)</sup> ADGRN, 1978, pp. 347-355.

<sup>(27)</sup> ADGRN, 1981, pp. 594-602.

<sup>(28)</sup> ADGRN, 1980, pp. 440-443.

sin que pueda ser restringido por razones o situaciones de carácter religioso, pues ello constituiría una discriminación prohibida por los convenios internacionales aplicables en España y, en particular, contraria a la Constitución...».

5. El orden público y la edad para contraer matrimonio.- La Resolución DGRN de 27 de mayo de 1994 <sup>(29)</sup>, con relación a un matrimonio celebrado en Marruecos entre un español y una marroquí de quince años de edad, la cual ha obtenido la autorización paterna, la Resolución DGRN de 4 de abril de 1997 (2.<sup>a</sup>) <sup>(30)</sup>, respecto de un matrimonio contraído por una dominicana de catorce años, y la Resolución DGRN de 7 de octubre de 1997 (2.<sup>a</sup>) <sup>(31)</sup>, a propósito del matrimonio celebrado en la República Dominicana entre un español y una dominicana de quince años de edad, que había obtenido el consentimiento previo de su madre, único progenitor conocido, consideran que la edad de la contrayente no es obstáculo que impida la inscripción del matrimonio, señalando que «la única posibilidad, pues, de excluir la aplicación de la ley extranjera sería la de estimar que ésta es contraria al orden público español (art. 12.3 CC), pero esta posibilidad ha de rechazarse de plano, no sólo porque la excepción de orden público internacional es obviamente de aplicación restrictiva», sino fundamentalmente porque no se observa en absoluto que permitir que una mujer de quince años (en el supuesto de las Resoluciones de 27 de mayo de 1994 y 7 de octubre de 1997) o de catorce años (en el supuesto de la Resolución de 4 de abril de 1997) pueda contraer matrimonio, sin dispensa judicial, pero con consentimiento del progenitor o de los progenitores, sea una norma incompatible con el orden público español, añadiendo que «así se deduce de que la dispensa prevista para los españoles por el Código Civil se justifica porque el legislador parte de la base de que a partir de los catorce años de edad existe capacidad natural para contraer matrimonio, y esta deducción viene apoyada también por la existencia de dispensas ulteriores al matrimonio (art. 48, III, del Código Civil) y por la posible convalidación *ex lege* del matrimonio de un menor (art. 75 del Código Civil)».

Por su parte, la Resolución DGRN de 14 de abril de 1997 (2.<sup>a</sup>) <sup>(32)</sup>, a propósito de la inscripción de un matrimonio celebrado en Marruecos por unos marroquíes que posteriormente adquirieron la nacionalidad española, tras señalar que la cuestión que surge estriba en determinar si es conforme con la ley española un matrimonio celebrado en 1970 en que la contrayente tiene la edad de trece años, que es la que tendría según su inscripción de nacimiento, considera que la respuesta debe ser afirmativa, argumentando que «si bien conforme a la legislación actual sería posible aplicar la excepción de orden público al estar fijado el límite para contraer matrimonio con dispensa a partir de la edad de catorce años, hay que tener en cuenta que en el momento del matrimonio, en 1970, el artículo 83 del Código Civil establecía para la mujer el límite de edad para contraer matrimonio a los doce años y la licencia de los padres, si bien era necesaria, nunca invalidaba el enlace (arts. 45 y 50 del Código Civil, redacción de 1958), por lo que, en consecuencia, existe plena conformidad con la legislación española...». Así pues, dicha resolución admite la posible aplicación de la excepción de orden público conforme a la legislación actual, siendo el criterio determinante de su intervención el relativo al límite de edad a partir del cual puede contraerse matrimonio con dispensa.

<sup>(29)</sup> ADGRN, 1994, pp. 1464-1467.

<sup>(30)</sup> ADGRN, 1997, pp. 1517-1520.

<sup>(31)</sup> ADGRN, 1997, pp. 2217-2219.

<sup>(32)</sup> ADGRN, 1997, pp. 1566-1569.

6. El orden público y la intervención de autorizante del matrimonio y de testigos. La Resolución DGRN de 2 de enero de 1998 (1.<sup>a</sup>) <sup>(33)</sup>, en cuanto al matrimonio contraído en la República Popular China, de conformidad con la ley local, por súbditos chinos, habiendo adquirido el marido posteriormente la nacionalidad china, considera que en cualquier caso «ha de observarse que si no hay propiamente autorizante del matrimonio por la Ley china y si ésta no exige la intervención de testigos, no hay motivo alguno para exigir el cumplimiento de requisitos no exigidos por la legislación competente y para aplicar en este punto la ley española».

7. El orden público y la admisión del divorcio.—Poco después de la Constitución, la Resolución DGRN de 6 de abril de 1979 <sup>(34)</sup>, consideró que la excepción de orden público no impedía el matrimonio civil entre una española viuda y un francés divorciado, «independientemente del carácter canónico o civil del matrimonio anterior de éste, si está disuelto, según su ley personal, por sentencia firme de divorcio vincular». La situación inmediatamente anterior se caracterizaba por la distinta modulación del orden público en atención a la naturaleza canónica o no canónica del matrimonio disuelto por divorcio en el extranjero. El orden público, que mantenía su rigidez con relación a los divorcios de matrimonios canónicos <sup>(35)</sup>, había experimentado una inflexión, una atenuación, al admitir la validez de los matrimonios contraídos por españoles con extranjeros divorciados de anterior matrimonio civil o religioso no canónico <sup>(36)</sup>. Frente a la situación entonces existente, la resolución de 1979, a la que nos estamos refiriendo, después de señalar el profundo cambio político-social, y también jurídico, que refleja y precisa la promulgación de la Constitución Española, considera que «concretamente en el régimen del matrimonio, la indisolubilidad de éste —que ya tenía inflexiones y matizaciones en el propio Derecho interno, a pesar de la declaración del art. 52 del Código— ya no tiene rango constitucional y basta, a estos efectos, comparar el antiguo artículo 22 del Fuero de los Españoles, con el artículo 32.2 de la nueva Constitución», añadiendo que «no es posible hoy estimar que sólo respecto del matrimonio canónico, su indisolubilidad es de orden público, pues los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa (art. 16 de la Constitución), impiden tales discriminaciones civiles por razones religiosas». Por todo ello, dicha resolución representa un punto culminante en el proceso de inflexión del orden público en el ámbito del divorcio, un avance decisivo en el camino conducente a su admisión.

Meses después, el ATS de 24 de octubre de 1979 <sup>(37)</sup> concedió el exequátur de una sentencia francesa sobre divorcio de un matrimonio civil celebrado en Francia entre española y francés. La eficacia inmediata de la Constitución, y en particular de su artículo 32.2, sobre el contenido del orden público en materia de divorcio, defendida en este Auto y compartida, con alguna excepción, por la doctrina, fue pos-

<sup>(33)</sup> BIMJ, número 1826, pp. 1932-1934.

<sup>(34)</sup> ADGRN, 1979, pp. 460-464.

<sup>(35)</sup> Las Resoluciones DGRN de 5 de abril y 24 de agosto de 1976, ADGRN, 1976, pp. 242-246 y 281-284, consideraron que no cabía autorizar los matrimonios civiles que pretendían contraer españoles solteros y acatólicos con súbditas extranjeras, peruana y yugoslava respectivamente, divorciadas vincularmente, según su ley personal, de anterior matrimonio canónico.

<sup>(36)</sup> Resoluciones DGRN de 27 de junio de 1969, ADGRN, 1969, pp. 300-301; de 18 de septiembre de 1971, ADGRN, 1971, pp. 320-325; de 23 de marzo de 1976, ADGRN, 1976, pp. 234-241, y STS de 22 de noviembre de 1977, RAJ, 1977, número 4.284.

<sup>(37)</sup> BIMJ, 1979, pp. 20-22.

teriormente reiterada por un ATS de 19 de enero de 1981 <sup>(38)</sup>, concediendo el exequátur de una sentencia de divorcio pronunciada en la RFA con relación a un matrimonio civil entre alemana y español, y por un ATS de 30 de abril de 1981 <sup>(39)</sup>, a propósito de la ejecución de una sentencia de divorcio argentina.

A su vez, la Resolución DGRN de 28 de enero de 1981 <sup>(40)</sup>, en cuanto al matrimonio civil que desean celebrar en España un español soltero y una española, divorciada en Holanda del matrimonio canónico que había contraído en España con un súbdito holandés, cuya nacionalidad adquirió por razón de matrimonio, recuperando posteriormente la nacionalidad española, considera que «el estado civil de un extranjero se rige por su ley personal (art. 9.1 del Código Civil), sin que haya ya motivos después de la Constitución, por las razones que expuso la Resolución de este Centro de 6 de abril de 1979, para estimar que la excepción de orden público internacional (art. 12.3 del Código Civil) impide reconocer eficacia en España a una sentencia extranjera de divorcio vincular aunque haya recaído sobre un matrimonio canónico», añadiendo que «la interesada, si está divorciada vincularmente según su Ley nacional, tenía capacidad para contraer nuevo matrimonio, y esta conclusión ha de seguir siendo válida por más que haya recuperado la nacionalidad española, pues es evidente que esta recuperación no puede implicar cambio en el estado civil del sujeto, y no puede haber atisbo alguno de fraude de ley...».

Una vez abolido el principio de indisolubilidad del vínculo matrimonial por la Ley 30/1981, de 7 de julio, se planteó la cuestión relativa al grado de evolución experimentado por el orden público y si el principio de la disolubilidad había llegado a consagrarse como principio inspirador en la materia. A este respecto, la SJPI de Mieres de 28 de diciembre de 1981 consideró que «si bien es cierto que en materia de matrimonio, a lo largo de nuestra Historia del Derecho fue principio de orden público la indisolubilidad del mismo, salvo en el período en que estuvo vigente la Ley de Divorcio de 1932, en la actualidad, el principio de orden público en esa concreta cuestión es precisamente el de la disolubilidad del matrimonio...». Sin embargo, la SAT de Oviedo (Sala Civil) de 20 de octubre de 1982 <sup>(41)</sup> desestimó la demanda de divorcio, considerando que «no cabe acudir tampoco a principios de orden público, de una parte porque si bien conforme al artículo 32.2 de la Constitución no puede decirse que el divorcio es anticonstitucional, tampoco puede afirmarse que el principio de disolubilidad matrimonial haya ocupado su lugar...».

Años más tarde, la Resolución DGRN de 10 de julio de 1989 <sup>(42)</sup>, en cuanto a la inscripción del matrimonio contraído por dos marroquíes divorciados, habiendo posteriormente adquirido la mujer la nacionalidad española, considera que «para analizar la validez del segundo matrimonio de los contrayentes (que es el que pretende inscribirse) ha de estarse a su ley personal (art. 9.1 del Código Civil) en el momento de la celebración», añadiendo que «de acuerdo con la ley marroquí no hay duda de que los contrayentes tenían capacidad y libertad para contraerlo, según resulta del propio texto de la certificación en el que ambos figuran como divorciados» y que frente a esta prueba no pueden prevalecer las vagas declaraciones de los interesados sobre

<sup>(38)</sup> BJC, 1981, pp. 576-577.

<sup>(39)</sup> RAJ, 1981, número 1.785.

<sup>(40)</sup> ADGRN, 1981, pp. 461-464.

<sup>(41)</sup> RGD, 1983, pp. 112-113; nota de M. Fernández Fernández en REDI, 1983, pp. 522-528.

<sup>(42)</sup> ADGRN, 1989, pp. 880-883.

su estado civil en tal momento, «ni existen puntos de conexión suficientes con el Derecho español para justificar la exclusión de la ley marroquí y la aplicación de la ley española, en virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 CC), a la hora de enjuiciar el alcance y validez de los divorcios previos de ambos contrayentes». Es de señalar que la contrayente había declarado que cuando contrajo el matrimonio que pretende inscribir estaba divorciada de otro anterior y que su actual esposo estaba casado anteriormente con otra mujer, de la que se había separado de hecho, declaración ésta que coincidía con lo manifestado por el marido.

8. El orden público y los divorcios notariales.—Diversos Autos del TS se han pronunciado acerca del otorgamiento o denegación del exequátur de divorcios acordados por los cónyuges y autorizados por Adules de Marruecos o por notarios cubanos.

A este respecto, el ATS de 6 de febrero de 1996 <sup>(43)</sup> deniega el exequátur de un acta de divorcio pactado ante los Adules adscritos a la Sección de Asuntos Notariales de Tetuán (Marruecos), considerando que el documento aportado por el peticionario no cumple lo requerido por la Sala para el otorgamiento del exequátur, entre otras razones, porque «el informe en cuestión no dictamina sobre si los Adules autorizantes del acta de divorcio actúan desempeñando funciones jurisdiccionales o de notarios (fedatarios públicos)», añadiendo que «no se ha probado que no se trate de un puro divorcio privadamente pactado por los esposos sin intervención resolutoria alguna de juez o funcionario público revestido de *imperium*; y por lo mismo, la petición no ha de prosperar». En la misma dirección, el ATS de 23 de julio de 1998 <sup>(44)</sup> deniega el exequátur de un acta de divorcio acordada por los Adules Notarios adscritos a la Sección Notarial del Tribunal de Primera Instancia de Tánger (Marruecos), legalizada por el Cadi de Tánger, considerando que la solicitante no ha aportado la documentación exigida por la Sala como presupuesto previo para resolver sobre la petición de exequátur, y concretamente que «no se ha aportado el informe exigido sobre el carácter de las funciones de los Adules autorizantes (...)», agregando que no se ha probado «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 (...)».

Por su parte, el ATS de 17 de septiembre de 1996 <sup>(45)</sup> otorga el exequátur del acta de divorcio otorgada ante los Adules adscritos a Tribunal de Primera Instancia de Marruecos, homologado por el Juez Notarial-Cadí de dicho Tribunal. Tras señalar que la conformidad con el orden público español —en sentido internacional— es plena, afirma que «no ha de ser obstáculo a lo anterior el hecho de que el divorcio se haya instado ante los Adules, quienes extienden el acta, pues (...) éstos, ciertamente, parecen actuar como requisito formal traído por el ordenamiento jurídico competente, pero 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 (...)».

<sup>(43)</sup> RAJ, 1998, número 7.192.

<sup>(44)</sup> RAJ, 1998, número 5.337.

<sup>(45)</sup> RAJ, 1998, número 2.908.

A su vez, el ATS de 4 de febrero de 1997 <sup>(46)</sup>, por el que se concede el exequátur de una escritura notarial otorgada en Cuba, declarando el divorcio de mutuo acuerdo entre los cónyuges, tras precisar que «la Sala había seguido en casos precedentes el criterio de denegar el exequátur cuando el divorcio había sido acordado por ambos cónyuges y autorizado ante notario en base a que según entonces se razonaba, «resulta indubitado que tal divorcio no constituye la parte dispositiva de una resolución judicial, tal y como exige en el derecho patrio el artículo 89 del Código Civil; tampoco es resolución administrativa en la que haya pronunciamiento de la autoridad», afirma que «es contraria al orden público español esta suerte de divorcio puramente privado sin siquiera una homologación judicial o una administrativa, por lo que ha de ser denegado el exequátur que se pide», añadiendo que «cualquier comprobación de autoridad extranjera (...) sin alcance, cuando menos, de homologación autorizativa de la voluntad resolutoria de las partes, ha de ser interpretada como mero requisito de forma o solemnidad del acto que, por lo demás, no precisa exequátur para su eficacia en España, de conformidad con el artículo 84.2.º del Reglamento del Registro Civil (...), siempre bajo expresa reserva de orden público» (AATS 13 junio 1995, 8 abril 1996 y 7 mayo 1996)». Tras esa referencia, se advierte que «este criterio, sin embargo, fue abandonado en el Auto de fecha 1 octubre 1996, a la vista de lo establecido en el Decreto-ley número 154 de la República de Cuba sobre el Divorcio Notarial (...), en la que «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 (artículo 1) (...). Considera el presente Auto que, a la vista de tales previsiones normativas «se impone abandonar definitivamente el anterior criterio sustentado en casos precedentes y similares, y continuar con el seguido en el antes citado Auto de esta Sala de fecha 1 octubre 1996, toda vez que quedan desdibujadas las razones que motivaron entonces la denegación de la homologación pretendida (...))».

Por otra parte, el ATS de 20 de enero de 1998 <sup>(47)</sup>, a propósito de un divorcio acordado por ambos cónyuges y autorizado ante Notario cubano, tras señalar que la conformidad con el orden público español es plena, considera que «esta Sala mediante Autos de 1 octubre y 19 noviembre 1996, despejaba de cualquier duda que dicho tipo de divorcio pudiera plantear, por cuanto 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 la 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», añadiendo a continuación que «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 (SSTC 54/1989 (RTC 1989, 54) y 132/1991 (RTC 1991, 132), entre otros), lo cual posibilita el

<sup>(46)</sup> RAJ, 1998, número 5341.

<sup>(47)</sup> RAJ, 1998, número 2.667.

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 (vid. AATS 2 julio 1996, 16 julio 1996, 19 noviembre 1996, 4 febrero 1997 y 24 junio 1997)». Dicha doctrina ha sido reiteradamente defendida <sup>(48)</sup>.

Como se advierte a través del análisis de la jurisprudencia objeto de referencia, el criterio decisivo, a efectos del reconocimiento del divorcio notarial, es el concerniente a la naturaleza, jurisdiccional o notarial, de las funciones desempeñadas por las autoridades o funcionarios (por ejemplo, los *Adules* marroquíes), autorizantes del acta de divorcio. Es necesario que la intervención del notario no se limite a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que tenga atribuidas competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones, homologando la voluntad resolutoria de las partes.

9. El orden público y los divorcios administrativos.—Diversos AATS han otorgado el exequátur a resoluciones extranjeras de divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, dictadas por autoridades administrativas revestidas de *imperium* conforme al ordenamiento de origen. En esta dirección, el ATS de 13 de octubre de 1998 <sup>(49)</sup>, que concede el exequátur de una resolución dictada por el Ministerio de Justicia y Asuntos Eclesiásticos de Islandia, otorgando licencia para el divorcio de común acuerdo, considera que «no representa un obstáculo al reconocimiento el hecho de que la resolución cuyo exequátur se pretende haya sido dictada por el Ministerio de Justicia y Asuntos Eclesiásticos de Islandia, habida cuenta del carácter de la decisión, dictada en el ejercicio de funciones públicas y consecuentemente por autoridad revestida de *imperium*, de acuerdo con el ordenamiento de origen (...)». A su vez, los AATS de 24 de noviembre de 1998 <sup>(50)</sup>, 4 de mayo de 1999 <sup>(51)</sup> y 18 de mayo de 1999 <sup>(52)</sup>, a propósito de resoluciones de divorcio dictadas por autoridades municipales de Japón, consideran que «no se alza contrario al orden público español el hecho de que a la resolución por reconocer se le atribuya una naturaleza netamente administrativa —en cuanto emanada de una autoridad municipal— y, por lo tanto, no estrictamente jurisdiccional, pues la autoridad ante la que se presentó la petición de divorcio actuaba revestida de *imperium*, siendo, por demás, la competente para autorizar los divorcios de mutuo acuerdo según la *lex fori*, circunstancias éstas que conducen a la Sala a considerar el supuesto que se contempla dentro de los límites del orden público interno, tal y como lo ha hecho en otros casos similares al presente (vid. AATS 2 julio 1996, 16 julio 1996, 18 febrero 1997, 8 abril 1997, 27 mayo 1997 y 3 junio 1997)».

10. El orden público y los divorcios religiosos.—La Resolución DGRN de 17 de mayo de 1995 <sup>(53)</sup>, a propósito del matrimonio civil que intentan contraer en España dos ciudadanos de la República China de Taiwán, habiéndose divorciado el contrayente varón en el Centro Islámico de Barcelona del matrimonio que había celebrado según

---

<sup>(48)</sup> AATS de 4 de febrero de 1997, RAJ, 1998, número 5.346; 12 de mayo de 1998, RAJ, 1998, número 4.344; 7 de julio de 1998, RAJ, 1998, número 6.087; 9 de febrero de 1999, RAJ, 1999, número 999, y 23 de febrero de 1999, RAJ, 1999, número 1.892.

<sup>(49)</sup> RAJ, 1998, número 7.669.

<sup>(50)</sup> RAJ, 1998, número 9.226.

<sup>(51)</sup> RAJ, 1999, número 2.883.

<sup>(52)</sup> RAJ, 1999, número 3.167.

<sup>(53)</sup> ADGRN, 1995, pp. 1489-1492.



el rito islámico con una ciudadana marroquí en Barcelona, considera que si, en principio, la capacidad matrimonial del varón se rige por la correspondiente ley nacional (art. 9.1 CC), «no debe olvidarse que pueden existir motivos de orden público (art. 12.3) que excluyan la aplicación de la ley extranjera en principio competente». Estima la mencionada Resolución que «es patente la absoluta incompetencia de tal Centro para dictar un divorcio dentro del territorio español», añadiendo que «la disolución del matrimonio por divorcio es una actuación judicial que en España está encomendada con exclusividad a los órganos jurisdiccionales (art. 117.3 CE; 89 CC y 2 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y no puede permitirse, por aplicación clara del orden público, que un divorcio pueda ser pronunciado por una autoridad religiosa», así como que «la materia de disolución del matrimonio es totalmente ajena a las previsiones de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que ha aprobado el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España».

11. El orden público y los divorcios revocables.—El ATS de 23 de julio de 1996 <sup>(54)</sup>, por el que se deniega el exequátur de un acta de declaración de divorcio otorgada ante dos notarios en Marruecos, considera que «se ha de advertir ya inicialmente sobre el carácter revocable del divorcio acordado ante los notarios autorizantes del acto, lo que confiere a la disolución del vínculo matrimonial un notorio carácter de provisionalidad o, como se dijo en el ATS 16 julio 1996, resolutorio de un caso similar, un tinte de condicionalidad que, de una parte, pugna con la exigencia de la firmeza de la resolución a reconocer (...); y de otra, 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, que en esta materia se encuentra sin duda en íntimo entronque con los principios y derechos constitucionales, pues, como asimismo se indicaba en el antes citado Auto de 16 julio 1996 «la disolución del vínculo por el divorcio se construye en nuestro ordenamiento jurídico desde la esencial nota de la invariabilidad, es decir, de una manera definitiva e irrevocable, lo cual no empece a que quepa un ulterior nuevo matrimonio entre los esposos, pero 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 —aun cuando la apreciación de las circunstancias determinantes de la revocación del divorcio se deje a una cierta Autoridad—, ya que pues ello repugna a la estabilidad y certeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, por ende, a la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer (...)».

A su vez, el ATS de 23 de julio de 1998 <sup>(55)</sup> deniega el exequátur de un acta de divorcio acordada en Marruecos, considerando que no se ha aportado el informe exigido, entre otros extremos, «sobre si el divorcio así declarado supone la ruptura definitiva del vínculo matrimonial, extremos éstos que en modo alguno se revelan de los términos del acta de divorcio aportada cuyo reconocimiento se pretende», añadiendo que «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».

<sup>(54)</sup> RAJ, 1998, número 2.907.

<sup>(55)</sup> RAJ, 1998, número 5.337.

Por otra parte, el ATS de 21 de abril de 1998 <sup>(56)</sup> otorga, a solicitud de la esposa, exequátur al acta de divorcio revocable otorgada ante Notarios de la Oficina Notarial de los Estatutos Personales en El Cairo (Egipto) entre un egipcio y una española, quienes habían contraído matrimonio en dicho país. Tras señalar que «se ha de tener a la vista el criterio uniforme seguido por esta Sala en casos precedentes en los que se instaba el reconocimiento de resoluciones de este tipo, y así en los AATS 16 y 23 julio 1996, 24 septiembre 1996 y 28 enero 1997 se indicaba que «es lo cierto que del propio tenor literal del documento presentado se desprende la imposibilidad de conceder el reconocimiento de la resolución extranjera conforme se solicita», afirma que «la aplicación del criterio expuesto al caso que se examina habría de conducir, indefectiblemente, a la denegación del reconocimiento que se pretende, por cuanto constituye su objeto una resolución por la que se decreta el divorcio revocable de la solicitante y su esposo (...)), añadiendo que: «Sin embargo, 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 exequátur, 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 sentido internacional - de interpretación restrictiva, por demás de forma que se convierta en infranqueable, pues debe vencer 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, sin olvidarse del trascendental dato de que la situación de desequilibrio ha desaparecido en el momento en que se solicita el exequátur de la resolución extranjera, en cuyo concreto contenido no se encuentra ya la facultad del esposo de reposar el estado marital, y no cabe olvidar que es ese contenido actual el que se introduce en el orden interno con la declaración de exequátur; de donde se sigue, de una parte, que ha desaparecido la nota de inestabilidad e incertidumbre en el estado civil que repugna a los principios básicos inspiradores de nuestro ordenamiento y, de otra, que ya no se recibe 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 del 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 exequátur se recibiría la sentencia con ese mismo contenido».

Del examen de la jurisprudencia resulta que en contra del reconocimiento del divorcio revocable declarado en el extranjero se argumenta el carácter definitivo e irrevocable de la disolución del vínculo por divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, la estabilidad y certeza de las situaciones que conforman el estado civil de las personas y la igualdad

---

<sup>(56)</sup> RAJ, 1998, número 3.563.

de derechos y deberes de los esposos. Como contrapartida, en favor del reconocimiento se invocan las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto y la conveniencia de atender al principio de justicia material, la solicitud de exequátur por la esposa, el transcurso del plazo para el ejercicio de la facultad de revocación por el marido y la celebración por éste de nuevas nupcias.

12. El orden público y el repudio.—Recientemente el TS ha tenido que enfrentarse con la cuestión relativa a la concesión o denegación de decisiones extranjeras de repudio<sup>(57)</sup>. Así, el ATS de 27 de enero de 1998<sup>(58)</sup>, por el que se acuerda otorgar exequátur a una sentencia de divorcio homologada por el Juez Notarial del Juzgado de Primera Instancia de Casablanca (Marruecos), considera que «la adecuación con el orden público —que en el plano internacional presenta un carácter netamente constitucional enlazado con los derechos fundamentales y libertades públicas definidas y garantizadas por la Constitución— deriva del tipo de divorcio pronunciado por las autoridades judiciales marroquíes, a cuya determinación se dirigió el requerimiento de esta Sala que fue cumplimentado con la aportación del informe emitido por el Consulado General de Marruecos en Madrid obrante en los autos, y del mismo examen de la legislación aplicable al negocio jurídico de que se trata, contenida en el Dahir núm. I-57-343, de 22 noviembre 1957, regulador del Código del Estatuto Personal y de Sucesión en el Reino de Marruecos; y así resulta, de una parte, que ya se denomine divorcio ya se llame repudio al acto que produjo la disolución del vínculo matrimonial entre los esposos —y no se pierda de vista que tanto la traducción jurada aportada a los autos como en indicado informe del Consulado General de Marruecos lo denominan divorcio—, es lo cierto que el ordenamiento regulador atribuye tanto al esposo como a la esposa la facultad de promoverlo (...), y ello se evidencia con claridad en el presente caso, en donde es la mujer la que «declara pedir divorcio de su citado esposo», de otra parte, el tipo de divorcio o repudio es de los llamados *Khole* en la legislación marroquí, que se regula en el capítulo III del citado Código, bajo el título «Del repudio (o divorcio, según otras traducciones) mediante compensación», y que se abre con el artículo 61 que reza: «los esposos pueden convenir entre ellos el repudio —o divorcio— mediante compensación»; y, por su parte, el artículo 67 de la misma norma proclama el carácter irrevocable de este tipo de divorcio o repudio, como apunta el informe emitido por las autoridades marroquíes», añadiendo que «por lo tanto, no cabe entender en este caso vulnerado derecho constitucional alguno ni principio rector o inspirador de nuestro ordenamiento jurídico que sirva para definir el concepto de orden público, que, en consecuencia, respeta la resolución cuyos efectos quieren hacerse valer en España, tanto en su aspecto procesal como en su vertiente sustantiva».

Por su parte, el ya mencionado ATS de 21 de abril de 1998<sup>(59)</sup>, por el que se otorga exequátur a un acta de divorcio revocable otorgada en El Cairo (Egipto), entre un egipcio y una española, que habían contraído matrimonio en dicho país, considera que «ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequátur, 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

<sup>(57)</sup> M. Guzmán Zapater: «Divorcios sin intervención judicial y repudio. "Exequatur": Los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México», *Aranzadi civil*, octubre 1999, número 11, pp. 15-32.

<sup>(58)</sup> RAJ, 1998, número 2924.

<sup>(59)</sup> RAJ, 1998, número 3563.

por el marido, quien, como consta acreditado en autos, ha contraído, por ende, nuevas nupcias».

Del análisis de la jurisprudencia se desprende la utilización, en favor del reconocimiento del repudio, de argumentos relacionados con la atribución de la facultad de promoverlo también a la esposa, la existencia de compensación, el carácter irrevocable del divorcio o repudio y la solicitud de exequátur por la esposa.

Por lo que respecta a la jurisprudencia francesa relativa al reconocimiento de los repudios extranjeros, se aprecia un proceso evolutivo en tres etapas. A una jurisprudencia tradicionalmente hostil al reconocimiento sucede, a partir de la sentencia de la Cour de cassation de 18 de diciembre de 1979, en el caso *Dahar* <sup>(60)</sup>, una más benévola, lo que llevó a I. Fadlallah a interrogarse sobre la evolución favorable al repudio musulmán por el juez francés <sup>(61)</sup>. Posteriormente, a partir de la sentencia de la Cour de cassation de 6 de junio de 1990, en el caso *Akla* <sup>(62)</sup>, se ha producido un movimiento de reflujo que ha permitido a F. Monéger interrogarse acerca del fin del reconocimiento de los repudios musulmanes por el juez francés <sup>(63)</sup>.

La jurisprudencia favorable al reconocimiento de los repudios ha esgrimido argumentos en relación con el Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, la asimilación del repudio con el divorcio por mutuo consentimiento, el efecto atenuado del orden público y la solicitud de exequátur por parte de la propia esposa.

El Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación judicial <sup>(64)</sup>, contiene disposiciones particularmente favorables al reconocimiento en Francia de los repudios marroquíes, que han constituido un factor determinante en la evolución progresivamente liberal de la jurisprudencia. Así, el artículo 11 atribuye competencia facultativa, en cuanto a la disolución del matrimonio, a la jurisdicción correspondiente al domicilio común o a la nacionalidad común de los esposos. Consiguientemente, los marroquíes domiciliados en Francia podrían optar entre la jurisdicción francesa, correspondiente a su domicilio común (art. 11, párrafo 1), y la jurisdicción marroquí, correspondiente a su nacionalidad común (art. 11, párrafo 2). A su vez, el artículo 9 del texto convencional somete la disolución del matrimonio a la ley nacional común en el momento de la presentación de la demanda y, en su defecto, a la ley del domicilio común en el momento de la presentación de la demanda o a la ley del último domicilio común. Y, con arreglo al artículo 13, párrafo 1, «las actas constatando la disolución del vínculo conyugal homologadas por un juez en Marruecos entre cónyuges de nacionalidad marroquí en las formas previstas por su ley nacional producen efecto en Francia en las mismas condiciones que las sentencias de divorcio pronunciadas en el extranjero». A propósito del referido artículo 13 del Convenio, señalan las sentencias de la Cour de Cassation de 8 de diciembre de 1987, en el caso *Mediane*, y 6 de julio de 1988, en el caso *Boujlifa* <sup>(65)</sup> que «los repudios intervenidos en Marruecos deben ser reconocidos

<sup>(60)</sup> Rev. cr. dr. int. pr., 1981, pp. 88 y ss.; J.D.I., 1981, pp. 597 y ss., nota Ph. Kahn.

<sup>(61)</sup> I. Fadlallah: «Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?», Rev. cr. dr. int. pr., 1981, pp. 17-29.

<sup>(62)</sup> Rev. cr. dr. int. pr., 1991, pp. 593 y ss., nota P. Courbe.

<sup>(63)</sup> F. Monéger: «Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?», J.D.I., 1992, pp. 347-355.

<sup>(64)</sup> Rev. cr. dr. int. pr., 1983, pp. 531-538.

<sup>(65)</sup> Rev. cr. dr. int. pr., 1989, pp. 733 y ss., nota P. L. Niboyet-Hoegy.

sin que puedan, en cuanto tales, ser declarados contrarios al orden público en el sentido del derecho internacional privado francés».

El argumento relativo a la asimilación del repudio con el divorcio por consentimiento mutuo es invocado por las sentencias del tribunal de grande instance de París de 5 de diciembre de 1979 en los casos *Bonnereau* y *Vanquathem* <sup>(66)</sup>, las cuales, en supuestos de comparecencia voluntaria de la esposa ante el Cadí-Notario de Rabat, consideran que el repudio de que se trata, que produce efectos equivalentes a los de un divorcio por mutuo consentimiento, no es incompatible con el orden público francés y puede ser recibido en un orden jurídico que exige una plena y exacta igualdad de tratamiento entre los esposos. Juega aquí, pues, la noción de equivalencia de los resultados.

El argumento concerniente al efecto atenuado del orden público es invocado por la sentencia de la Cour de cassation de 3 de noviembre de 1983, en el caso *Rhobi* <sup>(67)</sup>, al considerar que «el obstáculo deducido del orden público no podría subsistir cuando se trata como en el caso de dejar que se produzcan en Francia los efectos de un derecho adquirido en el extranjero sin fraude y conforme a la ley aplicable».

La solicitud de exequátur del repudio extranjero por la propia esposa es un elemento que ha sido valorado positivamente por diversas sentencias <sup>(68)</sup> a efectos de la concesión del exequátur solicitado.

Por su parte, la jurisprudencia contraria al reconocimiento de los repudios ha invocado argumentos relativos a la excepción del fraude, a la excepción de orden público procesal, a la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, a la nacionalidad francesa de uno de los esposos y a las garantías pecuniarias de la esposa repudiada.

En cuanto a la excepción del fraude, en los casos en que, estando los esposos marroquíes domiciliados en Francia, el marido había procedido precipitadamente al repudio en su país, tras la presentación por su esposa de una demanda de divorcio o en contribución a las cargas del matrimonio ante la jurisdicción francesa, la Cour de cassation ha reprochado a los jueces del fondo no haber investigado si no se había acudido a la jurisdicción marroquí, cuya competencia era, ciertamente, fundada pero facultativa, «con el único fin de escapar a las consecuencias de la sentencia francesa» <sup>(69)</sup>. A su vez, la sentencia de la Cour de cassation de 1 de marzo de 1988, en el caso *Senoussi* <sup>(70)</sup>, en un supuesto en que, estando unos esposos argelinos domiciliados en Francia, el marido obtuvo en Argelia una sentencia de divorcio con posterioridad a que la jurisdicción francesa dictara una sentencia condenándole a contribuir a las cargas del matrimonio, reprocha al tribunal de apelación no haber investigado si «la elección de la jurisdicción argelina no había sido fraudulenta y no se había hecho con el único fin de escapar a las consecuencias de la sentencia francesa». Como se ha señalado, no se trata aquí del fraude de ley, ni del fraude a la competencia judicial, sino del fraude a la sentencia, consistente en la invocación en Francia de

<sup>(66)</sup> Rev. cr. dr. int. pr., 1981, pp. 91-94.

<sup>(67)</sup> Rev. cr. dr. int. pr., 1984, pp. 325 y ss., nota I. Fadlallah; J.D.I., 1984, pp. 329 y ss., nota Ph. Kahn.

<sup>(68)</sup> Sentencia de la Cour de cassation de 18 de diciembre de 1979, en el caso Dahar, y sentencias del tribunal de grande instance de París de 5 de diciembre de 1979, en los casos *Bonnereau* y *Vanquathem*, Rev. cr. dr. int. pr., 1981, pp. 90-94.

<sup>(69)</sup> Sentencias de la Cour de cassation de 6 de junio de 1990, en el caso *Akla*, Rev. cr. dr. int. pr., 1991, pp. 593 y ss., nota P. Courbe, y de 4 de mayo de 1994, en el caso *Asfi*, Rev. cr. dr. int. pr., 1995, pp. 104 y ss., nota J. Déprez.

<sup>(70)</sup> Rev. cr. dr. int. pr., 1989, pp. 721-732, nota de A. Sinay-Cytermann.

una sentencia extranjera de contenido diferente al que habría pronunciado la jurisdicción francesa.

El orden público procesal, es decir, la regularidad del procedimiento seguido en el extranjero, el respeto de los derechos de defensa, la exigencia de que la parte demandada haya sido legalmente citada o representada, el carácter no contradictorio del repudio, se ha utilizado en contra del reconocimiento de éste <sup>(71)</sup>.

En cuanto a la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, se invoca el artículo 5 del protocolo de 22 de noviembre de 1984, número 7 al Convenio europeo de derechos humanos, según el cual los esposos gozan de igualdad de derechos y de responsabilidades en cuanto a la disolución del matrimonio.

Por lo que respecta a la nacionalidad francesa de cualquiera de los cónyuges, el Convenio franco-marroquí, de 10 de agosto de 1981, en su artículo 13, párrafo 2, señala que las actas constatando la disolución del vínculo conyugal según la ley marroquí entre un marido de nacionalidad marroquí y su esposa de nacionalidad francesa, expedidas y homologadas por un juez en Marruecos, cuando se han hecho irrevocables, «producen efecto en Francia a solicitud de la mujer en las mismas condiciones que las sentencias de divorcio». Lo que implica, a contrario sensu, que el repudio no surtirá efecto en Francia si no es a solicitud de la mujer. Con arreglo a la sentencia de la Cour de cassation de 22 de abril de 1986 <sup>(72)</sup>, si uno de los esposos es francés el repudio será inoperante, no pudiendo el marido nacionalizado francés repudiar a una de sus esposas ni la mujer nacionalizada francesa encontrarse con la oposición de un repudio.

Por último, el argumento relativo al carácter insuficiente, irrisorio, simbólico, de las garantías pecuniarias fijadas por el juez marroquí (*don de consolation*), constituye el terreno en el que se sitúa la sentencia de la Cour de Versailles de 9 de octubre de 1989 para oponerse a un repudio marroquí <sup>(73)</sup>.

Es de señalar que, a diferencia del régimen convencional franco-marroquí <sup>(74)</sup>, el Convenio hispano-marroquí de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 de mayo de 1997 <sup>(75)</sup>, no contempla el posible reconocimiento de decisiones extranjeras de repudio, limitándose a la clásica formulación de la cláusula general de orden público (arts. 23 y 30).

#### IV. CONCLUSIONES

1. El binomio representado por el estatuto personal y el orden público es frecuentemente expresión de un conflicto de civilizaciones o de culturas entre sistemas

<sup>(71)</sup> Sentencias de la Cour de cassation de 6 de junio de 1990, en el caso Akla, Rev. cr. dr. int. pr., 1991, pp. 593 y ss., nota P. Courbe; de 1 de junio de 1994, en el caso El Madani, Rev. cr. dr. int. pr., 1995, pp. 105 y ss., nota J. Déprez, y de 31 de enero de 1995, Rev. cr. dr. int. pr., 1995, pp. 569-572, nota J. Déprez; J.D.I., 1995, pp. 343 y ss., nota Ph. Kahn.

<sup>(72)</sup> Rev. cr. dr. int. pr., 1987, pp. 374 y ss., nota P. Courbe; J.D.I., 1987, pp. 629 y ss., nota Ph. Kahn.

<sup>(73)</sup> Citada por F. Monéger: «Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?», J.D.I., 1992, p. 354.

<sup>(74)</sup> Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación judicial, Rev. cr. dr. int. pr., 1983, pp. 531-538.

<sup>(75)</sup> «Boletín Oficial del Estado» número 151, de 25 de junio de 1997.

jurídicos laicos (de tradición europea) y confesionales (de inspiración islámica); entre sistemas igualitarios y discriminatorios entre el hombre y la mujer; entre una concepción jerárquica, vertical, patriarcal, de la familia, basada en la autoridad del marido y en el sometimiento de la mujer, y una concepción democrática, horizontal, paritaria, basada en la libertad e igualdad de los cónyuges; entre sistemas monogámicos y poligámicos; entre la protección, el respeto, de la identidad cultural del extranjero y la asimilación o integración del inmigrante en la sociedad de acogida <sup>(76)</sup>.

2. Es posible hablar de una evolución del orden público español en el ámbito matrimonial, que se manifiesta en una triple dirección: Un proceso de secularización, de especialización y de flexibilización.

Se ha producido, en primer término, un proceso de secularización del orden público. Tradicionalmente, el orden público, de inspiración religiosa (católica), estaba al servicio de los principios de confesionalidad e indisolubilidad del vínculo matrimonial, frente a aquellos ordenamientos jurídicos de carácter laico favorables al matrimonio civil y al divorcio. Actualmente, el orden público opera en defensa de los principios y valores proclamados por la Constitución, concretamente la igualdad de los esposos (y la consiguiente dignidad de la mujer casada) y el carácter aconfesional del Estado, y se opone a ordenamientos jurídicos de inspiración religiosa musulmana, defensores de instituciones como la poligamia o el repudio.

En segundo lugar, se ha producido un proceso de creciente especialización del orden público. Y así, el orden público, que actuaba con carácter general, indiferenciado, frente al divorcio, actualmente matiza y pondera su intervención en atención a la naturaleza de éste, distinguiendo los supuestos relativos al divorcio notarial, divorcio administrativo, divorcio religioso, divorcio revocable o repudio.

Finalmente, ha tenido lugar un proceso de atenuación o flexibilización del orden público. El orden público, lejos de toda rigidez, se flexibiliza, valorando las particulares circunstancias concurrentes en el caso concreto, atendiendo al principio de justicia material, teniendo en cuenta, entre otros extremos, la existencia o ausencia de impedimento de ligamen en el contrayente del matrimonio consuetudinario guineano; la naturaleza de la función, notarial o jurisdiccional, homologadora o no, desempeñada por las autoridades intervinientes en el divorcio notarial (Adules marroquíes, notarios cubanos); la solicitud de exequátur del repudio por parte de la esposa; el transcurso del plazo para el ejercicio de la facultad de revocación del divorcio por el marido y la celebración por éste de nuevas nupcias.

---

<sup>(76)</sup> P. Mercier: *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Genève, Droz, 1972; 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», *Recueil des Cours*, t. 211 (1988-IV), pp. 9 y ss.; H. Gaudemet-Tallon: «La désunion du couple en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 226 (1991-I), pp. 9 y ss., pp. 179 y ss.; P. Lagarde: «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et la répudiation», *Nouveaux itinéraires en Droit-Hommage à François Rigaux, Bruxelles, Bruylant, 1993*, pp. 263 y ss.; A. Borrás: «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Recueil des Cours*, t. 249 (1994-V), esp. pp. 334-361; S. Sánchez Lorenzo: «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, 1994, pp. 557-585; M.<sup>a</sup> A. Asín Cabrera: «La mujer y el derecho islámico: Problemas culturales de identidad e integración», *La construcción cultural de lo femenino*, Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de La Laguna, 1998; I. García Rodríguez: *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, 1999.