

# Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.

Hilda Aguilar Grieder  
Universidad de A Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ACTITUD DEL D.I.Pr. FRENTE A LA MULTICULTURALIDAD: ESPECIAL REFERENCIA AL REPUDIO. III. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL REPUDIO ISLÁMICO. IV. ACTUALES TENDENCIAS DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL: INCIDENCIA EN EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE REPUDIOS ISLÁMICOS PRONUNCIADOS EN EL EXTRANJERO: 1) INTRODUCCIÓN. 2) FUNCIONAMIENTO TRADICIONAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. 3) FUNCIONAMIENTO ACTUAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. 4) FUNCIONAMIENTO ACTUAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE REPUDIOS ISLÁMICOS PRONUNCIADOS EN EL EXTRANJERO. V. A MODO DE CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunas décadas se aprecia claramente, en las sociedades europeas, la presencia de un extenso núcleo de población formado por personas procedentes de culturas muy diferentes a las occidentales; surgiendo, de este modo, las actuales sociedades multiculturales<sup>773</sup>. De hecho, en determinados países europeos (Francia, Bélgica, Alemania,

---

<sup>773</sup> Para una visión pormenorizada de la multiculturalidad, desde el punto de vista sociológico, *vid.*, entre otros muchos, AAVV, *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, bajo la edición de E. Lamo de Espinosa, Alianza Editorial, Madrid, 1995; G. Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Traducción de M.A. Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 2001, especialmente pp. 123 (en opinión de dicho autor, el pluralismo, “aunque sí es una visión del mundo que valora positivamente la diversidad, no es una fábrica de diversidad, [...]. El multiculturalismo, en cambio, [...], fabrica la diversidad, porque se dedica a hacer visibles las diferencias y a intensificarlas, y de este modo llega incluso a multiplicarlas. Por lo tanto, el multiculturalismo no es [...] una continuación y extensión del pluralismo sino que es una inversión, un vuelco que lo niega”); así como F.J. De Lucas Martín, “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, *La multiculturalidad*, bajo la dirección de F.J. De Lucas Martín, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., tomo VI, Madrid, 2001, pp. 59-102, según el cual la multiculturalidad es, “más que un modelo, un hecho social. Esto es, la existencia de hecho de las manifestaciones de la diversidad, del pluralismo cultural, es decir, la presencia en una misma sociedad de grupos con diferentes códigos culturales (identidades culturales propias) como consecuencia de diferencias étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales, que es lo que designamos como sociedades multiétnicas” (pp. 63-64).

Holanda, etc.), ha habido lugar a sucesivas generaciones de inmigrantes procedentes de las señaladas culturas. En España, sin embargo, el fenómeno de la multiculturalidad es mucho más reciente. La coexistencia de culturas dispares dentro de un mismo Estado ha traído consigo los llamados “conflictos de civilizaciones”, esto es, de culturas<sup>774</sup>. Dichos conflictos se han producido muy especialmente, aunque no de un modo exclusivo, entre los principios y valores occidentales (los cuales se encuentran plasmados, tanto en la normativa internacional sobre derechos humanos, como en las Constituciones estatales de los países pertenecientes al mundo occidental) y los islámicos<sup>775</sup>, ya que dentro de las actuales sociedades europeas se ha ido gestando un extenso núcleo de población formado por personas procedentes del mundo islámico (Marruecos, Argelia, Egipto, Túnez, Jordania, etc.) que se han trasladado, por motivos laborales, a las sociedades occidentales.

Las personas procedentes de los países musulmanes tienen un peculiar modo de vivir, esto es, de entender la vida, detrás del cual subyace un trasfondo religioso<sup>776</sup>. En efecto, tal como ha puesto de manifiesto E. Mikunda Franco, detrás de los derechos humanos islámicos subyace la propia ética religiosa islámica, mientras que detrás de los derechos humanos occidentales está presente una ética “secularizada o agnóstica”<sup>777</sup>. La religión islámica parte

<sup>774</sup> Como ha puesto de manifiesto S. Tarrés Chamorro, el “inmigrante es portador de una cultura, de todo un sistema de códigos y valores que ha interiorizado en la sociedad de origen, y que intenta reproducir en la de destino. A la vez que todo hecho migratorio implica una adaptación al nuevo entorno y, en consecuencia, una reorganización cultural, una selección de lo que es válido de la propia cultura junto a un aprendizaje de los nuevos códigos” (S. Tarrés Chamorro, “Religiosidad de los inmigrantes magrebíes: Yines y Chaitanes”, *La inmigración en la sociedad actual. Una visión desde las ciencias sociales*, bajo la edición de M<sup>a</sup>.J. Escartín Caparrós y de M<sup>a</sup>.D. Vargas Llovera, Alicante, 1999, pp. 127-148, pp. 143-144).

<sup>775</sup> Para una visión exhaustiva relativa a la confrontación entre los derechos humanos occidentales y los derechos humanos islámicos, *vid.*, muy especialmente, M<sup>a</sup>.D. Adam Muñoz, *La protección de los Derechos de las Mujeres en una sociedad multicultural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001; así como E. Mikunda Franco, *Derechos humanos y mundo islámico*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, el cual estima que las perspectivas de futuro, por lo que a este tema se refiere, son muy esperanzadoras y optimistas (pp. 201-211). Por lo que a los principios islámicos relativos a los derechos del hombre se refiere, *vid.*, muy especialmente, la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos de 19 de septiembre de 1981. Dicha Declaración fue elaborada por el Consejo Islámico de Londres y presentada ante la UNESCO. La señalada Declaración constituye una manifestación evidente de la concepción que el Derecho islámico tiene de las relaciones personales y familiares, ya que la misma, como consecuencia de consagrar la tradición religiosa islámica, parte de la discriminación de la mujer con respecto al hombre.

<sup>776</sup> Tal como ha puesto de manifiesto S. Tarrés Chamorro, ser musulmán “no es sólo hacer las oraciones diarias preceptivas, abstenerse de comer cerdo, beber alcohol o practicar el ayuno de ramadán. Ser musulmán implica un sistema de vida” (S. Tarrés Chamorro, *loc. cit.*, 1999, pp. 127). El carácter marcadamente religioso, tanto de la cultura islámica como de otras culturas, ha servido para justificar prácticas auténticamente aberrantes, entre las que se encuentra la circuncisión o clitoridectomía, la escisión, la infibulación, las lapidaciones de mujeres que han mantenido relaciones extramatrimoniales, etc. Por lo que a dichas prácticas se refiere, *vid.*, muy especialmente, A. Kaplan Marcusán, “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”, *La multiculturalidad*, bajo la dirección de F.J. De Lucas Martín, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., tomo VI, Madrid, 2001, pp. 195-216.

<sup>777</sup> E. Mikunda Franco, *op. cit.*, 2001, pp. 201-202.

de la superioridad del hombre sobre la mujer y del padre sobre los hijos. Ello va a tener importantes consecuencias en el ámbito de lo jurídico<sup>778</sup>. Como consecuencia de todo lo señalado, existen áreas de la vida de las personas más sensibles al fenómeno de la multiculturalidad y, más en concreto, las relaciones personales y familiares<sup>779</sup>. De este modo, va a ser el Derecho de la persona y el de la familia el más afectado por el nuevo contexto social multicultural. Y dentro de dicho sector jurídico, va a ser la institución matrimonial, especialmente su disolución, la más afectada por la multiculturalidad. En efecto, existen determinadas instituciones jurídicas extranjeras, fundamentalmente en el sector matrimonial, que están basadas en principios y valores radicalmente opuestos a los occidentales. Tal es el caso, por ejemplo, del matrimonio no consensuado, del matrimonio poligámico, del divorcio pronunciado por una autoridad religiosa islámica, del divorcio revocable, del divorcio notarial y del repudio islámico.

El presente trabajo gira en torno a una institución típica de los países musulmanes: el llamado repudio islámico y, más en concreto, a los problemas que plantea su reconocimiento, en general, en los países occidentales y, en particular, en nuestro país.

Las reflexiones que vamos a exponer en los siguientes apartados no pretenden plantear, al menos de un modo directo, un debate en torno a la teoría general del orden público en el D.I.Pr., sino tan sólo analizar y valorar el grado de adecuación de la reciente jurisprudencia española, en materia de reconocimiento de repudios islámicos pronunciados en el extranjero, a ciertas tendencias actuales seguidas en el D.I.Pr. en relación con la cláusula de orden público. La cláusula de orden público internacional, que está integrada por los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, constituye una barrera a la importación de productos jurídicos extranjeros en el foro.

## II. ACTITUD DEL D.I.Pr. FRENTE A LA MULTICULTURALIDAD: ESPECIAL REFERENCIA AL REPUDIO

Como es bien sabido, el D.I.Pr. no puede permanecer al margen de la problemática planteada por el complejo y reciente fenómeno de la multiculturalidad, debiendo caminar “por la vía del progreso intercultural”<sup>780</sup>. Como ha puesto de manifiesto el profesor S. Sánchez Lorenzo, el D.I.Pr. ha de servir como canal de comunicación intercultural, esto es, entre

---

<sup>778</sup> Para una visión general de la influencia de la religión islámica en el Derecho islámico, *vid.*, entre otros muchos, B. Dupret, “Política, religión y Derecho en el mundo árabe”, *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, bajo la edición de A. Borrás y de S. Mernissi, Barcelona, 1998, pp. 21-43. Para una visión exhaustiva de la influencia de la religión islámica en el D.I.Pr. musulmán, *vid.*, por todos, M. Charfi, “L’influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans”, *R. des C.*, 1987, III, tomo 203, pp. 321-454.

<sup>779</sup> En este mismo sentido, *vid.* I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 59, la cual establece que si “bien el Derecho islámico se aplica a todas las facetas de la persona, es en las relaciones familiares donde se vuelve mucho más preciso y puntilloso. (...) el *Corán* dedica mucho espacio al matrimonio y divorcio en proporción a otras cuestiones”.

<sup>780</sup> Dicha expresión la hemos tomado de E. Mikunda Franco, *op. cit.*, 2001, pp. 201, el cual, aunque refiriéndose a la misma problemática, la utiliza en otro contexto. *Vid.* los interesantes supuestos de multiculturalismo extraídos de la práctica por F.J. Zamora Cabot, “Hitos del sustrato social y económico del Derecho internacional privado”, *R.G.D.*, 2000, año LVI, núm. 667, pp. 4449-4481, pp. 4464-4468.

realidades culturales diversas<sup>781</sup>. Nuestra disciplina ha de partir de la base de que la disparidad cultural es algo positivo, respetando, eso sí, dentro de ciertos límites, el derecho a la diferencia. Tal como ha puesto de relieve el profesor S. Álvarez González, el D.I.Pr. ha de respetar el derecho a la diferencia, siempre y cuando la misma no resulte intolerable<sup>782</sup>. El D.I.Pr. no ha de partir, pues, ni de una aceptación generalizada e incondicionada de las instituciones jurídicas extranjeras basadas en valores opuestos a los occidentales, ni de un rechazo automático a las mismas<sup>783</sup>. El D.I.Pr. ha de tender, en suma, a la consecución de un equilibrio entre los valores en conflicto, esto es, entre el derecho al respeto de la identidad cultural del inmigrante y su integración en la sociedad de acogida. Para la consecución del equilibrio propugnado, cuya puesta en práctica resulta de extrema complejidad, el D.I.Pr. cuenta con un conjunto de técnicas diversas, entre las que destaca la modulación en la intervención de la cláusula de orden público internacional. El problema estriba en determinar dónde se encuentran los límites del proclamado derecho a la diferencia.

En cualquier caso, el fenómeno de la multiculturalidad es un fenómeno complejo, que exige un estudio detallado de cada caso, de cada institución jurídica<sup>784</sup>. El punto de equilibrio (de valores en conflicto) que venimos buscando va a variar, pues, según cuál sea la institución jurídica foránea implicada en la situación o relación jurídica privada internacional de que se trate<sup>785</sup> (y, es más, según cuál sea la concreta pretensión solicitada ante los órganos jurisdiccionales del foro y las particulares circunstancias concurrentes en cada caso), según cuál sea el momento histórico en el cual se plantee el choque entre culturas opuestas<sup>786</sup> y

<sup>781</sup> S. Sánchez Lorenzo, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *R.E.D.I.*, 1994, vol. XLVI, núm. 2, pp. 557-585, pp. 576-580.

<sup>782</sup> S. Álvarez González, "Adopción internacional y sociedad multicultural", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1998, pp. 179-211, especialmente pp. 211.

<sup>783</sup> En opinión de la profesora M. Guzmán Zapater, "Divorcios sin intervención judicial y repudio. 'Exequatur': los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México", *A.C.*, núm. 11, octubre 1999, pp. 15-32, pp. 28, núm. 29, ha de partirse de la base del relativismo cultural, ya que los valores occidentales no son superiores a los valores procedentes de otras culturas jurídicas.

<sup>784</sup> En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, A. Borrás, "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, bajo la dirección de A. Borrás y de S. Mernissi, Barcelona, 1998, pp. 163-198, según la cual ha de reconocerse la imposibilidad de una solución general para solventar los conflictos interculturales, siendo precisa, en aras de la consecución de un resultado materialmente justo, una flexibilización de las soluciones; así como P. Abarca Junco, "La regulación de la sociedad multicultural", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, bajo la dirección de A.L. Calvo Caravaca y de J.L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 163-179.

<sup>785</sup> Para una visión detallada de la influencia de la multiculturalidad sobre cada una de las relaciones jurídicas privadas internacionales, *vid.*, muy especialmente, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000.

<sup>786</sup> Un análisis de la jurisprudencia comparada deja patente que las respuestas de los sistemas estatales de D.I.Pr., ante los problemas relativos a la multiculturalidad, varían a lo largo del tiempo. De hecho, la jurisprudencia dictada en esta materia en los años sesenta del último siglo es mucho más abierta al fenómeno de la multiculturalidad que la jurisprudencia que ha sido dictada desde los años noventa (por lo que a Francia se refiere, *vid.* F. Monéger, "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?", *J.D.I.*, 1992, vol. 119, núm. 2, pp. 347-355; así como R. El-Husseini, "Le droit international privé français et la répudiation islamique", *R.C.D.I.P.*, 1999, vol. 88, núm. 3, pp. 427-468). A nuestro modo de ver, dicho retroceso pudiera estar relacionado, al menos en cierta medida, con el auge, en las sociedades europeas actuales, de tendencias políticas

según cuál sea el momento temporal en el cual se encuentre la situación privada internacional de que se trate. Por lo que a esta última cuestión se refiere, habrá que distinguir aquel supuesto en el cual se solicite del foro la creación de una situación o relación privada internacional basada en principios y valores opuestos a los occidentales (sector del Derecho aplicable), de aquel otro supuesto en el cual se solicite del foro la consolidación, esto es, el reconocimiento de una situación o relación privada internacional, basada en los señalados principios y valores, que haya sido creada en el extranjero al amparo de un ordenamiento extranjero (sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras). En este último caso, el grado de tolerancia va a ser mucho mayor que en el caso anterior.

Como anteriormente hemos adelantado, el repudio es una institución jurídica típica del mundo islámico. Los principios y valores subyacentes al repudio islámico han planteado un arduo debate tanto dentro como fuera del mundo islámico, convirtiéndolo en un símbolo del conflicto intercultural. Dicho instituto plantea problemas, en los países occidentales, no sólo en el sector del Derecho aplicable (consistentes en responder a si los repudios pueden pronunciarse en dichos países y bajo qué condiciones dicho pronunciamiento puede tener lugar), sino también en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (consistentes en contestar a si los repudios pronunciados en el extranjero pueden reconocerse en los países occidentales y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones). Es a esta última cuestión a la que nosotros vamos a referirnos a lo largo del presente trabajo. Por lo que a esta cuestión se refiere, en aras de la consecución del equilibrio propugnado, el D.I.Pr. no puede partir ni de la aceptación generalizada de todos los efectos del repudio ni del rechazo automático de los mismos, sino que habrá de tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y los intereses en presencia. Ello implica que, para la consecución de un resultado materialmente justo y equilibrado, los órganos jurisdiccionales hayan de proceder a un análisis de cada caso concreto de repudio.

### III. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL REPUDIO ISLÁMICO

A continuación vamos a proceder, aunque sea brevemente, al estudio de los principios y valores que sustentan la institución jurídica del repudio islámico, lo cual se desprende claramente de sus notas características.

En primer lugar y, con carácter general, hemos de tener presente que los ordenamientos jurídicos islámicos, pese a partir de unas mismas fuentes (religiosas), no son

---

ultraconservadoras, las cuales, bajo la apariencia de motivaciones económicas o laborales y de seguridad ciudadana, parten de una desconfianza hacia lo ajeno, hacia lo diferente por el hecho de ser diferente, hacia el inmigrante por el hecho de ser inmigrante. Dichas tendencias han propiciado, sin lugar a dudas, las actuales políticas de inmigración de los países europeos, las cuales se caracterizan, por lo general, por su carácter marcadamente restrictivo. Para una visión general de la actual política de inmigración española, *vid.*, entre otros muchos, B. Martín María, "La reforma de la Ley de extranjería", *Iuris*, Marzo 2001, núm. 48, pp. 32-38, según la cual, la L.O. 8/2000, además de suponer un retroceso con respecto a la L.O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece una política de inmigración que tiende más al control de la inmigración que a la integración de los inmigrantes. Para una visión rigurosa de la problemática planteada por los movimientos migratorios masivos por motivos económicos y su integración en la sociedad de acogida, desde la perspectiva de los derechos humanos fundamentales, *vid.*, por todos, AAVV, *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, bajo la dirección de A. Marzal, Barcelona, 2002.

uniformes, siendo algunos más permisivos y tolerantes que otros<sup>787</sup>. De hecho, existen diferencias notables entre las regulaciones de ciertas instituciones jurídicas entre los propios países islámicos. Dicha disparidad jurídica afecta fundamentalmente, aunque no exclusivamente, a la institución matrimonial y, muy especialmente, a la materia relativa a la disolución del matrimonio y, consiguientemente, al repudio.

En los ordenamientos jurídicos islámicos, a diferencia de los que acontece en los ordenamientos jurídicos occidentales, el matrimonio tiene la consideración de contrato<sup>788</sup>. Dicho contrato, que suele ir precedido de un acuerdo matrimonial (celebrado entre el “novio” y el padre o pariente varón más cercano de la “novia”), consiste en que la mujer se compromete a entregarse sexualmente al marido, y a guardarle fidelidad y obediencia, a cambio de ser mantenida durante el matrimonio y de una dote que recibe (la cual ha sido pactada por el “novio” y los familiares de la “novia”), teniendo esta última por finalidad asegurar la supervivencia de la mujer en el caso de disolver el marido el matrimonio (contrato) por medio de un repudio o de cualquier otro modo de disolución del matrimonio.

Por lo que a la institución jurídica islámica del repudio se refiere, es preciso poner de relieve que la misma no ha sido regulada de un modo uniforme en todos los países islámicos, apreciándose, en ciertos aspectos, diferencias sustanciales de uno a otro país islámico. Y lo que es más importante, en la actualidad, no todos los países islámicos admiten la institución jurídica del repudio. De hecho, ni Túnez<sup>789</sup> ni Turquía<sup>790</sup> admiten el repudio. En Argelia, aunque su Código de Estatuto Personal no emplea la palabra “repudio”, subsiste el mismo, aunque disfrazado bajo la denominación de “divorcio por demanda unilateral del marido”.

El Derecho islámico contempla diferentes modos de disolución del matrimonio: la judicial y la extrajudicial. El Derecho islámico admite que el matrimonio pueda disolverse, además de por el divorcio, por la voluntad unilateral del marido, sin necesidad de una causa, a través de la institución jurídica del repudio. Dicho modo de disolución del matrimonio se contempla de un modo detallado en el Corán. El repudio es el modo de disolver el matrimonio extrajudicialmente. En efecto, el repudio es un divorcio no judicial, esto es, un divorcio

---

<sup>787</sup> Por lo que a las cuatro escuelas existentes en el mundo islámico se refiere, así como a las disparidades existentes incluso en el seno de una misma escuela, *vid.* I. García Rodríguez, *op. cit.*, 1999, pp. 59-60, así como las referencias bibliográficas por la misma citadas.

<sup>788</sup> Por lo que al matrimonio en el Derecho islámico se refiere, *vid.* D.S. El Alami, *The Marriage Contract in Islamic Law*, London, Dordrecht, Boston, 1992, así como las abundantes referencias doctrinales por el mismo citadas.

<sup>789</sup> El Código del Estatuto de la persona tunecino, de 13 de agosto de 1956 (reformado el 18 de junio de 1981 y el 12 de julio de 1993), ha llevado a cabo, en el ámbito del Derecho de familia, una reforma legal radical, ya que el mismo contiene normas protectoras de la mujer que reducen su discriminación con respecto al hombre, aunque no la eliminan. El señalado Código, que podría calificarse como de revolucionario dentro del mundo islámico, ha acabado con ciertas instituciones jurídicas islámicas basadas en una posición de inferioridad de la mujer con respecto al hombre (entre las que se encontraba el repudio y el matrimonio poligámico). El art. 30 del señalado Código legal establece que la disolución del matrimonio únicamente puede tener lugar por la vía judicial. De conformidad con dicho precepto, el divorcio sólo puede tener lugar en caso de ofensa de uno de los cónyuges, en caso de consentimiento mutuo o a petición de uno de los cónyuges (en este último caso, el cónyuge que pide el divorcio habrá de pagar daños y perjuicios al otro cónyuge).

<sup>790</sup> En cualquier caso, es preciso tener muy en cuenta que Turquía, pese a tener una población musulmana mayoritaria, es un Estado laico.

privado, ya que se lleva a cabo, con carácter general, sin la intervención de autoridad judicial o de autoridad pública alguna, sino por un mero fedatario de la voluntad de las partes (*Adul*)<sup>791</sup>. El repudio se efectúa habitualmente de un modo extremadamente rápido y sencillo y, más en concreto, por medio de un conjunto de palabras por las que el marido manifiesta, de un modo expreso o tácito, que devuelve a su mujer. Dichas palabras no tienen que ser plasmadas necesariamente en un escrito. En cualquier caso, el repudio, para evitar ser considerado como nulo, se ha de realizar ante dos testigos. La facultad de disolver el matrimonio por medio de un repudio corresponde exclusivamente al marido, salvo que éste haya concedido dicha facultad a la mujer (lo cual, salvo en el caso de recibir el marido una notable compensación, no suele ocurrir). Salvo en algún país islámico aislado, el repudio puede hacerse por medio de poder. Algunos países islámicos exigen que antes de pronunciarse el repudio haya un acto de conciliación entre los cónyuges. Por otro lado, el repudio puede ser tanto revocable como definitivo o irrevocable. La tradición religiosa islámica recomienda que el repudio sea revocable. De hecho, en algunos países islámicos, el repudio únicamente puede ser revocable. En cualquier caso, la revocabilidad de los repudios revocables está sujeta a determinados límites temporales. En efecto, el repudio es revocable cuando se concede al marido un determinado plazo de reflexión (de cuatro meses, o de diez meses si la mujer está embarazada) durante el cual puede volver con su mujer sin necesidad de que ésta lo consienta. Una vez que el marido haya dejado transcurrir dicho período de tiempo sin reanudar la vida conyugal, el repudio deviene irrevocable y, consiguientemente, el vínculo matrimonial queda definitivamente disuelto. De conformidad con la tradición religiosa islámica, una mujer puede ser repudiada hasta dos veces (ya que a la tercera vez, el repudio deviene irrevocable), y un hombre no puede tomar a una mujer repudiada hasta que no haya pasado el tiempo para que el repudio en cuestión sea firme. Una vez que haya pasado el señalado plazo, el repudio deviene definitivo, esto es, irrevocable.

Pero no sólo la propia institución jurídica del repudio resulta discriminatoria para la mujer, los efectos producidos por el señalado instituto también lo son. En efecto, en caso de disolución del matrimonio, el padre conserva sus derechos sobre los hijos (incluida la patria potestad y la tutela), mientras que la madre tan sólo goza de la llamada *hadana*, que consiste en la guarda y custodia del hijo (hasta que éste alcance una determinada edad, la cual varía según cuál sea el sexo del hijo), esto es, en velar por sus necesidades elementales. En cualquier caso, con motivo de evitar “eventuales y perturbadoras” influencias en los hijos de religiones distintas a la islámica, dicho derecho de guarda que tiene la madre va a verse muy restringido, o incluso suprimido, cuando el padre sea musulmán y ella no lo sea. Por lo que a la indemnización económica de la mujer repudiada se refiere, aunque la tradición religiosa islámica impone a los creyentes la obligación de otorgar una justa compensación a la mujer repudiada, dicha cantidad, en la práctica, suele ser, o bien, de escasa cuantía, o bien, inexistente. De hecho, en determinados casos, el repudio no lleva aparejado una compensación económica a la mujer repudiada.

La nueva legislación marroquí de Derecho de familia de 10 de septiembre de 1993 (que ha modificado tanto el Código de Estatuto Personal de 1957/1958 como el Código de procedimiento civil de 1974), aun a pesar de mantener la institución del repudio, lo reglamenta de un modo más restrictivo, reduciendo, aunque no eliminando, la discriminación

---

<sup>791</sup> En el Derecho islámico, los *Adules* son profesionales que ejercitan, de hecho, las funciones que en nuestro Derecho correspondería realizar a un notario.

de la mujer con respecto al hombre. En la actualidad, en Marruecos el repudio puede, o bien, pronunciarse unilateralmente por el marido (en cuyo caso, el repudio recibe la denominación de *talaq*), o bien, convenirse por ambos cónyuges mediante una determinada compensación económica (en cuyo caso, el repudio se conoce como *khul*). En Marruecos está excluido el repudio irrevocable; lo cual lleva implícito que tras el repudio se conceda un determinado período de reflexión durante el cual el matrimonio subsiste a todos los efectos legales. La reforma llevada a cabo en el año 1993 ha mejorado, en cierta medida, los derechos de la mujer repudiada y de los hijos. De este modo, por un lado, se ha tendido a garantizar el derecho de la mujer a ser informada sobre el repudio, incorporándose determinadas exigencias de publicidad. De hecho, el repudio, además de poder emitirse únicamente en la circunscripción territorial del domicilio conyugal, sólo puede ser oficializado en presencia del marido y de la mujer y previa autorización del juez (el cual deberá realizar con anterioridad una tentativa de reconciliación). En el supuesto de no haber comparecido la mujer, el juez, una vez que haya pronunciado el repudio, habrá de informar a la mujer de su nueva situación. El documento en el cual consta el repudio debe serle entregado a la mujer en un plazo máximo de 15 días (mientras que al marido tan sólo se le entrega una copia). Por otro lado, se ha tendido a prolongar, al menos en cierta medida, el procedimiento de repudio, evitándose su carácter casi instantáneo. Por otra parte, el juez, en el momento de autorizar el repudio, está obligado a fijar una suma de dinero, a favor de la mujer y de los hijos, que el marido habrá de consignar en las arcas del Tribunal. Los *Adules* sólo podrán registrar el repudio después de haberse llevado a cabo la señalada consignación y de haber autorizado el juez el repudio. El juez, una vez que haya estampado su sello en el acta de repudio, esto es, una vez que lo haya homologado, habrá de designar la pensión alimenticia de los hijos (la cual puede ser sometida a revisión), la pensión alimenticia de la mujer repudiada durante el período en el cual la mujer repudiada no puede ni casarse ni mantener relaciones sexuales (*idda*) y su lugar de residencia durante dicho período, el importe de la eventual compensación económica de la mujer repudiada (que será mayor a menor sea la justificación del repudio), el importe de la dote que quede por abonar, el derecho de guarda y custodia (*hadana*) y el derecho de visita del padre a los hijos. Aunque el derecho a la guarda y custodia de los hijos (*hadana*) corresponda, al menos *a priori*, a la madre, la tutela legal de los mismos corresponde ejercerla al padre<sup>792</sup>.

<sup>792</sup> Para una visión general de la regulación del repudio en el Derecho islámico, *vid.*, entre otros muchos, S. Mernissi, “El estatuto de la mujer en Marruecos”, *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, bajo la dirección de A. Borrás y de S. Mernissi, Barcelona, 1998, pp. 103-121, pp. 113-120; P. Mandirola Brioux, *Introducción al Derecho islámico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 110-112; S.A. Aldeeb Abu-Sahlieh, “La Suisse face à l’inégalité entre homme et femme en droit musulman”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, bajo la edición de I. García Rodríguez, Servicio de Publicaciones, Universidad de Alcalá, 1999, pp. 331-382, pp. 349-350; A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación “la Caixa”, Barcelona, 2000, pp. 67-90; así como S. El Hadri, “El estatuto jurídico de la mujer en el Islam”. Una situación plural”, *La multiculturalidad*, bajo la dirección de F.J. De Lucas Martín, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo VI, C.G.P.J., Madrid, 2001, pp. 163-193, pp. 186-191.



#### IV. ACTUALES TENDENCIAS DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL: INCIDENCIA EN EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE REPUDIOS ISLÁMICOS PRONUNCIADOS EN EL EXTRANJERO

##### 1) Introducción

Como ya conocemos, el D.I.Pr. lo que pretende, en última instancia, es ordenar la sociedad de una forma justa, es decir, es garantizar una solución adecuada en cada caso. Para cumplir con dicho objetivo el D.I.Pr., además de contar con una pluralidad de técnicas de reglamentación y de expedientes técnicos, ha manifestado una tendencia progresiva (desde el último tercio del siglo XX) a la flexibilización, a la materialización y a la especialización<sup>793</sup>. La cláusula de orden público internacional siempre ha sido, junto con las normas materiales imperativas, el expediente material del D.I.Pr., ya que la misma tiende a la consecución de una respuesta jurídica adecuada, esto es, de una solución justa desde el punto de vista material. El orden público internacional está constituido por los principios y valores esenciales de una determinada sociedad y, más en concreto, de un determinado ordenamiento jurídico. Los principios y valores fundamentales, que constituyen la cláusula de orden público internacional, son los del ordenamiento jurídico del foro<sup>794</sup>. Dicha cláusula opera en las situaciones privadas internacionales, ya que existen determinados principios y valores a los cuales las partes no pueden renunciar ni siquiera en el supuesto de concurrir un elemento de internacionalidad. El orden público internacional tiene la consideración de un último reducto, es decir, de un remedio de carácter subsidiario. Sin embargo, en la práctica el mismo tiene un papel principal en la solución de la problemática relativa a la multiculturalidad. El ámbito de actuación fundamental del orden público internacional es el Derecho de familia y el Derecho de la persona, que son, como sabemos, los ámbitos jurídicos más afectados por el fenómeno de la multiculturalidad<sup>795</sup>. De este modo, aunque la actitud de equilibrio que ha de seguir el D.I.Pr. para adaptarse a los problemas de multiculturalidad se pueda llevar a cabo por medio de técnicas diversas; la técnica más utilizada por los órganos jurisdiccionales es, sin duda

<sup>793</sup> Por lo que a dichas tendencias del D.I.Pr. se refiere, *vid.* J.D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et métérialisation des règles de droit international privé”, *R. des C.*, 2000, tomo 287.

<sup>794</sup> *Vid.*, entre otros muchos, J.A. Carrillo Salcedo, comentario al art. 12.3 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 638-649, pp. 639, según el cual el orden público internacional “debe ser valorado y comprendido como un instrumento al servicio de la cohesión del ordenamiento del foro, ya que su intervención, como excepción a la aplicación del Derecho extranjero, manifiesta ante todo la preocupación por mantener la homogeneidad del sistema jurídico nacional” (la cursiva es del autor); así como A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *R. des C.*, 1993, II, tomo 239, pp. 9-116, pp. 26. Además del orden público interno y del orden público internacional, existe un “orden público comunitario”. Por lo que a este último se refiere, *vid.*, muy especialmente, I. García Rodríguez, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *R.I.E.*, 1993, vol. 20, núm. 3, pp. 901-942, pp. 927-938, según la cual el orden público comunitario, que defiende los principios y objetivos de los Tratados constitutivos, va a actuar de un modo distinto según se trate de relaciones entre los propios Estados miembros o de relaciones de éstos con terceros Estados.

<sup>795</sup> En cualquier caso, el orden público internacional también actúa en el ámbito patrimonial: *vid.*, muy especialmente, J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, comentario al art. 12.3 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo I, vol. 2, artículos 8 a 16 del Código Civil, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 894-926, pp. 917, núm. 28.

alguna, la cláusula de orden público internacional, la cual interviene, aunque de un modo distinto, tanto cuando la problemática de que se trate atañe al sector del Derecho aplicable como cuando lo haga al sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

Para la consecución de un resultado materialmente justo, la cláusula de orden público internacional ha de adaptar los principios, valores y criterios de justicia material fundamentales del foro, en aras de la internacionalidad de la situación o relación jurídica privada internacional de que se trate, al grado<sup>796</sup> o tipo<sup>797</sup> de heterogeneidad de la misma. Ello lo va a conseguir la cláusula de orden público internacional por medio de su flexibilización y de su especialización.

## 2) Funcionamiento tradicional del orden público internacional

En la época de Savigny, a diferencia de lo que ocurre hoy en día, el orden público internacional se fundamentaba en la existencia de una comunidad jurídica internacional. Y, más en concreto, Savigny estimaba que la comunidad jurídica internacional estaba exclusivamente formada por las llamadas naciones civilizadas, esto es, por la comunidad occidental. Para dicho autor, la aplicación del Derecho extranjero por los órganos jurisdiccionales tenía su fundamento en la existencia de la señalada comunidad internacional. En efecto, en dicha época se consideraba que los Estados, como consecuencia de pertenecer a la comunidad jurídica internacional, gozaban de un conjunto de derechos y de obligaciones. Y entre dichas obligaciones estaba la de aplicar el correspondiente Derecho de los Estados que conformaban la comunidad jurídica internacional. De este modo, se estimaba que la quiebra o ruptura de la susodicha comunidad internacional justificaba la desaparición de la obligación que tenían los Estados de aplicar el Derecho extranjero y, consiguientemente, la intervención del orden público internacional<sup>798</sup>. La referida función asignada a la cláusula de orden público internacional, desde mediados del siglo XIX hasta el último tercio del siglo XX, justificaba dos de las características que tradicionalmente se han achacado a la misma: su automatismo y su rigidez. En efecto, nuestra cláusula de orden público internacional se ha caracterizado tradicionalmente por su amplio margen de actuación y, más en concreto, por su automatismo

<sup>796</sup> La importancia del grado de heterogeneidad ha sido puesta de manifiesto por S. Alvarez González, "Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa", *A.D.C.*, 1993, pp. 1109-1151.

<sup>797</sup> Por lo que al tipo de heterogeneidad se refiere, *vid.* J.C. Fernández Rozas, "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número especial 2000, pp. 7-32. La expresión "tipo" de heterogeneidad nos parece que se adecua mejor a los problemas de multiculturalidad, mientras que el término "grado" de heterogeneidad consideramos que se adapta mejor a las situaciones privadas internacionales que no presentan un "choque cultural".

<sup>798</sup> Por lo que a la referida justificación o función tradicional del orden público internacional se refiere, *vid.*, por todos, M. Aguilar Benítez De Lugo, "Estatuto Personal y Orden Público en un Contexto de Creciente Multiculturalidad", *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, bajo la edición de I. García Rodríguez, Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315-333, pp. 315. Dicha justificación de la cláusula de orden público internacional sirvió a la Resolución de la D.G.R.N. de 6 de abril de 1979, *R.A.J.*, 1979, núm. 1462, para defender el carácter excepcional de la misma ("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" [Considerando 3º]).

y rigidez<sup>799</sup>. De este modo, nuestro orden público internacional ha funcionado tradicionalmente como barrera, y no como equilibrio. Dichas características clásicas de nuestro orden público internacional llevaban implícitas la negación a los jueces de todo margen de maniobra<sup>800</sup>.

Al margen de lo señalado, es preciso tener presente que la cláusula de orden público internacional se ha caracterizado desde siempre, no sólo por su relatividad temporal, sino también por su relatividad espacial (y su consiguiente territorialidad), lo cual significa que lo que se estima un resultado materialmente justo para el foro en un momento dado puede no serlo en un momento distinto y, por supuesto, en un Estado distinto<sup>801</sup>. La relatividad temporal de la cláusula de orden público internacional plantea el problema del momento en el cual se ha de fijar su contenido. Hoy en día existe unanimidad en la doctrina en apreciar el contenido concreto del orden público internacional con arreglo al principio de la actualidad del orden público, lo cual significa que el mismo haya de ser determinado por el juez del foro en el momento de dictar su decisión<sup>802</sup>. Sin embargo, la relatividad espacial de la susodicha

---

<sup>799</sup> *Vid.*, muy especialmente, M. Aguilar Benítez De Lugo, "Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español", *R.E.D.I.*, 1967, vol. XX, núm. 2, pp. 217-246, especialmente pp. 245, el cual puso de manifiesto que de la práctica española se desprende que la "acción del orden público (se refiere al internacional) es total, no admite atenuación de su eficacia" y que el mismo ha jugado en la práctica española el papel de "regla más que el de excepción a la regla"; así como J.A. Carrillo Salcedo, *loc. cit.*, 1977, pp. 640-641, según el cual la rigidez y el exagerado mecanicismo que caracterizaba al tradicional orden público internacional respondía a la vieja idea del Derecho internacional privado como conflicto de soberanías.

<sup>800</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del T.S. de 12 de mayo de 1944, *R.A.J.*, 1944, núm. 669, según la cual es "inconciliable la disolución del vínculo matrimonial con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español, como ante este conflicto o colisión entre la ley extranjera aplicable y el *orden público nacional, debe prevalecer siempre, sin excepción alguna, este último*" (Considerando 4º) (la cursiva es nuestra); así como la sentencia del T.S. de 5 de abril de 1966, *R.A.J.*, 1966, núm. 1684 (Considerando 5º). No obstante, ya a principios de los años setenta, la práctica española daba muestras de una concepción menos rígida y automática, esto es, más atenuada, de la cláusula de orden público internacional. Así, por ejemplo, en la Resolución de la D.G.R.N. de 18 de septiembre de 1971, el principio de la indisolubilidad del matrimonio no impidió reconocer la capacidad nupcial de un musulmán, divorciado en el extranjero con arreglo a su estatuto personal musulmán, ni la consiguiente celebración de un nuevo matrimonio (civil) de éste con española católica. En dicha Resolución, que admitía ciertas inflexiones en el señalado principio, quedaba patente que la intervención del orden público internacional había de producirse, no automáticamente, sino de un modo atenuado.

<sup>801</sup> Por lo que a la relatividad temporal y espacial del orden público se refiere, *vid.*, por ejemplo, la ya citada sentencia del T.S. de 5 de abril de 1966, la cual establece que el orden público esta "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*" (Considerando 2º) (la cursiva es nuestra); así como la ya citada Resolución de la D.G.R.N. de 6 de abril de 1979, según la cual es indudable el carácter relativo de la cláusula de orden público "ligado a la concepción social y política de cada momento histórico" (Considerando 3º). En el plano doctrinal, *vid.*, por ejemplo, J.A. Carrillo Salcedo, *loc. cit.*, 1977, pp. 640; así como J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, 1995, pp. 919-920, núms. 31-32.

<sup>802</sup> *Vid.*, por todos, M. De Angulo Rodríguez, "Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international", *R.C.D.I.P.*, 1972, vol. 61, pp. 369-399.

cláusula es susceptible de plantear más problemas en la práctica. La relatividad espacial del orden público internacional justifica el marcado carácter territorial que de antaño ha tenido la señalada cláusula, cuyo contenido lo constituyen los principios y valores fundamentales, esto es, esenciales, del ordenamiento jurídico del foro.

Por otro lado, nuestra cláusula de orden público internacional ha gozado tradicionalmente de un carácter "confesional"<sup>803</sup> y, consiguientemente, marcadamente "moralista"<sup>804</sup>.

### 3) FUNCIONAMIENTO ACTUAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Las ya referidas nuevas tendencias del D.I.Pr. (a la especialización, a la flexibilización y a la materialización) han traído consigo una nueva caracterización del orden público internacional. Dicha nueva caracterización se adecua perfectamente, a nuestro modo de ver, a las exigencias del nuevo contexto social, esto es, del complejo y reciente (sobre todo para nuestro país) fenómeno de la multiculturalidad.

La cláusula de orden público internacional se caracteriza hoy en día fundamentalmente por su flexibilidad<sup>805</sup>. Dicha flexibilización del orden público internacional, que tiene lugar tanto en el sector del Derecho aplicable como en el del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, consiste en otorgar a los órganos jurisdiccionales nacionales un notable margen de apreciación, no de discrecionalidad<sup>806</sup>, de cada situación privada internacional, esto es, del conjunto de circunstancias concurrentes y de los intereses en presencia en cada caso. La flexibilización de los expedientes normativos es beneficiosa siempre y cuando no conlleve a actuaciones arbitrarias por parte de los órganos jurisdiccionales, ya que las mismas supondrían un grave atentado al principio de la seguridad jurídica. De este modo, en aras de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y a los intereses concretos en presencia, del automatismo o rigidez que tradicionalmente caracterizaba a la cláusula de orden público internacional, se ha pasado a la flexibilización de la misma<sup>807</sup>. El carácter genérico y poco detallado, e incluso ambiguo, del cual goza, con

<sup>803</sup> Vid. M. Aguilar Benítez De Lugo, *loc. cit.*, 2001, pp. 332; *id.*, *loc. cit.*, 1967, pp. 226-245. De hecho, con anterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución, la jurisprudencia española estimaba que la cláusula de orden público estaba integrada, no sólo por principios jurídicos, sino también por principios morales y religiosos. A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, la ya citada sentencia del T.S. de 12 de mayo de 1944; así como la ya citada sentencia del T.S. de 5 de abril de 1966 (Considerando 2º).

<sup>804</sup> Dicho carácter "moralista", que tradicionalmente caracterizaba a nuestro orden público internacional, quedaba claramente patente en el principio de la indisolubilidad del matrimonio, el cual formó parte integrante del contenido del orden público internacional español (*vid.*, por todas, la ya citada sentencia del T.S. de 5 de abril de 1966 [Considerando 5º]) hasta el momento de admitir nuestro ordenamiento jurídico la institución del divorcio por Ley 30/1981, de 7 de julio.

<sup>805</sup> Vid. M. Aguilar Benítez De Lugo, *loc. cit.*, 2001, pp. 333; así como M. Guzmán Zapater, *loc. cit.*, 1999, pp. 28-29, núm. 29.

<sup>806</sup> De este modo, la flexibilización del D.I.P., en general, y de la cláusula de orden público internacional, en particular, no tendría por qué suponer una merma de la seguridad jurídica.

<sup>807</sup> Dicho cambio de rumbo de la práctica española se aprecia claramente en la ya citada Resolución de la D.G.R.N. de 6 de abril de 1979, la cual señaló que "la excepción de orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástico y flexible" (Considerando 3º). De hecho, en la referida Resolución se apreciaba claramente una atenuación en la intervención del orden público internacional, ya que el principio de la indisolubilidad del matrimonio no impidió autorizar la

carácter general, la cláusula de orden público internacional en el ordenamiento jurídico español, tanto en el sector del Derecho aplicable (art. 12.3 del Código Civil)<sup>808</sup>, como en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (art. 954.3 de la L.E.C. de 3 de febrero de 1881 y arts. 23.4 y 30.2 del Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa, celebrado el 30 de mayo de 1997, entre España y Marruecos<sup>809</sup>), propicia este modo de proceder, esto es, permite que pueda tener lugar la flexibilización propugnada.

La tendencia a la flexibilización del Derecho, apreciable tanto en nuestra disciplina como en las restantes ramas del ordenamiento jurídico estatal, nos parece especialmente apta para afrontar los problemas de las actuales sociedades multiculturales. Tal como ha puesto de manifiesto un prestigioso filósofo del Derecho y de la Política, como consecuencia de la “aparente incapacidad” de los legisladores estatales para adecuar los sistemas jurídicos a las exigencias derivadas de la multiculturalidad (lo cual es fundamentalmente debido a los cambios sociales vertiginosos que el complejo fenómeno de la multiculturalidad lleva consigo), los órganos jurisdiccionales constituyen la “pieza clave” en la respuesta del mundo jurídico a las actuales y complejas sociedades multiculturales<sup>810</sup>. En opinión del referido autor, la “multiculturalidad es una de las características que parecen reforzar la visión de los jueces como ‘señores del Derecho’ en un mundo en el que la norma parece abocada a perder su papel imperial”<sup>811</sup>.

En cualquier caso, es preciso tener muy presente que la flexibilización de la cláusula de orden público internacional, y el consiguiente margen de apreciación concedido a los órganos jurisdiccionales, no ha de llevar aparejado el pragmatismo de la misma. A nuestro modo de ver, nos parece criticable la actitud de los órganos jurisdiccionales consistente en resolver la problemática relativa a la multiculturalidad bajo un prisma o motivación económica, ya que, dicho modo de actuar, además de suponer un daño considerable a la seguridad jurídica, conlleva a una desnaturalización de la justicia material del caso concreto. En definitiva, desde nuestro punto de vista, la operatividad de la cláusula de orden público

---

celebración de un matrimonio civil entre una española y un francés divorciado de un matrimonio anterior (contraído en forma civil y canónica) que, conforme a su ley personal, gozaba de la capacidad necesaria para contraer nuevas nupcias (Considerando 1º y 2º). Por lo que a dicha Resolución se refiere, *vid.* M. Aguilar Benítez De Lugo, “A propósito de la Resolución de 6 de abril de 1979: el supuesto de matrimonio con divorciado”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979, núm. 57, pp. 195-211, especialmente pp. 205-211.

<sup>808</sup> Por lo que a dicho apartado se refiere, *vid.*, muy especialmente, J.A. Carrillo Salcedo, *loc. cit.*, 1977, pp. 638-649; J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, 1995, pp. 894-926; así como A. Ortiz Arce, comentario al art. 12.3 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Barcelona, 2000, pp. 351-352.

<sup>809</sup> En los supuestos de repudio o divorcio marroquíes en los cuales dicho Convenio ha resultado aplicable, nuestro T.S. ha acordado no pronunciarse sobre la demanda de exequátur por no ser, de conformidad con el mismo, el conocimiento de las susodichas demandas de su competencia, sino de la de los Tribunales de Primera Instancia. A estos efectos, *vid.*, entre otros muchos, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 6088 (Fundamento Jurídico 1º).

<sup>810</sup> F.J. De Lucas Martín, “Presentación: La sociedad multicultural: Un punto de vista externo o, al menos, tangencial, respecto al discurso de los juristas”, *La multiculturalidad*, bajo la dirección de F.J. De Lucas Martín, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., tomo VI, Madrid, 2001, pp. 9-12.

<sup>811</sup> *Ibid.*, pp. 9.

internacional no debe hacerse depender de criterios económicos, sino que tan sólo debe depender de criterios de justicia material<sup>812</sup>.

Por otro lado, y en íntima relación con lo señalado en líneas anteriores, la cláusula de orden público internacional ha perdido su tradicional automatismo, lo cual redundará en una modulación de su intervención. En efecto, actualmente existe una clara tendencia a limitar la operatividad, es decir, la intervención de la cláusula de orden público internacional. De este modo, se logra respetar una característica inherente a la cláusula de orden público internacional, que es su excepcionalidad<sup>813</sup>. Con carácter general, la cláusula de orden público internacional actuará con mayor intensidad cuando se trate de crear en el foro una situación o relación jurídica (esto es, en el sector del Derecho aplicable), que cuando se trate de reconocer en el foro ciertos efectos a una situación o relación jurídica válidamente constituida al amparo de un ordenamiento extranjero (es decir, que en el sector de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras).

Por medio de la flexibilización de la cláusula de orden público internacional se trata de conseguir la justicia material del caso concreto, esto es, un resultado materialmente justo que tenga en cuenta el conjunto de los intereses en presencia así como de las circunstancias concurrentes del caso de que se trate<sup>814</sup>. De este modo, en la actualidad, la cláusula de orden público internacional no tiene por finalidad valorar la adecuación de la institución jurídica extranjera en cuestión a los principios y valores fundamentales del foro, sino valorar la adecuación del resultado o respuesta jurídica material obtenida, en cada caso, a los susodichos principios y valores<sup>815</sup>. Es decir, es preciso sustituir valoraciones abstractas por valoraciones concretas de cada caso, lo cual, indudablemente, otorga un mayor protagonismo a los órganos jurisdiccionales. Ello es así tanto en el sector del Derecho aplicable como en el del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Tal modo de actuar va a exigir una mayor actividad por parte de los órganos jurisdiccionales que se enfrenten a dichos supuestos,

---

<sup>812</sup> A una conclusión similar llega I. García Rodríguez, *op. cit.*, 1999, pp. 276-277, según la cual, en relación con los matrimonios poligámicos, como consecuencia de intervenir el orden público “no tanto para proteger a la sociedad como para prevenir efectos negativos de carácter económico al sector público”, es preferible “dejar más margen a la autonomía de la voluntad de las partes siempre que se protejan los derechos de terceros y la buena fe de las partes”.

<sup>813</sup> Por lo que a la aplicación restrictiva de nuestro orden público internacional se refiere, *vid.*, entre otras muchas, la sentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 12ª) de 6 de abril de 2000, *A.C.*, 2000, núm. 1088 (Fundamento Jurídico 3º). En el plano doctrinal, *vid.*, entre otros muchos, A. Míjaga De La Muela, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 7ª ed., Madrid, 1976, pp. 400; J.A. Carrillo Salcedo, *loc. cit.*, 1977, especialmente pp. 648; J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.*, 1995, pp. 918-919, núm. 30; así como J.M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 129. De hecho, los textos convencionales de D.I.P. que han sido suscritos por nuestro país, en aras del carácter excepcional de la cláusula de orden público internacional, suelen exigir, para que la misma pueda ser aplicable, que exista una *incompatibilidad manifiesta* con los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, el art. 16 del Convenio de Roma, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980. No ocurre lo mismo, sin embargo, con el apartado 3º del art. 12 del Código Civil ni con el apartado 3º del art. 954 de la L.E.C. de 3 de febrero de 1881.

<sup>814</sup> En este mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, M. Aguilar Benítez de Lugo, *loc. cit.*, 2001, pp. 333.

<sup>815</sup> En este mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, A. Bucher, *loc. cit.*, 1993, pp. 27-28; así como A. Quiñones Escámez, *op. cit.*, 2000, especialmente pp. 181-183.

de los cuales se va a exigir el análisis de cada supuesto concreto. Por así decirlo, la cláusula de orden público internacional ha pasado de tener un carácter defensivo de los principios y valores fundamentales del foro en cuanto tales, a tener, en la actualidad, un carácter protector de las personas que resulten afectadas por la vulneración de dichos principios y valores. Ello, sin lugar a dudas, lleva implícito un mayor grado de tolerancia o apertura hacia valores culturales diferentes a los que presiden las concepciones jurídicas occidentales y, más en concreto, hacia instituciones jurídicas extranjeras basadas en principios radicalmente opuestos a los occidentales (entre las que, como sabemos, se encuentra el repudio). A nuestro modo de ver, la atenuación en la intervención de la cláusula de orden público internacional se adecua perfectamente a las exigencias de las actuales sociedades multiculturales, ya que contribuye a garantizar una convivencia pacífica entre personas procedentes de culturas distintas, tolerando, de este modo, la coexistencia de culturas diversas dentro de los propios Estados<sup>816</sup>.

Por otro lado, a nuestro modo de ver, la relatividad espacial de nuestra cláusula de orden público internacional se ha visto, en los últimos tiempos, sujeta a ciertos límites con motivo de la constitucionalización de la misma. En efecto, con el paso del tiempo se ha pasado de la confesionalidad a la secularización de la cláusula de orden público internacional<sup>817</sup>. Esta “liberalización” de nuestro orden público internacional lleva implícito un mayor grado de tolerancia con las opciones individuales que no perjudiquen a terceras personas. De este modo, nuestro orden público internacional ha perdido su tradicional carácter “moralista”, y a pasado a tener un carácter marcadamente constitucional<sup>818</sup>. Dicho cambio se corresponde con el carácter laico, y no confesional, de los ordenamientos jurídicos occidentales. El marcado carácter constitucional que hoy en día caracteriza a la cláusula de orden público internacional ha llevado consigo una cierta limitación de la relatividad espacial de la cláusula de orden público internacional, ya que las Constituciones de los Estados europeos, entre las que se encuentra la española, tienden a garantizar unas mismas libertades y derechos humanos fundamentales y, además, a interpretarlos con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (en adelante, D.U.D.H.) y a la restante normativa internacional sobre derechos humanos que ha sido ratificada por todos los países europeos<sup>819</sup>. Ello ha supuesto, desde nuestro punto de vista, una cierta “europeización” u “occidentalización” de la cláusula de orden público internacional, lo cual ha traído consigo una relajación de la relatividad espacial y, consiguientemente, del marcado carácter territorial que de antaño ha caracterizado a la misma. En cualquier caso, no todos los

---

<sup>816</sup> A una conclusión muy similar llega A. Quiñones Escámez, *op. cit.*, 2000, pp. 181, según la cual el “control selectivo del orden público internacional es la pieza indispensable” en los conflictos interculturales.

<sup>817</sup> *Vid.* M. Aguilar Benítez De Lugo, *loc. cit.*, 2001, pp. 332-333. Como consecuencia de dicha secularización, sorprende que la ya citada sentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 12ª) de 6 de abril de 2000 (Fundamento Jurídico 3º) haya acogido la definición de orden público de la sentencia del T.S. de 5 de abril de 1966 (que incluía a los principios morales y religiosos dentro del orden público).

<sup>818</sup> La Constitución española de 1978 ha supuesto un cambio radical del contenido concreto del orden público internacional español. A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 24 de diciembre de 1996, *R.A.J.*, 1997, núm. 8394, el cual puso de manifiesto “**la dimensión constitucional de que se ha ido dotando al concepto de orden público del foro**” (Fundamento Jurídico 5º) (la negrita no es nuestra).

<sup>819</sup> En este sentido, *vid.*, por ejemplo, el apartado 2º del art. 10 de la Constitución española.

principios y valores fundamentales del foro que conforman la cláusula de orden público internacional, aunque sí la mayoría, son constitucionales, esto es, provienen de la Constitución española<sup>820</sup>. De hecho, existen principios y valores fundamentales del foro, que en cuanto tales forman parte del contenido de nuestra cláusula de orden público internacional, que se hallan consagrados en otros textos legales<sup>821</sup>. Tal es el caso, por ejemplo, de las causas de privación de la patria potestad contenidas en nuestro Código Civil; las cuales, por cierto, se basan en unos principios y valores que no se respetan por los ordenamientos jurídicos islámicos, los cuales, como hemos visto con anterioridad, otorgan en exclusiva la patria potestad al padre, privando, de este modo, a la mujer repudiada de la misma sin necesidad de concurrir causa justificativa alguna que ponga en entredicho su capacidad para ejercerla.

La distinción a la cual acabamos de referirnos tiene importantes repercusiones en el plano de la operatividad de la cláusula de orden público internacional. En efecto, tanto la clásica teoría francesa de los “efectos atenuados” del orden público<sup>822</sup>, como la más moderna doctrina alemana de la “Inlandsbeziehung” (o la doctrina suiza de la “Binnenbeziehung”, la cual es muy similar a la anterior)<sup>823</sup>, han condicionado la intervención de la cláusula de orden público internacional a la existencia de una vinculación del supuesto en cuestión con el Estado del foro. La doctrina de la “Inlandsbeziehung” y la de la “Binnenbeziehung” llevan aparejadas una flexibilización de la cláusula de orden público internacional. En cualquier caso, de conformidad con un sector doctrinal mayoritario, en los supuestos en los cuales resulten implicados derechos y principios humanos fundamentales (los cuales, como sabemos, se hallan consagrados tanto en las Constituciones estatales como en la normativa internacional sobre derechos humanos), los órganos jurisdiccionales no exigirán, para la aplicación de la cláusula de orden público internacional, que el supuesto litigioso en cuestión esté vinculado al

<sup>820</sup> En contra: *vid.*, por ejemplo, C. Sanciflora Asurmendi, *El reconocimiento civil de las resoluciones matrimoniales extranjeras y canónicas*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1999, pp. 37, según la cual el “orden público queda fijado por la Constitución, y no por los preceptos del Código civil”.

<sup>821</sup> En este sentido, *vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 9 de junio de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 5322 (Fundamento Jurídico 3º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de junio de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 6078 (Fundamento Jurídico 5º); así como el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de junio de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 6079 (Fundamento Jurídico 5º). Evidentemente, ello no significa que todas las normas imperativas del Cc formen parte integrante de nuestro orden público internacional. Por otro lado, el hecho de haber dejado España de ser un Estado confesional ha traído consigo una progresiva homogeneización de nuestro ordenamiento jurídico a los europeos. A nuestro modo de ver, la señalada reducción de diferencias entre ordenamientos jurídicos europeos ha supuesto, también en relación con los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico español no contenidos en nuestra Carta Magna, una cierta relajación de la relatividad espacial y, consiguientemente, de la territorialidad de nuestra clásica cláusula de orden público internacional.

<sup>822</sup> Por lo que a dicha doctrina se refiere, *vid.*, entre otros muchos, A. Bucher, *loc. cit.*, 1993, pp. 47-52; M. De Angulo Rodríguez, *loc. cit.*, 1972, pp. 381-391; la crítica a dicha doctrina de H. Gaudemet-Tallon, “La désunion du couple en droit international privé”, *R. des C.*, 1991, I, tomo 226, pp. 9-279, pp. 239; así como P. Lagarde, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 263-282, pp. 266-270, núms. 4-8, el cual pone de manifiesto las insuficiencias de dicha doctrina para resolver los conflictos interculturales.

<sup>823</sup> Por lo que a las señaladas doctrinas se refiere, *vid.*, muy especialmente, A. Bucher, *loc. cit.*, 1993, pp. 52-56; así como P. Lagarde, *loc. cit.*, 1993, pp. 270-274, núms. 9-12, el cual pone en duda la aptitud de dichas teorías para solucionar los conflictos interculturales.



ordenamiento jurídico del foro; mientras que en los supuestos en los cuales no resulte afectado ningún principio o derecho humano fundamental (entre los que, como sabemos, se encuentra el derecho a la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación por razón de sexos), la operatividad de la susodicha cláusula quedará condicionada a la existencia de una determinada conexión de la situación litigiosa de que se trate con el ordenamiento jurídico del foro, de tal modo que, en este último caso, las oportunidades de aplicación de la cláusula de orden público internacional del foro aumentarán a medida que la conexión del supuesto litigioso con el ordenamiento jurídico del foro sea mayor<sup>824</sup>. A nuestro juicio, el modo de actuar propugnado resulta completamente lógico, ya que los órganos jurisdiccionales han de proteger las libertades y los derechos humanos fundamentales, no sólo de sus nacionales, sino de cualquier persona.

Por otro lado, la cláusula de orden público internacional se caracteriza actualmente también por su especialización<sup>825</sup>. En efecto, la persecución de la justicia material del caso concreto por la cláusula de orden público internacional, unido a su flexibilización, ha llevado a la especialización de ésta por vía, no normativa, sino interpretativa. A nuestro modo de ver, la especialización del D.I.P. (y, consiguientemente, de sus técnicas normativas y de sus expedientes técnicos) por la vía interpretativa constituye el modo más adecuado de enfrentarse al nuevo y complejo contexto social y, más en concreto, al fenómeno de la multiculturalidad<sup>826</sup>.

#### 4) FUNCIONAMIENTO ACTUAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL EN RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE REPUDIOS ISLÁMICOS PRONUNCIADOS EN EL EXTRANJERO

La ya citada Resolución de la D.G.R.N. de 18 de septiembre de 1971, que estimó que no existía un impedimento de ligamen que impidiera la celebración de un matrimonio civil entre una española y un musulmán que había repudiado a sus dos anteriores mujeres, estimó que no procedía decidir en ese momento si el orden público internacional había o no tenido que intervenir en el correspondiente repudio del musulmán que quería contraer nuevas nupcias.

---

<sup>824</sup> Vid., por todos, A. Bucher, *loc. cit.*, 1993, pp. 53-54. En un sentido diferente, *vid.* P. Hammje, “Droits fondamentaux et ordre public”, *R.C.D.I.P.*, 1997, vol. 86, núm. 1, pp. 1-31, pp. 14-19, según la cual no basta con examinar la vinculación de la situación en cuestión con el foro, sino que hay que partir del propio derecho fundamental vulnerado y examinar su ámbito de aplicación espacial.

<sup>825</sup> Vid. M. Aguilar Benítez De Lugo, *loc. cit.*, 2001, pp. 333; así como M. Guzmán Zapater, *loc. cit.*, 1999, pp. 29, núm. 30, según la cual actualmente la clave para solucionar los conflictos interculturales estriba en el “método de concreción” del orden público por el órgano jurisdiccional.

<sup>826</sup> Tal y como han puesto de manifiesto los profesores J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, la “especialización de las respuestas por vía interpretativa es la clave del Derecho internacional privado” (J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 42, núm. 15). Por lo que a la tendencia a la especialización por la vía interpretativa, en materia de reconocimiento de repudios islámicos pronunciados en el extranjero, se refiere, *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la *Cour de cassation* de 3 de julio de 2001, *R.C.D.I.P.*, 2001, vol. 90, núm. 4, pp. 704-705, con la nota de L. Gannagé, pp. 705-716. En contra: P. Lagarde, *loc. cit.*, 1993, pp. 278-282, núms. 19-24, el cual se muestra partidario, para resolver los conflictos interculturales, de las cláusulas especiales de orden público.

La práctica española de los últimos años ha tomado partido en relación con el reconocimiento en nuestro país de repudios pronunciados en el extranjero<sup>827</sup>. Tal como se desprende de un análisis de las características esenciales del repudio islámico<sup>828</sup>, la institución jurídica del repudio islámico choca frontalmente con la concepción que en los países occidentales se tiene de la familia. Para la exposición de la jurisprudencia española seguida en la materia objeto del presente trabajo, hemos considerado oportuno partir de los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico español que claramente entran en conflicto con los valores que presiden la institución jurídica islámica del repudio y sus efectos, para así poder calibrar mejor la operatividad de nuestra cláusula de orden público internacional en la materia referida.

Por un lado, en el ordenamiento jurídico español, al igual que acontece en los restantes ordenamientos jurídicos occidentales, no se admiten los llamados “divorcios privados” o “divorcios no judiciales”. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico (tal como se desprende del apartado 3º del art. 117 de nuestra Constitución, del art. 22 de la L.O.P.J. y, más específicamente, del art. 89 del Cc), la disolución del matrimonio por divorcio se encomienda exclusivamente a los órganos jurisdiccionales estatales, esto es, únicamente puede producirse por la vía judicial. Dado que ello constituye un valor esencial del ordenamiento jurídico español, tal como ha puesto de manifiesto la Resolución de la D.G.R.N. de 17 de mayo de 1995, “no puede permitirse, por aplicación clara del orden público, que un divorcio pueda ser pronunciado por una autoridad religiosa. Incluso las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado están sujetas, como es sabido, a una homologación por el Juez Civil, conforme al artículo 80 del Código y a los acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede (...), mientras 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”<sup>829</sup>. Por lo que a los repudios se refiere, una aplicación rígida y automática de nuestra cláusula de orden público internacional llevaría a no reconocer efectos en España a una decisión o acta de repudio que hubiese sido decretado por una autoridad no judicial, ya que la concepción española, en materia de divorcios, choca frontalmente con la posibilidad que tienen, en el mundo islámico, los notarios (*Adules*) de decretar un divorcio o repudio. Sin embargo, la jurisprudencia española de los últimos años, en materia de reconocimiento de divorcios y repudios procedentes de países islámicos, deja patente, por lo que a esta cuestión se refiere, el carácter flexible y especializado de nuestra cláusula de orden público internacional, así como

<sup>827</sup> Por lo que a la jurisprudencia extranjera relativa a esta cuestión se refiere, *vid.*, muy especialmente, A. Quiñones Escámez, *op. cit.*, 2000, pp. 139-172.

<sup>828</sup> *Id.* el apartado III del presente trabajo, el cual analiza cuáles son los principios y valores que presiden la institución jurídica del repudio islámico.

<sup>829</sup> *R.A.J.*, 1995, núm. 4360 (Fundamento Jurídico 3º). Dicha Resolución decidió no autorizar la celebración en España de un matrimonio civil entre dos personas de nacionalidad china, por estimar que uno de los cónyuges seguía estando vinculado por un matrimonio anterior que había sido celebrado por el rito islámico (aun a pesar de no haber sido el mismo inscrito en el Registro Civil). Tal como puso de manifiesto la señalada Resolución, el orden público español impide que la cuestión relativa a la capacidad matrimonial del cónyuge (varón) pueda resolverse con arreglo a su ley nacional, ya que, con arreglo al mismo, no pueden reconocerse efectos a los divorcios acordados por autoridades religiosas y, más en concreto, al divorcio que había sido decretado por el Centro Islámico de Barcelona.

la intervención atenuada de la misma. De hecho, la reciente jurisprudencia de nuestro T.S. ha estimado que los divorcios y repudios islámicos no van a resultar contrarios al orden público internacional español por el hecho de no haber sido decretados por una autoridad judicial, ya que el mismo tan sólo va a intervenir cuando la autoridad interviniente en el divorcio o repudio en cuestión lleve a cabo, no funciones jurisdiccionales (esto es, funciones de homologación de la voluntad de las partes), sino meras funciones de fedatario público<sup>830</sup>. Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales españoles, a la hora de decidir si nuestra cláusula de orden público internacional va a resultar o no operativa, van a tener que verificar la naturaleza de las funciones llevadas a cabo por la autoridad que haya dictado el divorcio o repudio de que se trate.

Por otro lado, la revocabilidad que caracteriza a los repudios (hasta llegar al tercer repudio consecutivo de un hombre con respecto a una misma mujer, en cuyo caso, como hemos visto, el repudio deviene irrevocable), así como a ciertas modalidades de divorcios islámicos, repugna a la estabilidad y certeza que en nuestro ordenamiento jurídico caracteriza a las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, consiguientemente, al principio de la seguridad jurídica (el cual, como sabemos, aparece garantizado por el apartado

---

<sup>830</sup> En este sentido, *vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 1996, *R.A.J.*, 1998, núm. 7192, el cual denegó el exequátur, del acta de divorcio o repudio islámico, solicitado por el marido por no haber resultado probado que los Adules autorizantes del acta de divorcio *jal-ci* (modalidad de divorcio consistente en que el marido repudia a su mujer, a petición de ésta, a cambio de recibir una compensación económica) habían actuado “desempeñando funciones jurisdiccionales” (Fundamento Jurídico 2º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 17 de septiembre de 1996, *R.A.J.*, 1998, núm. 2908, el cual otorgó el exequátur, solicitado por la mujer, por estimar que no constituye un obstáculo 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**” (Fundamento Jurídico 5º) (la negrita no es nuestra); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 27 de enero de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 2924 (Fundamento Jurídico 2º), el cual apenas dedica atención a esta cuestión; el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 21 de abril de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 3563, con la nota de A. Quiñones Escámez, *R.E.D.I.*, 1999, vol. LI, núm. 1, pp. 204-207, el cual ni siquiera se plantea esta cuestión (ya que, tal como establece el Antecedente de hecho 3º, se había expedido un certificado que acreditaba que la actuación de la Notaría de Estatutos Personales de El Cairo no se limita a funciones meramente fedatarias, sino que actúa revestida de *imperium*); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 5337 (Fundamento Jurídico 2º), con la nota desaprobatoria de A. Quiñones Escámez, *R.E.D.I.*, 1999, vol. LI, núm. 1, pp. 204-207, el cual denegó el exequátur, fundamentalmente, por no haber resultado acreditado que los Adules autorizantes del acta de divorcio habían desempeñado funciones jurisdiccionales; así como el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 8 de junio de 1999, *R.A.J.*, 1999, núm. 4346 (Fundamento Jurídico 6º). Dicho modo de actuar ha sido acogido por la jurisprudencia del T.S. igualmente con respecto a los divorcios notariales cubanos. A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 4 de febrero de 1997, *R.A.J.*, 1998, núm. 5341 (Fundamento Jurídico 4º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 20 de enero de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 2667 (Fundamento Jurídico 5º); el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 6087 (Fundamento Jurídico 5º); así como el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 15 de junio de 1999, inédito, *R.E.D.I.*, 1999, vol. LI, núm. 1, pp. 207-208.

3º del art. 9 de nuestra Carta Magna)<sup>831</sup>. Por lo que a esta cuestión se refiere, la jurisprudencia española reciente, relativa al reconocimiento en España de repudios islámicos, no es unánime. Algún auto aislado de nuestro T.S. ha defendido, en relación con esta cuestión, una intervención, no rígida y automática, sino flexible y atenuada de nuestro orden público internacional, admitiendo los repudios revocables siempre y cuando en el momento de solicitarse el correspondiente exequátur ya haya transcurrido el plazo concedido para su revocación<sup>832</sup>. Sin embargo, otros autos de nuestro T.S. se han apartado de dicho modo de proceder. Tal es el caso, por ejemplo, del auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 1996, el cual denegó el exequátur de un acta de divorcio, otorgada ante dos notarios (*Adules*) en Marruecos, como consecuencia del carácter revocable del mismo. En opinión del señalado auto, ello confiere a la disolución del vínculo matrimonial 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, (...), **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**, (...) sin que en modo alguno la subsistencia del ligamen pueda quedar sometido a la libre disposición de los cónyuges, (...) 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**”, al principio de la igualdad ante la ley (consagrado por el art. 14 de la C.E.) y, más específicamente, al principio de la igualdad jurídica de los cónyuges (recogido tanto en el art. 32.1 de nuestra Constitución como en el art. 66 del Cc)<sup>833</sup>. Detrás de dichos autos del T.S.

<sup>831</sup> De hecho, en ocasiones diversas, nuestro T.S. ha requerido al demandante en exequátur un dictamen sobre si el divorcio cuyo exequátur se instaba suponía una ruptura definitiva del vínculo matrimonial: *vid.*, por ejemplo, el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 1996; el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 17 de septiembre de 1996; así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 8 de junio de 1999.

<sup>832</sup> *Id.*, muy especialmente, el ya citado y conocido auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 21 de abril de 1998 (Fundamento Jurídico 3º), el cual otorgó el exequátur solicitado en un supuesto en el cual, además de ser la mujer la que lo solicitaba, ya había transcurrido el período de tiempo en el cual la legislación de origen permitía al marido ejercer la facultad de revocación y el marido había contraído nuevas nupcias (lo cual evidencia el carácter firme de la resolución).

<sup>833</sup> *R.A.J.*, 1998, núm. 2907 (Fundamento Jurídico 2º) (la cursiva no es nuestra). En este mismo sentido, *vid.* el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 24 de septiembre de 1996 (inédito), *R.E.D.I.*, 1997, vol. XLIX, núm. 2, pp. 236-237, con la nota desaprobatoria de R. Arroyo Montero, pp. 237-238, según el cual “no cabe duda que el divorcio es un acto revocable según el Derecho musulmán, pero también es incontestable que la revocación posee un límite temporal. (...), llegado el cual la ruptura matrimonial es definitiva, recuperando ambos ex cónyuges la capacidad nupcial” (pp. 238). Al modo de pensar de los señalados autos parece responder el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 1998 (Fundamento Jurídico 2º), el cual denegó el exequátur, entre otras razones, por no haberse 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”; la Resolución de la D.G.R.N. de 27 de abril de 1999, *R.A.J.*, 1999, núm. 10147 (Fundamento Jurídico 3º), la cual denegó la inscripción de un nuevo matrimonio, celebrado en Marruecos, en el Registro Civil español como consecuencia de no haber resultado probado el carácter irrevocable de la disolución del vínculo matrimonial anterior del contrayente

subyace claramente una concepción rígida y automática de la cláusula de orden público internacional, ya que una valoración, no abstracta (como la seguida en dichos autos), sino del caso concreto, hubiese permitido apreciar que los susodichos principios no iban a quedar conculcados por el otorgamiento del exequátur que las mujeres solicitaban.

Es preciso tener en cuenta que, cuando los principios y valores esenciales del foro que resulten afectados no constituyan libertades o derechos fundamentales constitucionales, los órganos jurisdiccionales españoles, como consecuencia de la relatividad espacial de nuestra cláusula de orden público internacional, podrían exigir, para la intervención de la misma, que la situación jurídica litigiosa de que se trate presente una determinada conexión (que puede ser más o menos estrecha) con España, de tal modo que, a mayor fuese la vinculación con nuestro país, mayores posibilidades de aplicación tendría el orden público internacional español. Por lo que a la materia por nosotros abordada se refiere, la señalada vinculación con el ordenamiento jurídico del foro podría entenderse cumplida, por ejemplo, cuando la mujer repudiada fuese española. Sin embargo, no creemos que la vinculación del supuesto litigioso con el foro haya de tenerse en cuenta, a los efectos de valorar la intervención de nuestro orden público internacional, cuando los derechos fundamentales constitucionales vayan a resultar afectados, en el caso concreto de que se trate, por el otorgamiento del exequátur que se insta, ya que los mismos han de garantizarse con respecto a cualquier persona, con independencia de cuál sea su nacionalidad, su domicilio o su residencia habitual. En cualquier caso, de un análisis de la jurisprudencia de nuestro T.S., relativa al reconocimiento de repudios islámicos, se desprende claramente que la misma no ha tenido en cuenta, en modo alguno, el grado de conexión de la situación litigiosa con el ordenamiento jurídico del foro.

Por otro lado, la institución jurídica islámica del repudio, en cuanto tal, vulnera ciertos derechos humanos fundamentales contenidos en la normativa internacional sobre derechos humanos (la cual, como sabemos, ha sido ratificada por España) y, más en concreto, el derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio (consagrado en el apartado 1º del art. 16 de la D.U.D.H.<sup>834</sup>; así como en el apartado 4º del art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 [en adelante, P.I.D.C.P.]<sup>835</sup>), así como el derecho a la dignidad de la

---

varón (puesto que, según la Resolución, el mismo sólo había repudiado a su anterior mujer una vez, y no tres, que es cuando el repudio deviene en irrevocable); así como la Resolución de la D.G.R.N. de 4 de junio de 2001, *R.A.J.*, 2002, núm. 5494 (Fundamento Jurídico 3º), la cual denegó la inscripción de un nuevo matrimonio por el mismo motivo que la anterior.

<sup>834</sup> “Los hombres y las mujeres, (...) disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (dicho derecho se regula junto con el *ius nubendi*, esto es, junto con el derecho a casarse y a fundar una familia). *Vid.*, igualmente, el art. 14 de nuestra Constitución, el cual consagra el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por ninguna condición o circunstancia personal o social; así como el apartado 1º del art. 32 del susodicho cuerpo legal, el cual garantiza el derecho a la igualdad jurídica entre los cónyuges.

<sup>835</sup> “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

mujer<sup>836</sup>. Del mismo modo, los efectos que llevan aparejados los repudios islámicos vulneran, además de los que acabamos de mencionar, ciertos derechos fundamentales consagrados, tanto por la Constitución española, como por la normativa internacional sobre derechos humanos. Por una parte, va a resultar vulnerado el derecho a la libertad religiosa<sup>837</sup>, ya que, como hemos señalado con anterioridad, la mujer va a ver restringido su derecho a la guarda del hijo (*hadana*), el cual puede resultar incluso suprimido, en el supuesto de no profesar la misma la religión del padre, esto es, la musulmana. Y, por otra parte, va a resultar vulnerado el derecho a la igualdad de las personas ante la ley<sup>838</sup>, ya que, como en su momento comentamos, la mujer no va a poder ejercer la patria potestad sobre el hijo, la cual corresponde en exclusiva al padre. Es preciso tener en cuenta que la normativa internacional sobre derechos humanos ratificada por nuestro país, además de formar parte, como cualquier otro texto internacional que haya sido válidamente celebrado por España y que haya sido publicado en el B.O.E., del ordenamiento interno español (art. 96.1 C.E.), va a ser, tal como establece el apartado 2º del art. 10 de nuestra Carta Magna, con arreglo a la cual han de interpretarse los derechos fundamentales y las libertades que la misma reconoce en su Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”).

En aras de la tendencia a la flexibilización y a la especialización de nuestra cláusula de orden público internacional, la jurisprudencia española, relativa al reconocimiento en España de repudios islámicos, para decidir sobre la intervención o no de nuestro orden público internacional, debería de llevar a cabo una valoración, no abstracta, sino concreta, de los derechos humanos fundamentales susceptibles de resultar vulnerados en el supuesto de otorgarse el exequátur solicitado. Tal fue el modo de proceder en el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 27 de enero de 1998, el cual otorgó el exequátur de una sentencia de divorcio o repudio del tipo “khole” (que es un repudio convenido entre los esposos mediante compensación) por entender que, en dicho caso concreto, la resolución extranjera cuyo exequátur se instaba no vulneraba ningún derecho constitucional ni ningún principio esencial del ordenamiento jurídico español que integrase nuestro orden público internacional, ya que, por una parte, dicho tipo de divorcio o de repudio se caracteriza por su carácter irrevocable y, por otra parte, haciendo uso de la facultad concedida por dicho tipo de repudio (que atribuye tanto al marido como a la mujer la facultad de promoverlo), había sido la mujer la que había pedido la disolución del vínculo matrimonial (Fundamento Jurídico 2º)<sup>839</sup>. El ya citado y

<sup>836</sup> Por lo que al derecho a la dignidad de la persona se refiere, *vid.*, por ejemplo, el art. 1 y 22 de la D.U.D.H., así como el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E.  *Vid.*, igualmente, el apartado 1º del art. 10 de nuestra Constitución.

<sup>837</sup>  *Vid.* el art. 18 de la D.U.D.H.; el art. 9 del Convenio de Roma (de 4 de noviembre de 1950) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, C.E.D.H.); el art. 18 del P.I.D.C.P.; así como el art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E.  *Vid.*, igualmente, el art. 16 de nuestro texto constitucional.

<sup>838</sup>  *Vid.* el art. 7 de la D.U.D.H., el art. 3 y el art. 26 del P.I.D.C.P., así como el art. 20 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E.  *Vid.*, igualmente, el art. 14 de la Constitución española.

<sup>839</sup> A nuestro modo de ver, el T.S. debiera de haber mencionado igualmente que, en dicho caso concreto, era la mujer la que solicitaba el correspondiente exequátur. En cualquier caso, compárese la postura mantenida en dicho auto por nuestro T.S. con la opinión mantenida por el Ministerio Fiscal, el cual estimaba que no procedía el exequátur de la resolución por razón de su naturaleza, ya que, según él, todo repudio se opone al art. 14 de la Constitución, esto es, al principio constitucional de igualdad ante la ley y a la prohibición de discriminación por razón de sexo.

significativo auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 21 de abril de 1998 defiende el modo de proceder propugnado. Dicho auto estimó que, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto (solicitud del exequátur por la mujer, transcurso del plazo de revocación del repudio y celebración de nuevas nupcias por el marido), y en aras de un “elemental principio de justicia material”, “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 retomar 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, (...), 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” (Fundamento Jurídico 3º). No es éste, sin embargo, el modo de operar habitual de nuestro T.S., el cual no suele, como sería deseable, valorar la adecuación a los derechos humanos fundamentales a la luz de cuál sea, en cada caso, el resultado concreto que el correspondiente otorgamiento del exequátur lleva consigo<sup>840</sup>.

De hecho, en muchos casos, la denegación del exequátur implica, para la mujer repudiada, la imposibilidad de celebrar un nuevo matrimonio, es decir, la denegación del derecho humano fundamental del *ius nubendi*, generándose innecesariamente, de este modo, una situación jurídica claudicante. Como consecuencia de dicho modo de proceder, la mujer resulta doblemente discriminada. En efecto, la mujer que fue víctima de una institución jurídica que la discrimina, como es el repudio, vuelve a resultar perjudicada, al serle denegado el exequátur por ella solicitado, por no poder contraer nuevas nupcias (mientras que, de conformidad con el ordenamiento jurídico islámico, con arreglo al cual se acordó el repudio, la misma tiene capacidad nupcial). A nuestro modo de ver, los derechos humanos fundamentales debieran ser objeto de una interpretación, no abstracta y rígida, sino flexible, esto es, atenta a las circunstancias concurrentes en cada caso y a los intereses en presencia, para así poder servir al fin para el cual han sido consagrados. En muchos casos, es preciso, incluso, que los órganos jurisdiccionales lleven a cabo una ponderación de los derechos humanos fundamentales afectados por la situación jurídica concreta de que se trate (ya que los mismos pueden apuntar a soluciones opuestas) y, más en concreto, por el resultado específico al cual el otorgamiento del correspondiente exequátur conllevaría. En definitiva, desde nuestro punto de vista, en el supuesto de haberse cumplido las condiciones anteriormente

---

<sup>840</sup> A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 1996; así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 24 de septiembre de 1996, con la nota recriminatoria de R. Arroyo Montero, pp. 238.

señaladas (en los términos referidos), la regla general, especialmente cuando sea la mujer repudiada la que solicite el exequátur del repudio, habría de ser el otorgamiento del mismo, y la excepción su denegación, de tal modo que la denegación del correspondiente exequátur únicamente debiera de tener lugar cuando, en el caso concreto de que se tratase, la concesión del mismo produjese un resultado inadmisibles para nuestro ordenamiento jurídico.

Y, por último, es preciso tener en cuenta que la institución jurídica del repudio, así como la del divorcio islámico, no sólo es susceptible de vulnerar derechos fundamentales de carácter material, sino también derechos fundamentales de carácter procesal<sup>841</sup>. Estos últimos aparecen consagrados, tanto en la normativa internacional sobre derechos humanos<sup>842</sup>, como en el art. 24 de nuestra Carta Magna. En efecto, el procedimiento seguido para decretar un repudio, que se caracteriza por su extrema celeridad (en algunos países islámicos, el procedimiento se desenvuelve incluso instantáneamente), no garantiza los derechos de defensa de la mujer. De hecho, en muchos países islámicos la mujer queda en una absoluta posición de indefensión, ya que ni siquiera es informada de que se sigue un procedimiento de repudio contra la misma, vulnerándose, de este modo, principios básicos de los sistemas procesales occidentales (entre los que se encuentra el principio de audiencia y el de contradicción). Como ya conocemos, el orden público internacional presenta una vertiente sustantiva o material y una procesal<sup>843</sup>. Dentro de esta última vertiente quedan incluidas las garantías procesales previstas en el art. 24 de nuestra Constitución y, más en concreto, el derecho a no quedar en indefensión y los derechos de defensa del demandado. La jurisprudencia del T.C. ha puesto de manifiesto, en ocasiones diversas, que las autoridades públicas españolas (entre las que se encuentran los órganos jurisdiccionales), no pueden reconocer resoluciones extranjeras que vulneren los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente, entre las que se encuentran las exigencias impuestas por el art. 24 de la Constitución, las cuales, aclara el T.C., también forman parte integrante de nuestro orden público internacional<sup>844</sup>. Tal y como ha señalado el auto del T.S.

<sup>841</sup> A estos efectos, *vid.*, por ejemplo, el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 27 de enero de 1998, el cual estimó que se habían respetado las garantías procesales en el proceso seguido en el extranjero “habida cuenta de la intervención en él de ambos esposos”; así como la sentencia de la A.P. de Madrid (Sección 22ª) de 22 de junio de 2001, *A.C.*, 2001, núm. 1539, la cual, en cumplimiento del art. 23.2 del ya aludido Convenio de cooperación judicial entre España y Marruecos, denegó eficacia de cosa juzgada en España a la declaración de divorcio dictada por un Tribunal marroquí, establecida en la sentencia impugnada, por no haber resultado probada la citación legal de la esposa ni la notificación de la resolución (Fundamento Jurídico 2º).

<sup>842</sup> *Vid.* el art. 10 de la D.U.D.H., el art. 6.1 del C.E.D.H., el art. 14.1 del P.I.D.C.P., así como el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E.

<sup>843</sup> *Vid.*, muy especialmente, F. Rigaux, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Traducción y adaptación al Derecho español por A. Borrás, Civitas, Madrid, 1985, pp. 376-377 y 397-399; así como A. Bucher, *loc. cit.*, 1993, especialmente pp. 27.

<sup>844</sup> *Vid.*, por ejemplo, la sentencia del T.C. de 15 de abril de 1986, *R.T.C.*, 1986, núm. 43 (Fundamento Jurídico 4º); la sentencia del T.C. de 23 de febrero de 1989, *R.T.C.*, 1989, núm. 54, según la cual estas exigencias procesales suponen, entre otras cosas, que la resolución extranjera no haya sido dictada en rebeldía, quedando este requisito incorporado dentro del art. 954.2 de la L.E.C., mientras que las restantes garantías procesales del art. 24 de la Constitución, las cuales también forman parte de nuestro orden público internacional, quedarían incluidas dentro del art. 954.3 de la L.E.C. (Fundamento Jurídico 4º); así como la sentencia del T.C. de 17 de junio de 1991, *R.T.C.*, 1991, núm. 132 (Fundamento Jurídico 4º).



(Sala de lo Civil) de 23 de junio de 1998, no serán conformes con el art. 24 de la Constitución española y, consiguientemente, con nuestro orden público internacional, en su vertiente procesal, las resoluciones extranjeras que hayan puesto fin a un proceso en el cual el demandado, por una causa que no le sea imputable, “no haya podido tener noticia del procedimiento en forma adecuada y, por lo tanto, no haya podido defenderse oportunamente, supuesto éste en la que no es dable homologar la resolución extranjera”<sup>845</sup>. Dentro de los derechos de defensa del demandado en el proceso de origen se encuentra el derecho a ser citado y/o emplazado regularmente y con tiempo suficiente para defenderse, cuya vulneración constituye una causa de denegación del exequátur y, más en concreto, la prevista en el apartado 2º del art. 954 de la L.E.C. de 3 de febrero de 1881. Es preciso distinguir dos tipos de rebeldía: la rebeldía “por conveniencia” (el demandado no comparece en el proceso de origen aun a pesar de haber sido citado y emplazado en el tiempo y en la forma debida) y la rebeldía “a la fuerza o involuntaria” (el demandado no comparece en el proceso de origen por no haber tenido conocimiento de la existencia del mismo, esto es, por falta de citación y/o emplazamiento). Tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del T.S., únicamente este último tipo de rebeldía, que es la amparada por el referido apartado, impide el exequátur de la decisión extranjera que se dicte<sup>846</sup>. En cualquier caso, la jurisprudencia del T.S. ha estimado que no se denegará el exequátur por falta de citación y/o emplazamiento cuando el demandado en el proceso de origen sea el demandante de exequátur<sup>847</sup>. En materia de

---

<sup>845</sup> *R.A.J.*, 1998, núm. 6080 (Fundamento Jurídico 6º). Tal y como se desprende de la jurisprudencia del T.C., para que la indefensión provoque la denegación del exequátur es preciso que la misma sea material (y no meramente formal), que haya producido efectivamente la imposibilidad de defensa y que no haya sido causada por quien la alega. A estos efectos, *vid.*, por todas, la sentencia del T.C. de 16 de septiembre de 2002, *A.C.*, 2002, núm. 47/48 (semana del 16 al 29 de diciembre), según la cual “el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que reconoce el art. 24.1 CE, **garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales**, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un **especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión**” (Fundamento Jurídico 3º).

<sup>846</sup> *Vid.*, por ejemplo, el auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 7 de abril de 1998, *R.A.J.*, 1998, núm. 3560 (Fundamento Jurídico 2º), la cual denegó el exequátur, con base en el art. 954.2 de la L.E.C., por la indefensión causada al demandado en el proceso de origen y, más en concreto, por no haberse acreditado ni su emplazamiento ni la notificación de la sentencia a reconocer; el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 9 de junio de 1998 (Fundamento Jurídico 4º); así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de junio de 1998 (Fundamento Jurídico 4º).

<sup>847</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 23 de junio de 1998, el cual otorgó el exequátur, a una sentencia de divorcio, por ser la demandada en el proceso de origen la demandante de exequátur (Fundamento Jurídico 4º: “En cuanto al requisito 2º. del mismo artículo 954 LECiv, se tiene por probado que la solicitante de <<exequatur>> fue demandada en el juicio de origen, ..., se han de tener por satisfechas todas las garantías que imponen el derecho de defensa y la proscripción de la indefensión”). Tal y como han puesto de manifiesto los profesores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, la condición exigida por el apartado 2º del art. 954 de la L.E.C., a diferencia de lo que acontece con las condiciones requeridas por los restantes apartados del precepto (que afectan al interés público), no se controla de oficio, sino a instancia de parte, ya que la función de la misma es tan sólo proteger a la parte demandada en el proceso de origen (A.L. Calvo Caravaca y J.

repudios o divorcios islámicos, por lo que a esta cuestión se refiere, nuestro T.S. ha dado muestras de defender una intervención flexible y atenuada de la cláusula de orden público internacional, ya que, tal como se desprende de su jurisprudencia, el hecho de no haberse respetado las garantías procesales en el Estado de origen y, más en concreto, los derechos de defensa de la mujer repudiada, no constituye causa suficiente para denegar en España el reconocimiento de un repudio o de un divorcio pronunciado en el extranjero, siempre y cuando sea la persona demandada en el proceso de origen, esto es, la mujer repudiada, la que inste el correspondiente reconocimiento<sup>848</sup>. Dicho modo de actuar lleva implícito, a nuestro modo de ver, una flexibilización y una especialización de nuestro orden público internacional; tendente a la consecución de la justicia material en el caso concreto, esto es, a la obtención, en cada caso, de un resultado materialmente justo.

### V. A MODO DE CONCLUSIONES

A nuestro modo de ver, nuestra cláusula de orden público internacional ha de estar encaminada a la consecución de la justicia material en el caso concreto. Dicho objetivo lleva implícito la flexibilización y la especialización de nuestro orden público internacional. En cualquier caso, desde nuestro punto de vista, dicha flexibilización y especialización de la cláusula de orden público internacional debiera de venir acompañada de un sistema eficaz de información del Derecho extranjero, ya que, de este modo, se evitaría que la justicia material del caso concreto pudiera resultar frustrada por la mayor o menor diligencia de la parte que insta el exequátur (como ocurrió, por ejemplo, en el auto del T.S. de 23 de julio de 1998).

La necesidad de recurrir, en aras de la consecución de la justicia material del caso concreto, a una flexibilización y a una especialización interpretativa de la cláusula de orden público internacional se aprecia mucho más claramente por medio de un ejemplo. Supongamos que una mujer musulmana domiciliada en Marruecos, que fue repudiada por un musulmán (el cual, a su vez, contrajo un nuevo matrimonio con una musulmana en Marruecos), y que reside habitualmente en nuestro país, desea contraer matrimonio con un español. Pues bien, en dicho caso concreto, los órganos jurisdiccionales españoles, ante los cuales la mujer repudiada solicite el reconocimiento del repudio, habrían de otorgar, al menos *a priori*, el exequátur de la decisión o acta de repudio, ya que, en caso contrario, se vulneraría el derecho a la igualdad jurídica de los cónyuges en el momento de la disolución del matrimonio (no olvidemos que el marido ha podido contraer en su país un nuevo matrimonio) y, tal vez, el derecho al *ius connubii* (esto es, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una

---

Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 3ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 370).

<sup>848</sup> En este sentido, *vid.*, por ejemplo, el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 17 de septiembre de 1996, según el cual, por lo que al art. 954.2 de la L.E.C. de 3 de febrero de 1881 se refiere, “se tiene por probado que el juicio de origen se siguió con conocimiento de ambos cónyuges, habiendo comparecido la esposa mediante la representación de su padre, conforme a la legislación del Estado de origen; concurre, además, la circunstancia de ser la demandada en aquel juicio de origen quien solicita el <<exequatur>>, lo que, (...), habría de purgar cualquier infracción u omisión en que se haya podido incurrir en él”; así como el ya citado auto del T.S. (Sala de lo Civil) de 21 de abril de 1998, según el cual “en cuanto a las garantías procesales en el pleito de origen (requisitos 2.º y 3.º del art. 954 LECiv), se advierte que la solicitante de exequátur es quien fue demandada en el pleito de origen, circunstancia ésta que (...) hace tener por satisfechas tales garantías y, en particular, el derecho de defensa del que es titular”.

familia cuando se tenga edad para ello)<sup>849</sup>. En el supuesto en que la mujer repudiada pudiese presentar una demanda de divorcio ante los Tribunales españoles, el tiempo y los costes que a todo proceso de divorcio le son inherentes acarrearía un perjuicio para la mujer repudiada (que tendría que seguir dicho proceso para recuperar su capacidad nupcial) que no tuvo el marido a la hora de contraer nuevas nupcias<sup>850</sup>. Pero en el supuesto en que la mujer repudiada no pudiese plantear una demanda de divorcio ante los Tribunales españoles, el perjuicio de la mujer repudiada sería, por razones obvias, mucho más considerable. Pero, ¿qué ocurriría si fuese el marido el que hubiese solicitado el reconocimiento del repudio pronunciado en un país islámico?, ¿sería la solución distinta en función de cuál fuese el efecto jurídico del repudio solicitado por el marido (privación de la patria potestad de la mujer repudiada, impedir que la mujer repudiada pueda reclamarle una cantidad económica en concepto de alimentos, recuperación de su capacidad nupcial, etc.)?, ¿sería la respuesta la misma en el supuesto de no haberse respetado en el proceso de origen los derechos de defensa de la mujer repudiada?, ¿tendría esta última cuestión una influencia diversa según que fuese el marido o la mujer repudiada quien instase el reconocimiento del repudio en cuestión? Por otro lado, ya inste el marido o la mujer repudiada el reconocimiento del repudio, ¿sería la respuesta la misma si el mismo fuese irrevocable que si no lo fuese?, ¿y, en este último caso, influiría el hecho de haber transcurrido o no el plazo de revocación del repudio?, ¿influiría en la decisión a adoptar el importe de la compensación económica obtenida por la mujer repudiada?, ¿influiría en la respuesta el hecho de haber sido el repudio pronunciado por una autoridad que no tuviese asignadas funciones jurisdiccionales? Evidentemente, todos los extremos que hemos puesto de relieve, al igual que otros que puedan plantearse en la práctica, son susceptibles de jugar un papel notable, e incluso esencial o decisivo, en la resolución del supuesto considerado o de cualquier otro que llegue a plantearse ante los órganos jurisdiccionales españoles.

En definitiva, a nuestro juicio, para afrontar los problemas de multiculturalidad no es suficiente con una mera especialización de la cláusula de orden público internacional por razón de la materia, ni siquiera con una especialización de la misma por razón del tipo concreto de situación jurídica, sino que es precisa, por así decirlo, una especialización de la cláusula de orden público internacional “por razón de cada caso concreto”. Desde nuestro punto de vista, el grado de especialización de la susodicha cláusula requerido, para abordar la problemática de la multiculturalidad, no puede llevarse a cabo por la vía normativa (por medio de cláusulas especiales de orden público internacional), sino que ha de hacerse por la vía interpretativa, es decir, por los órganos jurisdiccionales en lugar de por los órganos legislativos (ello en modo alguno ha de llevar a una actuación arbitraria por parte de los órganos jurisdiccionales). Y, como es obvio, dicho modo de actuar no puede tener lugar sin la flexibilización de la cláusula de orden público internacional. De este modo, podemos concluir que las notas características de la actual cláusula de orden público internacional (que, como hemos visto, son, básicamente, su flexibilización y su especialización) se encuentran íntimamente interrelacionadas entre sí, ya que detrás de todas ellas subyace una misma idea,

---

<sup>849</sup> Para una visión exhaustiva de las implicaciones de dicho derecho fundamental en el ámbito de nuestra disciplina, *vid.* M. Aguilar Benítez De Lugo, “Ius nubendi y orden público matrimonial”, *B.I.M.J.*, año LIV, 1 Febrero 2000, núm. 1862, pp. 425-447.

<sup>850</sup> No debe olvidarse que el exequátur es menos costoso, desde el punto de vista personal y material, que la iniciación de un nuevo proceso.

un mismo fin: la persecución de la justicia material en cada caso concreto. No se trata de conseguir una justicia abstracta, sino una justicia concreta, que atienda a las circunstancias concretas del caso, que no perjudique a la persona que ya ha sido discriminada. A dicho modo de actuar responden algunos autos de nuestro T.S. (como, por ejemplo, el de 21 de abril de 1998), pero no otros (como es, por ejemplo, el caso del auto de 23 de julio de 1998). Es de esperar que en un futuro próximo toda la jurisprudencia española, que se enfrente a conflictos interculturales, actúe en el sentido indicado. Las referidas características de la actual cláusula de orden público internacional son, en suma, medios para conseguir una mayor justicia material en cada caso concreto.

Desde nuestro punto de vista, los órganos jurisdiccionales del Estado de recepción de la decisión, para decidir si reconocen o no la misma, habrán de tener en cuenta, no sólo cuál es la materia afectada y, más en concreto, cuál es la institución jurídica creada al amparo de un Derecho extranjero cuyo reconocimiento en el foro se insta, sino también todo el conjunto de circunstancias concurrentes en el caso de que se trate. En cualquier caso, los Tribunales, que hayan de decidir si aceptar o denegar en el foro el reconocimiento de un determinado efecto de cualquier institución jurídica controvertida, habrán de analizar y valorar muy detenidamente, no cuáles son en genérico los derechos humanos fundamentales afectados por la institución jurídica foránea en cuestión, sino cuáles son en concreto, en su caso, los derechos humanos fundamentales susceptibles de resultar vulnerados con el reconocimiento del efecto que se pretende. A estos efectos, es preciso tener en cuenta que no todos los derechos humanos fundamentales, reconocidos en la Constitución española (y en las Constituciones de otros países europeos) así como en la normativa internacional sobre derechos humanos, se encuentran situados en un mismo plano jerárquico. De este modo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al respeto a la identidad cultural del individuo<sup>851</sup>, así como el derecho a la libertad religiosa, van a quedar limitados, en mayor o menor medida, por los restantes derechos humanos fundamentales que se encuentran reconocidos en las Constituciones estatales y en la normativa internacional sobre derechos humanos. Es decir, el derecho al respeto de la identidad cultural de la persona y el derecho a la libertad religiosa son derechos humanos fundamentales de obligado respeto por los órganos jurisdiccionales en la medida en que los mismos no conlleven un perjuicio a terceros, esto es, en la medida en que su aplicación, en el caso concreto de que se trate, no produzca un resultado que cause un perjuicio a otras personas.

Por lo que al reconocimiento de repudios pronunciados en el extranjero se refiere, la especialización a la cual nos hemos referido implica que los órganos jurisdiccionales del foro, a la hora de decidir sobre dicho reconocimiento, habrán de tener en cuenta, entre otros extremos, cuál es la pretensión jurídica en cuestión (esto es, el efecto jurídico concreto) cuyo reconocimiento se solicita<sup>852</sup> (y, más en concreto, si existen derechos humanos fundamentales que vayan a resultar vulnerados en el supuesto de reconocerse en el foro la pretensión jurídica

---

<sup>851</sup> Por lo que al derecho al libre desarrollo de la personalidad y al respeto a la identidad cultural del individuo se refiere, *vid.* el art. 22 de la D.U.D.H., el art. 27 del P.I.D.C.P., así como el art. 22 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E.

<sup>852</sup> Los efectos jurídicos pueden ser de muy variado tipo. De este modo, se puede solicitar en el foro el reconocimiento de la capacidad nupcial de la esposa repudiada (en cuyo caso el *ius connubii* podría resultar afectado), la pensión alimenticia de los hijos y/o de la mujer repudiada, derechos sucesorios, etc.

cuyo reconocimiento se solicita y, en caso afirmativo, cuáles son dichos derechos), de qué tipo de repudio se trata<sup>853</sup> (fundamentalmente interesa saber cuál es la autoridad que lo ha pronunciado y el carácter revocable o irrevocable del mismo), la obtención o no de una compensación económica por la mujer repudiada (así como la cuantía de la misma), si se han respetado o no los derechos de defensa de la mujer repudiada, si es o no la mujer repudiada la que solicita el correspondiente reconocimiento y si ha transcurrido o no el tiempo de revocabilidad del repudio.

A nuestro modo de ver, no se puede, como ocurría tradicionalmente, denegar el reconocimiento en el foro de un repudio pronunciado en el extranjero por el hecho de vulnerar todo repudio el derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, sino que habrá que valorar si, en el caso concreto de que se trate, el reconocimiento en el foro, del efecto jurídico del repudio solicitado por la parte que insta el reconocimiento, produce o no una vulneración del referido derecho. Dicha distinción debería tenerse muy en cuenta por los jueces a la hora de decidir sobre la intervención de la cláusula de orden público internacional. En definitiva, ya nos encontremos ante un repudio o ante cualquier otra institución jurídica extranjera controvertida, los correspondientes órganos jurisdiccionales habrán de enjuiciar, para decidir si va a ser o no operativa la cláusula de orden público internacional, sólo el resultado (obtenido en cada caso). Y, más en concreto, estimamos que si el señalado reconocimiento lleva implícito, en el caso concreto de que se trate, una vulneración del derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio, o de cualquier otro derecho humano fundamental (como es el caso del derecho a la dignidad de la persona), habrá de denegarse el reconocimiento solicitado (o, al menos, procederse a un reconocimiento parcial<sup>854</sup>, denegando el reconocimiento de la pretensión jurídica concreta que produce dicha vulneración), sin que el órgano jurisdiccional pueda tener en cuenta otro tipo de circunstancias, ya que las mismas no pueden en ningún caso primar sobre el necesario respeto de los derechos humanos fundamentales. De este modo, se garantiza, a nuestro juicio, no sólo el respeto de los derechos humanos fundamentales, sino, además, un cierto grado de seguridad jurídica. Desde nuestro punto de vista, es absolutamente criticable que los órganos jurisdiccionales protejan únicamente los derechos humanos fundamentales de sus nacionales, como, en ocasiones, ha hecho la jurisprudencia francesa<sup>855</sup>. Sin embargo, en el supuesto de no conllevar el reconocimiento, en el caso concreto en cuestión, una vulneración de un derecho humano fundamental, no habrá de procederse, por ello, al otorgamiento automático del reconocimiento solicitado. En este último caso, no hay razón por la cual los órganos jurisdiccionales no pudieran tener en cuenta, a la hora de decidir sobre el reconocimiento solicitado, el grado o tipo de heterogeneidad de la situación privada internacional en cuestión (la nacionalidad de

---

<sup>853</sup> No hay que olvidar que no todos los países islámicos regulan del mismo modo el repudio, resultando algunas reglamentaciones mucho más favorables que otras a los derechos de las mujeres repudiadas. Dichas diferencias deberían de ser tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales a la hora de valorar una eventual intervención de la cláusula de orden público internacional.

<sup>854</sup> Por lo que a la posibilidad de exequátur parcial del repudio se refiere, *vid.*, muy especialmente, A. Quiñones Escámez, *op. cit.*, 2000, especialmente pp. 191-192.

<sup>855</sup> *Vid.*, entre otras muchas, la sentencia de la *Cour de cassation* de 22 de abril de 1986, *R.C.D.I.P.*, 1987, vol. 76, pp. 374-375, con la nota de P. Courbe, pp. 375-383; así como la sentencia de la *Cour de cassation* de 17 de mayo de 1993, *R.C.D.I.P.*, 1993, vol. 82, núm. 4, pp. 684-685, con la nota de P. Courbe, pp. 685-691.

los cónyuges, el lugar de la residencia habitual de los mismos, etc.) y, más en concreto, su vinculación con el foro.