

# EL REPUDIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO MARROQUÍ EN LA UE

M<sup>a</sup> DOLORES ORTIZ VIDAL

*Becaria-contratada FPU-UMU*  
*Universidad de Murcia*

Recibido: 08.09.2014 / Aceptado: 15.09.2014

**Resumen:** El presente trabajo estudia la disolución del matrimonio en el Derecho marroquí y la europeización del Derecho internacional privado de la Familia. En particular, valora la aplicación del Derecho marroquí en la UE. Pues bien, las normas de Derecho internacional privado de la UE son capaces de proporcionar una respuesta jurídica adecuada a “realidades jurídicas” islámicas, muy diferentes de la “realidad jurídica” occidental.

**Palabras clave:** Repudio. Código de Familia marroquí. Derecho internacional privado de la UE.

**Abstract:** This paper studies the dissolution of marriage in Moroccan Law and the Europeanization of private international law of the Family. In particular, analyses the application of EU law in Morocco. Well, the rules of private international law in the EU are able to provide an appropriate legal response to Islamic “legal realities”, which are very different of European “legal reality”.

**Key Words:** Repudiation. Moroccan Family Code. International Private Law in the EU.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Apuntes sobre la evolución del Derecho de Familia en Oriente y en Occidente. 2. Europeización del DIPr., Derecho de Familia y disolución del matrimonio. II. La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí: el divorcio y el repudio. 1. Las fuentes primigenias y complementarias en el Derecho islámico tradicional. 2. El concepto “*Talaq*” y “*Tatliq*”: distinción de conceptos. 3. Los distintos tipos de instituciones jurídicas por los que se puede disolver el vínculo matrimonial en Derecho marroquí: el repudio y el divorcio. A) La institución jurídica del repudio (*Talaq*). a) El *talaq tradicional*: acercamiento a la figura en Derecho islámico. b) La institución jurídica del repudio (*talaq*) en el Código de Familia marroquí. 1º) La disolución del vínculo matrimonial por repudio a petición de cualquiera de los cónyuges. 2º) La disolución del matrimonio por repudio de mutuo acuerdo (*al-talaq b-l-ittifaq*). 3º) La disolución del matrimonio por repudio mediante compensación económica (*khol*). B) La institución jurídica del divorcio. a) La disolución del matrimonio por divorcio por desavenencias (*siqaq*). b) La disolución del matrimonio por divorcio por otras causas. 4. El carácter revocable o irrevocable en la institución jurídica del divorcio y del repudio en el Derecho marroquí. 5. Los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre la mujer y los hijos. A) De los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre la mujer. B) De los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre los hijos. III. Aplicación, en España, del Derecho marroquí al repudio por parte de los tribunales españoles. 1. Competencia Judicial Internacional y repudio. A) La calificación de la pretensión procesal de repudio y litigación en España. B) Determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de un litigio derivado de un repudio: el Reglamento “Bruselas II-bis”. a) Ámbito de aplicación del Reglamento “Bruselas II-bis” relativo a la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad y separación judicial. b) Foros de competencia judicial internacional en el Reglamento “Bruselas II-bis”. 2. Ley aplicable al repudio. A) Cuestiones de calificación en relación con el repudio y Derecho marroquí aplicable. B) Ley aplicable al repudio y Reglamento 1259/2010 “Roma III”. C) Ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 relativo a la Ley aplicable al divorcio y a la separación

judicial. D) Puntos de conexión y repudio: Elección de la Ley aplicable / Residencia habitual en Marruecos / Ley nacional común. E) Excepciones a la aplicación, por autoridades de un Estado miembro de la UE, de la Ley marroquí que regula el repudio. 1º) La igualdad de los cónyuges para acceder al divorcio (art. 10 Reg. 1259/2010). 2º) Activación de la cláusula de orden público del foro (art. 12 Reg. 1259/2010). 3. Efectos en España de resoluciones judiciales de repudio dictadas por una autoridad competente marroquí. A) Convenio celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa. B) Sistema de condiciones. C) Inscripción del acta de repudio marroquí en el Registro Civil español. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

### 1. Apuntes sobre la evolución del Derecho de Familia en Oriente y en Occidente

1. En la actualidad, la sociedad occidental y, en particular, la sociedad de la UE del siglo XXI se caracteriza por presentar una muy notable variedad étnica, social y religiosa. Esta situación tiene como resultado la convivencia, en Europa, entre sujetos de cultura occidental e inmigrantes procedentes de países cada vez más lejanos y cada vez más distintos desde el punto de vista cultural.

2. Las causas que han dado lugar a la sociedad de la UE del siglo XXI, integrada por personas de orígenes muy diversos y de culturas muy diferentes, pueden concretarse, fundamentalmente y entre otras, en las siguientes<sup>1</sup>: la globalización económica y la emigración. Ello ha posibilitado que las relaciones privadas internacionales se hayan incrementado de manera extraordinaria. Así las cosas, la sociedad europea actual presenta un grado de diversificación muy elevado, en cuyo seno coexisten sujetos con rasgos culturales propios y creencias ideológicas y religiosas muy distintas<sup>2</sup>.

3. En consecuencia, la sociedad europea actual constituye una sociedad multicultural, que se caracteriza por asumir en su territorio la convivencia de diversas culturas<sup>3</sup>. En efecto, ciertas instituciones jurídicas que responden a “modelos de vida” propios de ciertos Estados, “circulan” a día de hoy por todo el mundo y se introducen en otros países con una cultura diferente<sup>4</sup>. Por esta razón, en la actualidad,

<sup>1</sup> En torno a las causas de la expansión cuantitativa y cualitativa de las situaciones privadas internacionales: *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 35-36; N. ÁLVAREZ, “Multiculturalismo e inmigración: retos ideológicos del siglo XXI”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº 5, 2002; J. ARANGO VILA-BELDA, “Europa, ¿una sociedad multicultural en el siglo XXI?: el caso de España”, *Papeles de economía española*, Nº 98, 2003, pp. 2-15; S. L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, “El conflicto de multiculturalidad: una mirada desde el Derecho internacional privado contemporáneo” en L. R. FLAHERTY (COORD.) *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI*, Ed. Buenos Aires: Errepar, Argentina, 2011, pp. 427-460; G. JÁUREGUI BERECIARTU, “Inmigración y diversidad cultural en la era de la globalización” en J. ALBERDI BIDAGUREN / J. GOIZUETA VÉRTIZ (COORDS.) *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 271-290; R. ZAPATA BARRERO, “La ciudadanía en contextos de multiculturalidad. Procesos de cambios de paradigmas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 37, 2003, pp. 173-200; J. L. CASTILLA VALLEJO, “Liberalismo y multiculturalidad en el contexto de la globalización”, *Revista internacional de sociología*, Nº 37, 2004, pp. 217-243.

<sup>2</sup> C. ESPLUGUES MOTA, “Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)” en A. RODRÍGUEZ BENOT (DIR.) *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Ed. CGPJ, Madrid, 2002, pp. 89-100 describe los tres modelos de respuesta que Europa ha adoptado frente al fenómeno migratorio: la asimilación – la cultura de la sociedad de acogida, más fuerte, se impone a la sociedad de origen, más débil –, la integración – los inmigrantes pueden realizar determinadas prácticas culturales, que no se limitan a la simple esfera privada, en el territorio de la sociedad de acogida – y la autonomía – se permite al inmigrante participar en la sociedad de acogida en condiciones iguales a las de los nacionales –.

<sup>3</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes” en Z. COMBALÍA SOLÍS / M. P. DIAGO DIAGO / A. GONZÁLEZ-VARAS (COORDS.) *Derecho islámico e interculturalidad*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pp. 89-110, esp. p. 91.

<sup>4</sup> M. P. DIAGO DIAGO, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 6, 2001, pp. 6-13, esp. p. 7 señala que las instituciones jurídicas islámicas, que pueden resultarnos sorprendentes en la sociedad occidental, son objeto de una exhaustiva regulación en Derecho islámico y, desde éste, dichas instituciones encuentran justificación, unas veces por causa de religión y otras veces por su estructura social.

resulta posible encontrar fenómenos jurídicos ajenos a la cultura jurídica tradicional española y europea, como sucede con la institución jurídica de repudio.

4. La realidad migratoria pone de manifiesto que entre Europa y el norte de África es donde se producen algunos de los flujos migratorios más significativos. Según los datos oficiales difundidos con fecha 31 de marzo de 2013 por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, residían 5.467.955 extranjeros en territorio español en situación regular. En particular, Marruecos mantiene la primera posición en cuanto a residentes en España en Régimen General, cuyo número asciende a 880.789. Así las cosas, como consecuencia del gran número de musulmanes nacionales de Estados islámicos en España y Europa, resulta necesario destacar la importancia del repudio en la sociedad occidental y en la española.

5. En sintonía con lo anterior, la presencia de inmigrantes procedentes del norte de África en los Estados de la UE pone de relieve la divergencia que existe entre el Derecho del país de origen y el Derecho del país de recepción, respecto a materias que afectan al régimen jurídico personal y familiar. En particular, son más notables las diferencias si la institución jurídica se fundamenta, principalmente, en vínculos de tipo religioso.

6. La sociedad europea puede ser considerada, en términos generales, una sociedad laica organizada aconfesionalmente, en la que las autoridades políticas no se adhieren públicamente a unas creencias religiosas determinadas. En Occidente, después de la Reforma Protestante en el siglo XVI y, sobre todo, tras la Revolución Francesa (1789), se adoptó un nuevo modelo de familia. Después de la Reforma protestante, el carácter civil de las uniones familiares vino a sustituir, en parte, al carácter religioso. De la misma manera, en el nuevo Estado revolucionario francés, el matrimonio, entendido como institución religiosa de la unidad familiar, se secularizó y pasó a convertirse en un contrato civil. El nuevo Estado revolucionario francés, reguló los requisitos materiales y formales que debían cumplirse para que la celebración del matrimonio fuera válida, así como, las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de dicha unión y los efectos que ello pudiera tener para con su descendencia.

7. En sintonía con lo anterior, el proceso de laicización que sufren los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados en Occidente a lo largo del siglo XX, comporta la asunción de un nuevo modelo de familia más moderno, que se caracteriza por la existencia de un concepto de familia más amplio, en el que no sólo tiene cabida la familia que tiene su origen en la celebración del matrimonio católico. Así las cosas, pierde relevancia el modelo de familia tradicional, que se fundamentaba en la unión entre padre y madre, casados con arreglo a los ritos de la Iglesia Católica, cuya finalidad era crear una familia.

8. A diferencia de ello, los emigrantes del Magreb proceden de Estados confesionales cuya sociedad opera sobre esquemas religiosos rígidos y excluyentes. La Ley religiosa islámica (*Sharia*), que recoge la revelación que *Allah* hace a la humanidad a través del Profeta *Muhammad*, se integra por el Corán y por la *Sunna*<sup>5</sup>. Estas fuentes primigenias, de origen divino, se ocupan de regular las distintas cuestiones que afectan a la Comunidad islámica (*Umma*): las relaciones de las personas entre sí y de éstas con su Creador<sup>6</sup>. Los creyentes en la Fe del Islam, utilizan la religión para orientar cualquier aspecto de su vida: personal, político, económico o cultural<sup>7</sup>.

9. La noción de “familia” es distinta en los diferentes países del mundo. El origen jurídico del concepto de “familia” se refería a que la misma, como tal, posibilitaba el nacimiento de nuevos seres

<sup>5</sup> El Corán dice (114:1-4): “Di: ¡Él es Alá, Uno!; Di: ¡Él es Alá, Uno, Dios, el Eterno! No ha engendrado, ni ha sido engendrado. Y no tiene par”. La religión islámica se inspira en la creencia de que *Allah* es el único Dios y que *Muhammad* fue su Profeta (<http://www.webislam.com/coran/>)

<sup>6</sup> Z. COMBALÍA SOLÍS, “Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico”, *AequAlitas: Revista Jurídica de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 6, 2001, pp. 14-20, esp. p. 15.

<sup>7</sup> C. MOHAMED, “Islam, Historia y Liberalismo en Sayyid Amir Ali”, *HMiC*, núm. X, 2012, pp. 207-208. En un Estado islámico todas las leyes han de ajustarse estrictamente a la *Sharia*.

humanos y ofrecía un contexto óptimo para el desarrollo de las personas y su integración en la sociedad. Como consecuencia de la importancia de las funciones propias de la familia, ésta, entendida en sentido clásico, era una institución absolutamente necesaria para la misma existencia de la sociedad<sup>8</sup>.

**10.** Tradicionalmente, el matrimonio ha constituido uno de los pilares fundamentales de la sociedad occidental. El matrimonio, entendido en el sentido de vínculo conyugal, era también la institución social que constituía la familia<sup>9</sup>. Con posterioridad, el matrimonio, entendido como institución religiosa de la unidad familiar, se secularizó y pasó a convertirse en un contrato civil. Desde ese momento, el Estado dispone de la facultad de intervenir en las uniones matrimoniales, a través de un representante oficial que garantiza la legalidad de la unión, sin cuya presencia la ceremonia no es válida. Así las cosas, la institución jurídica del matrimonio genera entre los cónyuges obligaciones y derechos recogidos en la Ley, que pueden ser distintos en función de la sociedad reguladora de la institución del matrimonio.

**11.** En el siglo XX, como consecuencia del surgimiento del “Estado social”, se reforman las normas reguladoras de Derecho de Familia y, en concreto, de Derecho matrimonial, para que éstas cumplan los valores constitucionales de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad<sup>10</sup>. Paralelamente, otro proceso se abre: el hecho de que los particulares regulen, *motu proprio*, sus relaciones en materia matrimonial comporta la pérdida progresiva del carácter imperativo del Derecho de Familia y, sobre todo, del Derecho matrimonial sobre los cónyuges. El Derecho interviene en las relaciones jurídico privadas de los cónyuges sólo si no existe acuerdo entre ellos<sup>11</sup>.

**12.** La realidad indica que, en la sociedad occidental actual, no existe un solo “modelo de familia”, sino que, concurren diversos “modelos de familia”<sup>12</sup>. En efecto, las migraciones a Occidente han provocado que familias procedentes de círculos culturales, sociales y jurídicos muy alejados, traigan consigo sus propios “modelos de familia”. Esta situación refleja una creciente dispersión internacional de las familias.

**13.** En consecuencia, en el Derecho occidental, la finalidad de los modelos de familia más modernos es garantizar la mejor realización del derecho al desarrollo de la libre personalidad de los particulares. El ser humano, en cuanto ser racional, es libre y autónomo. Esta afirmación pretende poner de relieve que cualquier persona, en ejercicio de su libertad, puede adoptar cualesquiera decisiones, de

<sup>8</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, p. 82.

<sup>9</sup> R. NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 28-39; M. T. MEULDERS-KLEIN, « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire. De l'institution au contrat et au-delà » en R. GANCHOFFER, *Le Droit de la famille en Europe. Actes des Journées internationales d'histoire du droit*, Estrasburgo, 1992, pp. 200-225 consideran que el modelo tradicional de matrimonio es el resultado de una larga evolución histórica que adquiere conceptos propios de Derecho Romano y de Derecho Canónico. En el Derecho Romano, el matrimonio (*iustae nuptiae*) se celebra con arreglo a lo establecido en el *Ius Civile*. El matrimonio constituye el fundamento de la familia romana. En el Derecho Canónico, el matrimonio constituye una alianza o consorcio de toda la vida entre un hombre y una mujer, ordenada al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos.

<sup>10</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 73.

<sup>11</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 17, expuso que el Derecho de Familia (de la época) se caracterizaba por la escasa intervención del principio de la autonomía de la voluntad.

<sup>12</sup> R. MONTORO ROMERO / J. ELZO IMAZ, “La familia en la sociedad del siglo XXI”, *Revista Javeriana*, N.º. 737, 2007, pp. 56-63 exponen que los modelos de familia que presenta la sociedad del siglo XXI son muy variados. Se considera necesario destacar, entre otros, los siguientes: 1º) Familia nuclear: formada por el padre, la madre y su descendencia; 2º) Familia extensa: formada por los miembros que integran la familia nuclear y por otros parientes, tales como, los abuelos, tíos, primos u otros parientes consanguíneos o afines; 3º) Familia monoparental: formada por el hijo o los hijos que vivan sólo con uno de sus progenitores; 4º) Familia ensamblada: formada por agregados de dos o más familias. 5º) Familia homoparental: formada por una pareja de hombres o de mujeres se convierten en progenitores de uno o más niños. Las parejas homoparentales pueden ser padres o madres a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial en el caso de las mujeres. También se consideran familias homoparentales aquellas en las que uno de los dos miembros tienen hijos de forma natural de una relación anterior.

hacer o de no hacer, que estime pertinentes para marcar las pautas que desea seguir a lo largo de su vida. Por tanto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede catalogarse como complemento a la autonomía personal, con el límite de respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Por esta razón, a día de hoy, el matrimonio deja de ser considerado una institución para convertirse en un contrato *particular*, libremente asumido por las partes, en el que éstas establecen, con libertad, sus derechos y obligaciones<sup>13</sup>.

**14.** En la sociedad islámica, el Derecho de Familia y, en particular, el matrimonio, se regula en las fuentes primigenias de Derecho islámico –el Corán y la *Sunna*– y en las fuentes legislativas más modernas, tales como, los Códigos de Familia, que se inspiran en los criterios tradicionales<sup>14</sup>. El Derecho musulmán establece que el varón musulmán que tenga medios económicos suficientes contraerá matrimonio con una mujer, porque ésta es la vía legítima para tener descendencia<sup>15</sup>.

**15.** No obstante, el Derecho matrimonial musulmán considera el matrimonio como un contrato válidamente celebrado entre un hombre y una mujer que se perfecciona con el acuerdo de las partes. En efecto, todas las Escuelas Jurídicas del Islam coinciden en que el matrimonio tiene lugar mediante la celebración de un contrato. El matrimonio se contrae, normalmente, con el ofrecimiento de matrimonio (*ijâb*) hecho por la novia o, en su caso, por su representante (*nâ'ib*) o tutor (*wakîl*) y, la correspondiente aceptación (*qabûl*) realizada por el novio o, en su caso, por su representante. En el contrato de matrimonio, los esposos pueden incluir, dentro del marco de libre disposición de las partes, las cláusulas que tengan por conveniente, siempre que respeten la *Sharia*. En particular, los contrayentes no pueden pactar que el esposo no tenga la facultad de repudiar a su esposa. En el supuesto de que dicha cláusula se insertara en el contrato de matrimonio, ésta sería nula por resultar contraria al orden público islámico<sup>16</sup>.

## 2. Europeización del DIPr., Derecho de Familia y disolución del matrimonio

**16.** Las autoridades de la UE han asumido competencia legislativa para elaborar normas de DIPr., con la finalidad de acabar con los obstáculos a las libertades europeas de circulación y de crear un auténtico espacio judicial europeo (art. 81 TFUE)<sup>17</sup>. Así las cosas, cuando un Juez español aplica

<sup>13</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 75-81 detalla la evolución del Derecho internacional privado de Familia y del Derecho internacional privado matrimonial en Occidente.

<sup>14</sup> El matrimonio se regula en los Códigos de Familia de los siguientes Estados: Argelia, Iraq, Jordania, Kuwait, Libia, Marruecos, Mauritania, Omán, Qatar, Siria, Sudán, Túnez y Yemen.

<sup>15</sup> A. GIMÉNEZ COSTA, “El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al Derecho español” en C. LASARTE ÁLVAREZ / A. DONADO VARA / M. F. MORETÓN SANZ / F. YÁÑEZ VIVERO (COORDS.) *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI. XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Ed. Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 2004.

<sup>16</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Ed. Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, p. 70.

<sup>17</sup> Un profundo estudio sobre la europeización de DIPr. es realizado, entre otros, por: A. ALEMANN, “Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d’atteinte au marché intérieur?”, *Revue du droit de l’Union européenne*, n° 4, 2001, pp. 953-971; J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *REEI*, n° 15, 2008, pp. 1-33; J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, “El programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia”, *Diario La Ley*, n° 6641, Sección Unión Europea, 31 Ene. 2007, (versión *on line*); M. A. ASÍN CABRERA, “La communautarisation du droit international privé de la famille: euro-chauvinisme ou intégration européenne?”, en *Impérialisme et chauvinisme juridiques*. Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 3-4 octobre 2002, pp. 169-184; O. ASP, “Harmonisation and Co-operation within the Third Pillar: Built in Risks”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. IV, 2002, pp. 15-23; M. AUDIT, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *JDI Clunet*, 2006, pp. 1333 y ss; C. BANARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2004. : S. BARIATTI, “La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione Europea al Titolo IV del Trattato CE” en *Il Diritto dell’Unione Europea*, Anno VI, Fasc. 2-3, Giuffrè, Milano, 2001; J. BASEDOW, “The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, vol. XXXVII, n° 3, 2000, pp. 687-708; K. BOELE-WOELKI, *Unification and Harmonization of Private International Law in Europe, in Private Law in the International Area*, Liber amicorum Kurt Siehr, TMC Asser Press, 2000; A. BOIZAREU CARRERA, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia” en M. DIEZ DE VELASCO VALLEJO (ED.) *La Unión Europea tras la reforma*, Universidad de Cantabria, 2000, pp. 67-86; A. BORRÁS, “Derecho internacional privado y tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol. LI, n° 2, 1999, pp. 383-426; Id., “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro” en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2001*, Universidad del País Vasco, Servicio

“Derecho de la UE”, está aplicando también “Derecho propio” y no un “Derecho extranjero”. España es un Estado miembro de la UE y sus tribunales aplican el Derecho de la entidad política en la que está integrada España, que también es su Derecho<sup>18</sup>. En sintonía con lo anterior, el Juez español actúa como Juez europeo cuando aplica las normas de DIPr. de la UE.

17. En el ejercicio de la competencia legislativa que le concede el art. 81 TFUE, la UE ha elaborado numerosos Reglamentos, también en el campo del Derecho de Familia. Uno de los más destacados es el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>19</sup>. En los litigios y controversias en los que las autoridades de los Estados miembros deben concretar la Ley aplicable al repudio ejercitado con arreglo a la Ley marroquí, dicha Ley aplicable se debe precisar con arreglo al Reglamento 1259/2010.

18. El Reglamento 1259/2010 presenta un carácter *erga omnes*. Por lo tanto, es irrelevante que la Ley designada por el Reglamento para regir la disolución del vínculo matrimonial sea la Ley de un Estado miembro participante, no participante o de un tercer Estado no miembro de la UE. Como consecuencia de lo anterior, el Derecho musulmán de Marruecos va a resultar, con frecuencia, aplicable en España. Por esta razón, resulta necesario conocerlo bien y saber en qué casos y con arreglo a qué criterios, va a ser posible la aplicación, en España, del Derecho marroquí a la disolución del matrimonio.

---

de Publicaciones, 2002, pp. 285-318; H. BRIBOSIA, “Liberté, sécurité et justice: l’imbroglio d’un nouvel espace”, *Annales d’Etudes européennes de l’Université Catholique de Lovaine*, vol. II, 1997, pp. 45-76; A. CALONGE VELÁZQUEZ, « Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia », *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006, pp. 95-112; A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea, *International Law*”. *Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, 2003, pp. 277-300; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003; M. P. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO GIL, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, en J. I. ECHANO BASALDÚA (Ed.) *Estudios jurídicos en memoria de J. M. Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 753-790; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58; S. CARRERA / F. GEYER, “El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, nº 29, 2008, pp. 133-162; R. CATALÁ POLO, “La cooperación en asuntos de justicia e interior en el proceso de construcción europea” en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004, pp. 25-43; M. DE HOYOS SANCHO, “La piedra angular de la cooperación judicial en el Espacio Europeo de Libertad, seguridad y Justicia: El reconocimiento mutuo de resoluciones” en J. M. ALONSO MARTÍNEZ / A. A. HERRERO DE LA FUENTE (COORDS.) *Tratado de Roma en su cincuenta aniversario: Un balance socioeconómico de la integración europea*, Comares, Granada, 2007, pp. 285-308; F. DEHOUSSE Y J. GARCÍA MARTÍNEZ, “The Area of Freedom, Security and Justice”, *Studia Diplomatica (Institut Royal de Relations Internationales)*, vol. LVI, 2003, pp. 135-151; M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne», *RCA-DI*, vol. CCLIII, 1995; M. GARDEÑES SANTIAGO, «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Amsterdam: los arts. 61 c) y 65 como base jurídica», *RDCE*, nº 11, 2002, pp. 231-249; V. GARRIDO REBOLLEDO, *La Unión Europea: el espacio de libertad, Seguridad y justicia en el 2004*; prólogo de Á. ACEBES PANIAGUA, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004; H. GAUDEMET-TALLON, “Quel droit international privé pour l’Union Européenne?”, *International conflicts of laws for the third millenium. Essays in honour of F. K. Juenger*; New York, Transnational Publishers, Inc., 2001; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *Revista General de Derecho*, nº 644, 1998, pp. 5857-5862; Id., “Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia”, *Cuadernos de Integración Europea*, nº 4, 2006, pp. 34-46; K.D. KERAMEUS, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, vol. XLIII, 1995, pp. 401-416; CH. KOHLER, “Lo spazio giurizionario europeo in materia vicile e il diritto internazionale privato europeo”, en P. PICOTE *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp. 65-94; H. LABAYLE, “Un espace de liberté, sécurité et justice”, *Revue trimestrelle de droit europeen*, vol. XXXIII, 1997, pp. 813-881; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El art. 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?”, *AEDIP*, vol. I, 2001, pp. 89-115; A. MARMISSE-D’ABBADIE D’ARRAST, « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rép. Communautaire Dalloz*, 2010, pp. 1-13; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, 2003, pp. 447-483; E. PÉREZ VERA, “Derecho Internacional Privado y la Unión Europea”, *XIX Jornadas de la AEPDIRI*, Universidad de Cantabria, Santander, 2001, pp. 173-188; F. POCAR, “La comunitarizzazione del DIPr: una european conflict of laws revolution”, *RDIPP*, vol. XXXVI, nº 4, 2000, pp. 873-884; O. REMIEN, “European Private International Law, the European Community and it’s emerging area of freedom, security and justice”, *CMLR*, vol. XXXVIII, nº 1, 2001, pp. 53-86; A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le droit international privé”, *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992.

<sup>18</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 91-92.

<sup>19</sup> Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DOUE L 343/10*, de 29 diciembre 2010).

19. El presente trabajo pretende valorar la aplicación del Derecho marroquí en la UE porque, como se indicó al principio, los flujos migratorios de sujetos procedentes de Marruecos son muy significativos. Ello provoca la emigración familiar de una cultura muy distinta a la de la UE, lo que incrementa el número de contenciosos judiciales de carácter familiar entre extranjeros en España.

20. Para llevar a cabo un test valorativo de la aplicación del Derecho marroquí en la UE, este trabajo se divide en dos grandes bloques: El primer bloque examina las instituciones jurídicas del divorcio y del repudio, como instituciones legales por las que se disuelve el vínculo matrimonial en Marruecos, según las disposiciones previstas en el Código marroquí de la Familia<sup>20</sup>. El segundo bloque estudia los aspectos de Derecho internacional privado de la institución jurídica del repudio en el ordenamiento jurídico marroquí. En particular, el presente trabajo determina si un tribunal español puede declararse competente para conocer de un litigio derivado de un repudio, cuál es la Ley aplicable a la institución jurídica del repudio y, si procede, en qué casos una resolución marroquí de repudio puede surtir efectos jurídicos en España.

## II. La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí: el divorcio y el repudio

### 1. Las fuentes primigenias y complementarias en el Derecho islámico tradicional

21. El Derecho islámico clásico nace en la Península Arábiga, un área geográfica situada en el Oriente Próximo, entre el Mar Rojo y el Golfo Pérsico. Se desarrolla y consolida entre los siglos VII y IX<sup>21</sup>. *Allah* dicta la Revelación a su Profeta *Muhammad* a lo largo de veinte años: primero en La Meca, entre los años 612 y 622, y luego en Medina entre los años 622 y 632<sup>22</sup>.

22. El Derecho islámico constituye un sistema jurídico único en el que la Ley religiosa islámica, denominada *Sharia*, integra la revelación plasmada por *Allah* en el Corán y la enseñanza que los musulmanes reciben del Profeta *Muhammad* (*Sunna*)<sup>23</sup>. A lo largo de los dos primeros siglos de vida del Islam surgen, además, numerosas Escuelas Jurídicas (*madahib*) que interpretaban, de manera distinta, los relatos (*hadices*) de la *Sunna*<sup>24</sup>.

23. Las fuentes originarias del Derecho islámico tradicional se componen del Corán y la *Sunna*<sup>25</sup>. El Corán y la *Sunna* son inseparables porque ésta arroja luz sobre los mandatos que incluye el Corán. En

<sup>20</sup> En este trabajo se han utilizado las traducciones en lengua castellana y en lengua francesa del Código marroquí de la Familia de los siguientes autores: C. RUIZ-ALMODÓVAR, *El Derecho privado en los países árabes: Códigos de Estatuto Personal*, Universidad de Granada y Fundación euroárabe de altos estudios, Granada, 2005, pp. 225-292; G. ESTEBAN DE LA ROSA / J. OUHIDA / K. OUALD ALI / T. SAGHIR, *Código marroquí de la Familia*, Proyecto de Investigación de Excelencia “La institucionalización de la vida cotidiana del colectivo de inmigrantes” (Ref. P06-SEJ-02132), que financia la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía (2007-2010); F. MAÍLLO SALGADO, *Diccionario de Derecho islámico*, Ed. TREA, Gijón, 2005; M-C. FOBLETS / J-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la Famille*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005.

<sup>21</sup> Las etapas de la expansión del Islam pueden concretarse, principalmente, en las siguientes: 1º) Califato ortodoxo (632-660); 2º) Califato omeya (661-750); 3º) Califato abbasí (751-1055). Los turcos conquistan el Califato abbasí en el año 1055 y, a partir de esta fecha, los reyes abasíes se mantienen sin Califato bajo el dominio turco, hasta que los mongoles toman Bagdad en 1258.

<sup>22</sup> A.-M. DEL CAMBRE, *Las prohibiciones del Islam*, Ed. La esfera de los libros, Madrid, 2006.

<sup>23</sup> Z. COMBALÍA SOLÍS, “Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico”, *AequAlitas: Revista Jurídica de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 6, 2001, pp. 14-20, esp. p. 15. La autora señala que como consecuencia de este proceso, la comunidad islámica (*Umma*) se integra por Estados que, en la actualidad, disponen de un sistema jurídico único que no diferencia entre las fuentes jurídicas reguladoras del ámbito religioso y del ámbito civil.

<sup>24</sup> En un *hadiz* relatado por *Muslim*, el Profeta *Muhammad*, narró cuáles son las bases del Islam: “El Islam fue construido sobre cinco pilares: la unidad de *Allah*, el cumplimiento de la oración, el pago del *zakat*, el ayuno de Ramadán, y la Peregrinación a *Makkah*”.

<sup>25</sup> El análisis de los sistemas de fuentes de Derecho islámico se ha realizado según el trabajo de S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, 2008, pp. 183-223, esp. pp. 183-193.

particular, el Corán es el Libro Sagrado en el Islam, que contiene la palabra de *Allah*, revelada al Profeta *Muhammad* por medio del arcángel Gabriel. El Corán no se considera un auténtico Código jurídico, si bien, los mandatos de *Allah* se encuentran recogidos en ciento catorce Suras y, cada una de ellas, se divide en Aleyas<sup>26</sup>. Pues bien, en el Corán, la institución jurídica del matrimonio se sistematiza en la “Sura de La Vaca”, en la “Sura de la Luz” y en la “Sura del Divorcio”. El Corán ordena a los musulmanes que sigan lo dispuesto en la *Sunna*. La *Sunna* clarifica las ambigüedades que pueda presentar el Corán y detalla lo expresado en su contenido. En la *Sunna*, los capítulos relativos a la nulidad y a la disolución del matrimonio islámico se encuentran en el Libro del Divorcio (*Kitab Al-Talaq*).

**24.** Junto con las fuentes primigenias del Derecho islámico surgen las fuentes complementarias, cuya función consiste en interpretar y aplicar al caso concreto los mandatos de la revelación divina. Las fuentes complementarias de Derecho islámico pueden concretarse, principalmente, en las siguientes: el consentimiento de la comunidad (*Ijma*), el razonamiento jurídico realizado por analogía (*Kiyas*), la opinión personal (*Ray*) y la jurisprudencia eclesiástica (*Urf-amal*).

**25.** Ahora bien, dentro de las fuentes productoras de Derecho islámico, también cabe incorporar la doctrina fijada por las Escuelas Jurídicas Islámicas predominantes (*Fatwa*)<sup>27</sup>. Las Escuelas Jurídicas Islámicas se inspiran en las fuentes primigenias del Derecho islámico, el Corán y la *Sunna*, y su metodología de trabajo se fundamenta en el esfuerzo personal de reflexión (*Iyihad*)<sup>28</sup>. De una parte, la doctrina ortodoxa o sunnita, está formada por la Escuela *Ahlu-Sunnati Wal Jamaat*, cuyas decisiones tienen su fundamento en el consenso de los miembros que integran la Comunidad musulmana<sup>29</sup>. En la actualidad, son cuatro las Escuelas Jurídicas del Islam sunita que, a falta de autoridad eclesiástica, proporcionan respuesta a la sociedad islámica a cuestiones prácticas de la vida social, religiosa, política, económica y cultural: la Escuela *hanafi*<sup>30</sup>, la Escuela *maliki*<sup>31</sup>, la Escuela *shafi'i*<sup>32</sup> y la Escuela *hanbali*<sup>33</sup>. De otra parte, la doctrina heterodoxa o shíita, compuesta por la Escuela *Isthna Ashari*<sup>34</sup>, que sólo admite como válida la palabra del Imán de la Comunidad musulmana por ser el descendiente del Profeta *Muhammad* en la Tierra<sup>35</sup>.

**26.** En particular, el Derecho marroquí de la Familia se inspira, no sólo en las fuentes primigenias de Derecho islámico señaladas con anterioridad, sino también, en los principios que defiende la Escuela Jurídica del Islam sunita *maliki*. Pues bien, la Escuela *maliki* toma como referencia, principal-

<sup>26</sup> Z. COMBALÍA SOLÍS, *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Ed. Navarra Gráfica, Pamplona, 2001, pp. 16-18. La autora señala que los versículos del Corán que presentan un carácter jurídico son muy escasos y que la autoridad judicial islámica no aplica la Sura o Aleya del Corán al caso concreto, sino que, resuelven el asunto del que se trate según la interpretación que de su contenido hagan las Escuelas Jurídicas Islámicas.

<sup>27</sup> M. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil islámico*, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1981, p. 148.

<sup>28</sup> Y. FERNÁNDEZ, “El Islam y las Escuelas Jurídicas”, *Alif Nûn*, n° 43, noviembre 2006.

<sup>29</sup> S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, n° 13, 2008, pp. 183-223, esp. p. 188 indica que la Escuela Jurídica *Sunnita* se compone de cuatro corrientes ideológicas distintas: a) La doctrina *Hanafita* es la religión oficial de Egipto, Siria, Jordania, Palestina, El Líbano y la República de Sudán. También se practica por los ortodoxos musulmanes de Turquía, Albania, Afganistán, Pakistán, China, India, Irak y los territorios de los Balcanes y del Cáucaso que se encuentran bajo influencia islámica. b) La doctrina *Malakita* es la religión oficial de Marruecos y de Kuwait. También es practicada por los creyentes de Egipto, de Sudán, del Norte y del Este de África y el Centro de Arabia Saudí. c) La doctrina *Shafita* es la creencia mayoritaria de la República de Yemen. También se practica en algunas comunidades islámicas constituidas en Egipto, Jordania, Palestina, Sri Lanka, Siria, El Líbano, Indonesia, Filipinas, Brunei, Singapur, Malasia, Tailandia y las Islas Malvinas. d) La doctrina *Hanbalita* es la religión oficial de Arabia Saudita.

<sup>30</sup> La Escuela *Hanafi* fundada por el Imán *Abu Hanifa* (699-767 d.C / 80-150 d.H).

<sup>31</sup> La Escuela *Maliki* fundada por el Imán *Malik ibn Anas* (713-795 d.C / 95-179 d.H).

<sup>32</sup> La Escuela *Shafi'i* fundada por el Imán *Abu Abdallah as-Shafi'i* (767-820 d.C / 150-205 d.H).

<sup>33</sup> La Escuela *Hanbali* fundada por el Imán *Ahmad ibn Hanbal* (780-855 d.C / 164-272 d.H).

<sup>34</sup> La Escuela *Yafari* fundada por el Imán *Yafar as-Sadiq* (700-765 d.C / 81-148 d.H).

<sup>35</sup> S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, n° 13, 2008, pp. 183-223, esp. p. 188 señala que la Escuela Jurídica *Shiita* constituye la religión oficial de Irán y se practica, con carácter minoritario, en Irak y El Líbano.



mente, en el pronunciamiento de sus reflexiones, dos grandes obras de Derecho islámico<sup>36</sup>: 1º) El libro *Al-Muwatta*, que contiene los *hadices* de *Muhammad*, lo que posibilita perfilar la base de la jurisprudencia del Islam<sup>37</sup>. 2º) El libro *Al-Mudawanna*, que recoge las respuestas del Imán *Malik ibn Anas* a su alumno *Abd ar-Rahman ibn al-Qasim al-'Utaqi*.

27. En la actualidad, el Código de Familia marroquí también es fuente del Derecho marroquí de la Familia<sup>38</sup>. En efecto, el pensamiento de la Escuela Jurídica *malikí* también se refleja en el Código marroquí de la Familia. De hecho, lo que no esté expresamente recogido en dicho Código se resolverá por la autoridad competente con arreglo a los valores de justicia, igualdad y convivencia armoniosa que defiende la doctrina *malekí*.

## 2. El concepto “*Talaq*” y “*Tatliq*”: distinción de conceptos

28. Las fuentes originarias del Derecho islámico no diferencian el concepto “*Talaq*” y “*Tatliq*” relativo a la disolución del vínculo matrimonial. En el Corán, el concepto “*Talaq*” se encuentra en la rúbrica *Al-Talaq* (*Sura* 65). En la Sunna, dicha expresión aparece en el Libro del Divorcio (*Kitab Al-Talaq*). En este sentido, el Corán y la Sunna utilizan el término “*Talaq*” para referirse al mecanismo por el que se puede disolver el matrimonio islámico por un acto de la voluntad del marido o de ambos cónyuges<sup>39</sup>.

29. No obstante, algunas Escuelas Jurídicas emplean un concepto distinto del “*Talaq*” para referirse a la vía causal por la que la esposa puede poner fin a su vínculo matrimonial<sup>40</sup>. En particular, la Escuela *Malikí*, instaurada en Marruecos, utiliza el concepto “*Talaq*” para designar el acto de repudio realizado por el marido o por ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por compensación económica. Sin embargo, dicha Escuela emplea la expresión “*Tatliq*” en aquellos casos en los que es la esposa la que solicita la disolución de su vínculo matrimonial, ante la concurrencia de alguna de las causas de disolución del matrimonio recogidas en el Código de Familia marroquí *Al Mudawana*<sup>41</sup>.

30. El término “*Tatliq*”, de conformidad con la doctrina de la Escuela *Malikí*, tiene su antecedente en la expresión árabe *Talaq ad cadi*. El *Cadi* es la persona que, de manera ficticia, se subroga en la posición del marido para poder liberar a la esposa de la carga del matrimonio a través de un libelo o decreto judicial y siempre que concurra alguna de las causas establecidas en el Código marroquí de la Familia<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> A. OURKIA, *Las fuentes del Derecho Maleki y su influencia en el Código de Familia de Marruecos*, en [http://www.webislam.com/articulos/93429-las\\_fuentes\\_del\\_derecho\\_maleki\\_y\\_su\\_influencia\\_en\\_el\\_codigo\\_de\\_la\\_familia\\_de\\_mar.html](http://www.webislam.com/articulos/93429-las_fuentes_del_derecho_maleki_y_su_influencia_en_el_codigo_de_la_familia_de_mar.html)

<sup>37</sup> El libro *Al-Mutawwa* lo escribió el Imán *Malik ibn Anas* e incluye rituales y costumbres del tiempo de *Muhammad*.

<sup>38</sup> *Dahir* núm. 1-04-22 del 12 del mes de *Du al-Hiyya* del año 1424 (3 febrero 2004) por el que se promulga la Ley 70-03 relativa al Código de la Familia de Marruecos “*Al Mudawana*” (Boletín Oficial nº 5184 de fecha 5 de febrero de 2004). La fuente de la traducción que se emplea en el trabajo procede de [http://www.webislam.com/biblioteca/59412-codigo\\_de\\_familia\\_marroqui\\_la\\_mudawana.html](http://www.webislam.com/biblioteca/59412-codigo_de_familia_marroqui_la_mudawana.html) cuyo autor es *Abdelcrim Chakkor*.

<sup>39</sup> S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, 2008, pp. 183-223, esp. p. 191.

<sup>40</sup> D. SUDQI EL ALAMI / M. A. OXON, *The marriage contract in the islamic law*, Ed. Graham & Trotman, Londres, 1992, p. 30 concretan que, según la Escuela Sunnita *Hanafita* la mujer puede obtener la disolución de su matrimonio por causa fundada en un defecto de su marido para consumar el matrimonio. De conformidad con la Escuela Sunnita *Shafita*, además, de la incapacidad del marido para consumar el matrimonio, es causa de disolución del vínculo matrimonial a petición de la mujer, la incapacidad nupcial del esposo. En ambas Escuelas, la mujer también puede pedir la disolución de su matrimonio por ausencia injustificada del marido del domicilio conyugal durante un largo período temporal. A diferencia de ello, los autores señala que según la Escuela Shífta, la mujer sólo puede pedir la disolución de su vínculo matrimonial por impotencia del marido y siempre que la mujer no tuviera conocimiento de ello antes de la celebración del matrimonio.

<sup>41</sup> El Libro Segundo del Código marroquí de la Familia se divide en 8 Capítulos, referidos a la disolución del pacto matrimonial y sus efectos (arts. 70-141).

<sup>42</sup> S. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español”, *Revista de Ciencias de las Religiones*, nº 13, 2008, pp. 183-223, esp. p. 192.

**31.** Sin embargo, el Código de Familia marroquí *Al Mudawana* ha sido traducido al francés y a la lengua castellana. De una parte, la versión oficial en francés del Código de Familia marroquí traduce el término “*Talaq*” por divorcio sometido al control judicial (“*Le divorce sous contrôle judiciaire*”)<sup>43</sup> y el concepto “*Tatliq*” por el mecanismo por el que se disuelve el acuerdo de matrimonio siempre que la disolución haya sido declarada judicialmente. De otra parte y, a diferencia de lo indicado con anterioridad, la noción “*Talaq*” y “*Tatliq*” en la versión en lengua castellana del Código marroquí de la Familia se corresponde con la “disolución del vínculo matrimonial” sin que dichos conceptos se asocien a la institución legal del divorcio o del repudio. La institución jurídica del “*Talaq*” y del “*Tatliq*” en la versión en lengua española del Código de Familia marroquí señala, únicamente, el resultado al que conduce el proceso, que es la disolución del acuerdo del matrimonio. De hecho, esta versión no contiene una referencia expresa a la palabra repudio.

**32.** Pues bien, algunos autores españoles<sup>44</sup> estiman que el concepto “*Talaq*” se corresponde con la institución jurídica del repudio en Derecho islámico, ejercitado de manera unilateral por voluntad del marido o realizada de mutuo acuerdo por los cónyuges. Sin embargo, emplean el término “divorcio” para referirse al procedimiento por el que se disuelve judicialmente el matrimonio. Por el contrario, el Tribunal Supremo español utiliza la expresión “repudio” o “divorcio”, indistintamente, para referirse a la disolución del acuerdo matrimonial por voluntad unilateral del marido, por acuerdo de ambos cónyuges o a petición de la esposa ante la concurrencia de alguna de las causas recogidas en el Código marroquí de la Familia<sup>45</sup>.

**33.** En efecto, con frecuencia, en Occidente se produce una traducción incorrecta, en términos jurídicos, del concepto islámico “*Talaq*”. La utilización del término “repudio” como traducción española del concepto “*Talaq*”, propio de Derecho islámico, es inexacta. El participio pasivo de “*Talaq*” es “*Mutlaq*”, que significa “sin restricciones, libre”<sup>46</sup>. En Derecho islámico, “repudiar” significa “soltar” o “dejar ir”. El marido, cuando repudia a su esposa, la deja ir, le concede la posibilidad de abandonarle y, con ello, la libera de sus obligaciones matrimoniales<sup>47</sup>.

**34.** La institución jurídica de repudio existía antes del Derecho romano y en la Roma Antigua. La palabra “repudio” tiene su origen en la raíz del verbo latino “*pudet*” – que significa “provocar ver-

<sup>43</sup> M-C. FOBLETS / J-Y. CARLIER, *Le Code Marocain de la Famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, p.54 señala que la traducción oficial francesa del Código marroquí de la familia utiliza, de manera ambigua, los términos “divorcio sometido a control judicial” y “repudio”.

<sup>44</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico” en A. RODRÍGUEZ BENOT (COORD.) *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Ed. CGPJ, Madrid, 2002, pp. 261-342, esp. pp. 269-276; M. J. CIAURRIZ LABIANO, “El matrimonio de las confesiones minoritarias en el ordenamiento jurídico español” en G. SUÁREZ PERTIERRA (ED.) *Derecho matrimonial comparado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 149-184.

<sup>45</sup> ATS 3 abril 2001 *JUR* 2001/042159; STS 25 enero 2006, *RJ/2006/4338*; ATS 21 abril 1998, ATS 27 enero 1998, *RJ/1998/2924*; ATS 23 julio 1996.

<sup>46</sup> El Corán dice (2:231): “No las retengáis a la fuerza y dejadlas marchar de la mejor manera”.

<sup>47</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 276-277 explican, de manera detallada, esta, con frecuencia errónea percepción de la noción de “repudio” en Occidente. En particular, en relación con los errores de traducción y comprensión del concepto “repudio”, véase: L. ASCANIO, “Equivoci linguistici e insidie interpretative sul ripudio in Marocco”, *RDIPP*, vol. 48, n° 3, 2012, pp. 573-594; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Ed. Fundación La Caixa, Barcelona, 2000; ID., “Limitaciones infundadas al *jus nubendi*: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil” en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Ed. Iprolex, Madrid, 2003, pp. 297-304; C. ESPLUGUES MOTA, *El divorcio internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2003; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de DIPr.*, Ed. Comares, Granada, 2000; N. MARCHAL ESCALONA, “El repudio ante la jurisprudencia del TS”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n° 5, 2002, pp. 367-376; ; C. CAMPIGLIO, “Matrimonio polígamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *RDIPP*, vol. 26, 1990, pp. 853-908; J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *RCADI*, vol. 217, 1988, pp. 9-372; R. EL-HUSSEINI BÉGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Ed. LGDJ, Paris, 2002; H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en Droit international privé”, *RCADI*, vol. 226, 1991, pp. 9-206.

güenza –, a la que se añade el prefijo “re-“ – que significa “vuelta hacia atrás” –. El sentido romano del término “repudio” consiste en que, después de que el marido repudie a su mujer, ésta regresa a su estado anterior. En el Derecho clásico romano, el matrimonio depende, en exclusiva, de la voluntad continuada de los cónyuges (*affectio maritalis*). En consecuencia, la cesación de esa voluntad era causa suficiente de válida disolución del matrimonio. El vínculo matrimonial podía disolverse mediante *repudium* o *divorcium*. El *repudium* permitía al marido, unilateralmente, romper el vínculo esponsalicio.

35. En sintonía con lo anterior, la noción de “*Talaq*” y de “*Tatliq*”, plantean una cuestión de calificación a la hora de determinar la norma de conflicto aplicable a estas instituciones jurídicas, desconocidas en el ordenamiento jurídico de la UE y en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. El tribunal del Estado miembro al que se dirija el demandante, para calificar la institución de “*Talaq*” y de “*Tatliq*” necesita conocer el contenido de la acción iniciada por el actor. En el caso de que el objeto de la pretensión instada por el demandante deba regularse por un Derecho extranjero, resulta necesario conocer el significado de la institución jurídica cuya aplicación insta el actor. Por esta razón y a efecto de saber qué es lo que pide el demandante cuando acciona la institución jurídica de “*Talaq*” o “*Tatliq*” ante el tribunal de un Estado miembro de la UE, resulta imprescindible estudiar el Derecho sustantivo marroquí.

### 3. Los distintos tipos de instituciones jurídicas que conducen a la disolución del vínculo matrimonial en Derecho marroquí: el repudio y el divorcio

36. De conformidad con lo establecido en el Código de Familia marroquí, el contrato de matrimonio deja de ser válido ante el fallecimiento de uno de los cónyuges (arts. 74 a 76 CF), por la anulación del mismo (art. 77 CF), por repudio o por divorcio (arts. 78 a 141)<sup>48</sup>. El Código marroquí de Familia aconseja acudir a la disolución del vínculo matrimonial a través del procedimiento del repudio o del divorcio de forma excepcional y según la norma del mal menor, puesto que, la disolución del pacto de matrimonio implica la ruptura de la familia y perjudica, con frecuencia, a los hijos (art. 70 CF).

#### A) La institución jurídica del repudio (*Talaq*)

##### a) El *talaq tradicional*: acercamiento a la figura en Derecho islámico

37. La Escuela Jurídica *Sunnita* y la Escuela Jurídica *Shiíta* dotan a la institución jurídica del *talaq* de particularidades propias<sup>49</sup>. El *talaq tradicional* consiste en un derecho personal del marido por el que puede disolver su matrimonio, de manera unilateral y discrecional, sin necesidad de probar la concurrencia de causa alguna y sin la apertura de un procedimiento legal<sup>50</sup>. El marido que tiene la inten-

<sup>48</sup> C. RUIZ-ALMODÓVAR, *El Derecho privado en los países árabes: Códigos de Estatuto Personal*, Universidad de Granada y Fundación euroárabe de altos estudios, Granada, 2005, pp. 225-292.

<sup>49</sup> Z. COMBALÍA SOLÍS, *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Comares, Granada, 2006, p. 61 hace referencia a que la regulación *shii* del *talak* se aparta bastantes aspectos de la *sunní*. Las diferencias más destacables son que la primera no reconoce el *talak al-bid'a*. Además, en la regulación jurídica *shii* el *talak* ha de pronunciarse oralmente ante dos testigos, usando expresamente la palabra *talak* y debe hacerse con la intención de repudiar; M. TAYYIBJI, *The personal law of Muslims in India and Pakistan*, 4ª edición, Tripathi, Bombay, 1968, pp. 150-170 señala las distintas modalidades que puede presentar, en la práctica, el repudio extrajudicial.

Realizan un análisis de los distintos tipos de repudio, entre otros, A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 85, 2009, pp. 125-156, esp. pp. 130-131; S. ACUÑA GUIROLA / R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, “Aproximación al matrimonio musulmán en la Sharia”, *Ius Canonicum*, XLII, n° 84, 2002, pp. 571-613, esp. pp. 606-613.

<sup>50</sup> La institución legal del *talaq tradicional* sigue recogida, entre otros, en el Código Iraquí (art. 34/I), Código Kuwaití (art. 97), Código Omaní (art. 82), Código Yemení (arts. 58-70) o Código Sudanés (art. 128). Por el contrario, Turquía y Túnez han suprimido la institución del *talaq tradicional*, si bien, el Derecho tunecino, después de la reforma del Código de Estatuto Personal en 1956 concede la facultad de solicitar el divorcio judicial unilateral tanto al hombre como a la mujer. Al respecto M. CHARFI, “Le droit tunisien de la famille entre l’islam et la modernité”, *RTD*, 1973, pp. 29-30.

ción de repudiar a su esposa tiene que ser musulmán, púber, sano de espíritu y estar legalmente casado<sup>51</sup>. El marido, para poder repudiar a su mujer, tiene que efectuar una declaración, oral, escrita o mediante gestos o actos claros e inequívocos, en la que lo ponga de manifiesto ante la presencia de dos testigos<sup>52</sup>. Algún autor<sup>53</sup> considera que el *talaq tradicional* es una institución jurídica “manifiestamente discriminatoria”, en Derecho europeo, que pone de relieve la voluntad de no continuar con el matrimonio.

**38.** El *talaq tradicional* siempre se ejercita unilateralmente, a voluntad del marido, si bien, puede presentar un carácter revocable o irrevocable.

**39.** De una parte, el *talaq tradicional revocable (talaq al-sunna)*, consiste en que el marido realiza una o tres declaraciones de repudiación de la mujer en uno o tres períodos de pureza de la mujer en el que no mantengan relaciones sexuales: el juramento de continencia<sup>54</sup>. El pronunciamiento del repudio tiene lugar en el período de pureza de la mujer y trae por consecuencia, únicamente, la suspensión voluntaria de las relaciones sexuales durante tres meses. Así las cosas, a lo largo de este período de tres meses, el marido y la mujer conservan los derechos y deberes que genera la institución islámica del matrimonio: se mantiene el derecho a manutención (*nafaqa*) y la mujer conserva la vocación sucesoria para con los bienes del marido.

En este caso, la disolución del vínculo del matrimonio no es inmediata. La validez del repudio exige un período de continencia de tres meses (*idda*) en el supuesto de que concurra un único pronunciamiento de repudiación (*talaq ahsan*), o bien, tres períodos de pureza para el caso de que existan tres pronunciamientos de repudiación en tres actos sucesivos (*talaq hasan*). La mujer tiene la obligación de permanecer en el domicilio conyugal durante este tiempo.

Por esta razón, el repudio es revocable mientras transcurren estos períodos. Pues bien, en este tiempo, el marido puede solicitar la reanudación de la vida marital con la esposa sin necesidad de que siempre concurra consentimiento por parte de la mujer. La retractación del repudio por parte del marido, consiste en la expresión de una fórmula que indica su voluntad de reactivar la convivencia marital. Ahora bien, la reanudación de la vida marital no comporta un nuevo matrimonio. Por ello, la retractación del repudio por parte del marido no necesita el consentimiento de la mujer ni la fijación de una nueva dote.

No obstante, transcurridos los tres meses sin que exista retractación por parte del marido, la disolución del vínculo matrimonial es válida y retrotrae sus efectos al momento en el que tuvo lugar el pronunciamiento de repudio.

**40.** De otra parte, el *talaq tradicional irrevocable (talaq al-bid'a)* consiste en que el marido realiza tres declaraciones de repudiación en un mismo acto, lo que da lugar a la disolución inmediata e irrevocable del vínculo del matrimonio, así como, a la extinción de la vocación sucesoria, si bien, el marido tendrá la obligación de pasar la pensión alimenticia a la esposa<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Los requisitos de capacidad del varón para contraer matrimonio aparecen recogidos en el Libro del matrimonio de la Sunna (*Kitab Al-Nikah*); AAVV., *El matrimonio islámico y su eficacia en Derecho español*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 2003, p. 59 señala que la condición de púber encuentra su razón de ser en el hecho de que el acto de repudio es un acto personal y el requisito de ser sano de espíritu se circunscribe a los casos de demencia o de imbecilidad.

<sup>52</sup> M. T. ESTÉVEZ BRASA, *Derecho civil islámico*, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1981, p. 464. La autora señala que la fórmula por la que se ejercita el repudio puede variar en función de la Escuela Jurídica Islámica a la que se haga referencia.

<sup>53</sup> C. STAATH, “La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, pp. 717-729, esp. p. 720 estima que el repudio, en sí mismo, es una prerrogativa reservada al marido que la puede ejercer de manera ampliamente discrecional. Si la mujer puede pedirlo es únicamente en casos muy específicos y bajo el control del Juez; N. MARCHAL ESCALONA, “El repudio ante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 367-376, esp. p. 367 considera que “el repudio es una de las instituciones de Derecho de familia islámico que perennizan la situación jurídica de inferioridad de la mujer”. A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 125-156, esp. p. 146 “[...] siempre hay, a mi juicio, un componente de discriminación en la esencia de la figura [del repudio]”.

<sup>54</sup> Sura II Aleya 226: “Aquellos que juran abstenerse de sus mujeres deberán guardar un lapso de cuatro meses, pero si durante ese tiempo volviesen a ellas, sepan que Dios es indulgente y misericordioso”.

<sup>55</sup> Sura II Aleya 228: “Y las repudiadas, esperan con sus almas tres reglas...”.

En este caso, el marido no podrá reanudar la vida marital con su mujer, ni siquiera, si tuviera la intención de contraer nuevo matrimonio con ella. El matrimonio de una mujer con su ex esposo es nulo para el caso de que éste la haya repudiado ya tres veces. Por ello, la mujer repudiada no puede contraer matrimonio con el marido que la repudió, con la salvedad de que habiendo contraído nuevo matrimonio, éste haya sido disuelto<sup>56</sup>.

**41.** El repudio que ejercite unilateralmente el marido antes de que tenga lugar la consumación del matrimonio, también presenta un carácter irrevocable y produce la disolución inmediata del acuerdo matrimonial<sup>57</sup>.

## **b) La institución jurídica del repudio (*talaq*) en el Código de Familia marroquí**

### **1º) La disolución del vínculo matrimonial por repudio a petición de cualquiera de los cónyuges**

**42.** El actualmente vigente Código marroquí de la Familia señala que tanto el esposo como la esposa pueden poner fin a su matrimonio a través de la institución jurídica del repudio, de conformidad con las disposiciones de este Código y, siempre, bajo control judicial (art. 78 CF). De esta afirmación se desprende que la figura del *talaq tradicional* no se contempla en el actual Código de Familia marroquí. El Derecho marroquí posibilita que cualquiera de los cónyuges – y no sólo el marido – pueda disolver su vínculo matrimonial a través de la figura del repudio. Ahora bien, la esposa únicamente podrá ejercer el derecho a repudiar a su esposo, si su marido le cedió tal derecho (art. 89 CF). Además, el Derecho marroquí también exige, para poder disolver el vínculo matrimonial por *talaq*, la apertura de un procedimiento legal bajo control judicial<sup>58</sup>.

**43.** El marido que pretenda disolver su vínculo matrimonial según el procedimiento del *talaq*, debe solicitar una autorización judicial para poder levantar acta ante dos notarios (*adoul*) habilitados para ello<sup>59</sup>. Dicha solicitud puede pedirla el marido ante el tribunal del domicilio conyugal, o en su defecto, ante el tribunal del domicilio de la esposa o del lugar de su residencia o, en ausencia de los dos anteriores, ante el tribunal del lugar en el que se hubiere concluido el contrato matrimonial (art. 79 CF).

**44.** Con posterioridad, el tribunal cita personalmente a los cónyuges a un intento de reconciliación (art. 81 CF). En el supuesto de que el marido reciba personalmente la citación pero decida no comparecer, el tribunal estima que el esposo ya no desea repudiar a su mujer. Sin embargo, si la esposa es quien recibe personalmente la citación y ni se presenta ni justifica su incomparecencia, el tribunal decidirá sobre el expediente de repudio.

<sup>56</sup> Sura II Aleya 230: “El que repudie tres veces a una mujer no puede tomarla nuevamente por esposa legal, hasta que ella se haya casado con otro marido y éste también la haya repudiado”.

<sup>57</sup> Sura XXXIII Aleya 49: “Cuando desposéis a las creyentes y después las divorcéis antes de haberlas tocado, no tenéis que contar ningún período de espera”.

<sup>58</sup> G. ESTEBAN DE LA ROSA / J. OUHIDA / K. OUALD ALI / T. SAGHIR, *Código marroquí de la Familia*, Ed. Blanca Impresores, S.L., Jaén, 2009, p. 81. Esta publicación se enmarca en los objetivos del Proyecto de Investigación de Excelencia “La institucionalización de la vida cotidiana del colectivo de inmigrantes” (Ref. P06-SEJ-02132) que financia la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía (2007-2010).

<sup>59</sup> La solicitud de autorización para levantar acta ante dos *adoul* debe contener: la identidad, la profesión, la dirección de los cónyuges, así como, el número de hijos si los hubiere, su edad, su estado de salud y su situación escolar. Así mismo, se adjuntará también a la solicitud, la partida de matrimonio y las pruebas que determinen la situación marital del marido y sus obligaciones económicas (art. 80 CF). C. STAATH, “La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, pp. 717-729, esp. p. 719 señala que el acto jurídico del repudio, que produce en sí mismo la disolución del vínculo matrimonial, puede requerir distintas formalidades de naturaleza procesal en función del país en el que se desarrolle el repudio. Así, la autora indica que el Derecho egipcio exige la autenticación del acto de repudio ante los servicios del estado civil (art. 5, Ley egipcia nº 100 de 1985), o que en Derecho argelino resulta necesaria la homologación judicial para que el repudio se constituya válidamente (art. 49 Código de Familia argelino).

**45.** Ahora bien, en el caso de que ambos cónyuges se personen en el intento de reconciliación, en la sala de deliberaciones se celebra la vista y la toma de declaración a los testigos y a cualquier otra persona que el tribunal considere oportuno oír. El tribunal puede adoptar cualquier medida que estime pertinente siempre que ésta vaya dirigida a reconciliar a los cónyuges. En particular, si existen hijos menores en el matrimonio, el tribunal puede realizar hasta dos intentos de reconciliación, separados por un período mínimo de treinta días (art. 82 CF).

**46.** Si la reconciliación entre los cónyuges finaliza con éxito, se levanta el acta correspondiente y el tribunal dejará constancia de la reconciliación (art. 82 *in fine* CF). No obstante, para el caso de que la reconciliación entre ambos resulte imposible, el tribunal se ocupará de fijar un importe pecuniario que el marido tendrá que depositar, en la Secretaría del tribunal en un plazo máximo de treinta días, en concepto de derechos debidos a la esposa<sup>60</sup> y a los hijos<sup>61</sup> (art. 83 CF).

**47.** En el caso de que el marido no deposite el importe monetario exigido por el tribunal en el plazo que le concede, el tribunal considera que el esposo ya no tiene intención de repudiar a su mujer, lo que será constatado por el tribunal (art. 86 CF). Por el contrario, si el marido deposita dicha cantidad pecuniaria, el tribunal autorizará la legalización del repudio, la cual se celebrará en la jurisdicción del mismo tribunal ante la presencia de dos notarios (*adoul*).

**48.** El Juez aprueba el documento que establece la disolución del matrimonio por repudio y, de forma inmediata, remite una copia al tribunal que emitió la autorización del mismo (art. 87 CF). El tribunal que autorizó el repudio, después de recibir dicha copia, dicta sentencia motivada – susceptible de recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en los procedimientos de Derecho común – que se pronuncia sobre los aspectos siguientes (art. 88 CF): 1º) los nombres y apellidos de los cónyuges, su fecha y lugar de nacimiento, la fecha y lugar de celebración de su matrimonio y su domicilio o lugar de residencia. 2º) un resumen de las alegaciones y peticiones de las partes, las pruebas y excepciones que se han presentado, los procedimientos cumplidos en el expediente y las conclusiones del Ministerio Público. 3º) la fecha de la constatación de la disolución del vínculo matrimonial por repudio. 4º) si la mujer está embarazada, o no. 5º) los nombres y apellidos de los hijos, su edad, la persona encargada de la custodia y la organización del régimen de visitas. 6º) la cuantía de los derechos económicos debidos a la esposa y a los hijos y la remuneración de la custodia después del período de espera legal (*idda*).

**49.** La autorización judicial para ejercer el derecho de repudio no se concederá si el cónyuge lo solicita en estado de completa embriaguez, bajo coacción o en un ataque de ira que le impida controlar su persona (art. 90 CF). Tampoco se le otorgará para el supuesto de que el cónyuge lo pida por juramento, sea éste un juramento general o de continencia (art. 91 CF). No es válido el repudio sometido a condición de hacer o no hacer una cosa determinada (art. 93 CF).

**50.** El actual Código marroquí de la Familia también concede a la esposa la posibilidad de disolver su vínculo matrimonial por repudio (*tamlik*), siempre que, el marido le haya cedido tal derecho. El esposo cede a la mujer la facultad de disolver el contrato de matrimonio. Dicha facultad cedida a favor de la esposa presenta un carácter irrevocable (art. 89 CF). El esposo no puede revocar la cesión que realizó a favor de su mujer para que ésta pueda poner fin al matrimonio mediante el procedimiento seguido por la institución jurídica del repudio (*tamlik*).

---

<sup>60</sup> Los derechos de la esposa incluyen los siguientes (art. 84 CF): la dote atrasada, la manutención del plazo legal de espera y una indemnización. La cuantía de la indemnización se establece con arreglo a la duración del matrimonio, la situación financiera del esposo y el modo en el que el esposo ha pedido el repudio. Durante el plazo legal de espera, la esposa tiene derecho a residir en el domicilio conyugal.

<sup>61</sup> Los derechos de los hijos cuya manutención sea obligatoria se determinan conforme al modo de vida que tuvieron antes del repudio (art. 85 CF).

**51.** La esposa que pida al tribunal la disolución de su matrimonio por repudio (*tamlík*) tiene que solicitar al tribunal una autorización para que dos notarios (*adoul*), habilitados a este efecto y adscritos al tribunal pertinente, levanten acta de la disolución del matrimonio (*vid. arts. 79 y 80 CF*).

**52.** El tribunal comprueba la validez de la cesión que realiza el marido a favor de la mujer para que ésta disuelva el matrimonio por repudio (*tamlík*) y, posteriormente, citará a ambos cónyuges para realizar un intento de conciliación. En el caso de que los dos cónyuges comparezcan, tiene lugar la apertura del procedimiento legal. El marido y su esposa pueden realizar las alegaciones que consideren convenientes y se da audiencia a los testigos y a cualquier persona que el tribunal estime interesante oír. Todo ello sin perjuicio de que el tribunal pueda adoptar cualesquiera medidas que estime apropiadas para conciliar a los cónyuges (*vid. arts. 81 y 82 CF*).

**53.** En el caso de que la conciliación entre ambos cónyuges se produzca, se levanta acta a tal efecto y el tribunal constata la conciliación. Por el contrario, si la conciliación entre ellos no tiene lugar, el tribunal autoriza a la esposa para que solicite la formalización del acta de disolución del matrimonio levantada por los dos notarios (*adoul*). El tribunal, además, tiene la obligación de pronunciarse, si procede, sobre los derechos económicos de la esposa y de sus hijos (*vid. arts. 84 y 85 CF*).

### **2º) La disolución del matrimonio por repudio de mutuo acuerdo (*al-talaq b-l-ittifaq*)**

**54.** Ambos cónyuges prestan su consentimiento para obtener la disolución del vínculo matrimonial. La disolución del contrato matrimonial se pide al tribunal a instancia de ambos cónyuges o de uno de ellos, previa adopción de un acuerdo. El acuerdo celebrado entre los dos cónyuges puede contener, o no, condiciones, siempre que éstas no resulten contrarias a las disposiciones del Código marroquí de Familia y para el caso de que no perjudiquen los intereses de sus hijos (art. 114 CF). Ahora bien, cabe la posibilidad de que cada uno de los esposos se retracte de su declaración aun cuando la disolución del vínculo matrimonial ya haya sido aceptada por el otro cónyuge.

**55.** Los dos cónyuges o uno de ellos, solicitará al tribunal la disolución de su matrimonio *al-talaq b-l-ittifaq*. Para ello, los cónyuges adjuntarán a dicha petición el acuerdo por el que pretenden obtener la disolución del vínculo matrimonial. No obstante, previa autorización del tribunal para formalizar el acta de disolución del matrimonio, éste llevará a cabo un intento de reconciliación. Si la reconciliación entre ellos no ha sido posible, el tribunal autorizará la formalización del acta levantada para constatar la disolución del vínculo matrimonial por repudio de mutuo acuerdo.

### **3º) La disolución del matrimonio por repudio mediante compensación económica (*khol*)**

**56.** Los cónyuges pueden acordar la disolución de su matrimonio por compensación (art. 115 CF). La esposa compensa económicamente al esposo por la disolución del vínculo matrimonial<sup>62</sup>. La mujer es quien realiza, de facto, el pronunciamiento de disolución del vínculo matrimonial, si bien, resulta necesario que alcance un acuerdo con su marido por el que le otorga una compensación económica. El pago que realiza la mujer al marido equivale a una compensación por la dote y por los gastos que le supuso el matrimonio (*ATS 25 enero 2006*<sup>63</sup>).

**57.** La disolución del matrimonio por compensación exige el consentimiento de ambos cónyuges. De un lado, la esposa mayor de edad puede consentir por sí misma, si bien, la mujer que no haya alcanzado la mayoría de edad necesita la autorización de su representante legal para disolver el contrato matrimonial por repudio por compensación (art. 116 CF). En particular, la esposa puede recuperar el

<sup>62</sup> Sura II Aleya 229: “El repudio será lícito dos veces, luego aceptación con merced o despido con favor y no es lícito que toméis de lo que le distéis cosa, sino que teman los dos si no rebasaran los límites de Alá, no os traspaséis pues. Pero quien traspasa los límites de Alá, éstos son los inicuos”.

<sup>63</sup> *RJ/2006/4338*

objeto de la compensación si acredita que ha sido coaccionada o perjudicada por su marido (art. 117 CF). De otro lado, si el esposo no consiente una disolución del matrimonio por compensación y la esposa mantiene su intención de disolver el matrimonio, ésta puede acudir al procedimiento por disensión.

**58.** En el supuesto de que los esposos estén de acuerdo en disolver el matrimonio pero no en el objeto de la contrapartida, el tribunal realizará un acto de conciliación. Si la reconciliación entre ambos no es posible, el tribunal entrará a valorar el objeto de la contraprestación según los criterios siguientes: el importe de la dote, la duración del matrimonio, las razones por las que se pide la disolución del vínculo matrimonial y la situación material de la esposa (art. 120 CF).

## **B) La institución jurídica del divorcio**

**59.** El actual Código marroquí de la Familia distingue dos tipos de divorcio: el divorcio por desavenencias a petición de ambos o de uno de los cónyuges (arts. 94 a 97 CF) y el divorcio por otras causas a instancia de la esposa (art. 98 CF).

### **a) La disolución del matrimonio por divorcio por desavenencias (*siqaq*)**

**60.** Ambos cónyuges, o uno de ellos, pueden solicitar al tribunal la disolución de su matrimonio por disensión. El tribunal, antes de pronunciarse sobre la concesión de la disolución del vínculo matrimonial, tiene que realizar un intento de reconciliación (*vid.* art. 82 CF). Para ello, el tribunal nombra a dos árbitros que tratarán de mediar en la controversia.

**61.** Si la reconciliación finaliza con éxito, los árbitros expiden tres copias firmadas por ellos y por los esposos. Estas copias se remiten al tribunal, quien dará una a cada cónyuge y conservará la tercera copia en el expediente. El tribunal deja constancia del acto de reconciliación. Sin embargo, en caso de que la reconciliación entre ellos resulte imposible, el tribunal se pronuncia sobre la disolución del vínculo matrimonial y, si procede, sobre los derechos económicos que el marido le deba a la esposa y a los hijos (*vid.* arts. 84-85 CF), en el plazo máximo de seis meses a contar desde la fecha de solicitud.

### **b) La disolución del matrimonio por divorcio por otras causas**

**62.** La esposa puede pedir el divorcio si concurre cualquiera de las causas siguientes (art. 98 CF): 1º) Infracción por parte del marido de alguna de las cláusulas establecidas en el contrato de matrimonio. 2º) Impago del marido de la manutención. 3º) Ausencia del esposo. 3º) Existencia de algún defecto o enfermedad del esposo que impida la vida íntima entre ellos. 4º) Juramento de continencia por parte del marido o por desistimiento o abandono.

**63.** El tribunal resolverá estas demandas de disolución del matrimonio por divorcio causal en un plazo máximo de seis meses, a menos que, concurren circunstancias particulares que supongan una dilatación en el procedimiento y siempre después de intentar la reconciliación de los cónyuges. El tribunal, tras dicho intento de reconciliación y siempre que concorra alguna de las causas indicadas con anterioridad, resolverá no sólo respecto a la concesión de la disolución del vínculo matrimonial, sino también y, si procede, en relación con los derechos económicos que corresponden a la esposa y a los hijos (art. 113 CF).

**64.** En definitiva, el tribunal inicia el proceso por el que se disuelve el vínculo matrimonial por divorcio si la esposa fundamenta su demanda de finalización del contrato matrimonial en alguna de las causas siguientes:

**65.** 1º) *La disolución del matrimonio por divorcio a causa del incumplimiento del marido de alguna de las cláusulas del contrato de matrimonio o por perjudicar a la esposa (arts. 99-101 CF).* La esposa puede pedir al tribunal la disolución del vínculo matrimonial por divorcio en el caso de que su



marido incumpla alguna de las cláusulas contenidas en el contrato de matrimonio. En ocasiones, el incumplimiento por parte del marido de una de las cláusulas estipuladas en el contrato matrimonial puede ocasionar un perjuicio, de tipo material o moral, a la esposa. La carga de la prueba del hecho que constituye un perjuicio corresponde a la mujer. Para ello, puede utilizar cualesquiera medios de prueba que estime convenientes, incluida la declaración de testigos. Finalmente, el tribunal se pronunciará sobre la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento contractual y perjuicio a la mujer y, en su caso, acerca de la cuantía a la que asciende la indemnización derivada de tal perjuicio.

**66. 2º) *La disolución del matrimonio por divorcio a causa del impago de la manutención por parte del marido (arts. 102-103 CF).*** La mujer puede solicitar al tribunal la disolución de su matrimonio en el caso de que su esposo no cumpla con la obligación de manutención. El tribunal dictará sentencia de divorcio a favor de la esposa si el marido no es insolvente y se niega a mantenerla. Sin embargo, si el esposo se encuentra en buena situación económica pero no quiere hacer frente a la manutención, el tribunal le obligará a ello, si bien, no atenderá la demanda de divorcio interpuesta por la esposa. Por el contrario, si el marido acredita su mala situación económica, el tribunal señalará un plazo de hasta treinta días para que satisfaga la manutención y si no lo hace, el tribunal dictará sentencia de divorcio a favor de la esposa, con la salvedad de que concurra una circunstancia de fuerza mayor.

**67. 3º) *La disolución del matrimonio por divorcio a causa de ausencia del cónyuge (arts. 104-106 CF).*** La esposa puede pedir al tribunal la disolución de su vínculo matrimonial por divorcio para el supuesto de que su marido se ausente de la residencia conyugal por un período superior a un año. Pues bien, el tribunal, después de recibir la solicitud de la mujer, tiene que asegurarse de la certeza de dicha ausencia, de su duración y de localizar el lugar en el que se encuentra el esposo ausente para notificarle la intención de su esposa de disolver el matrimonio. Si, después de la notificación, el marido no regresa al domicilio conyugal, el tribunal concederá a la mujer la disolución de su vínculo matrimonial.

**68. 4º) *La disolución del matrimonio por divorcio a causa de la existencia de algún defecto o enfermedad de alguno de los cónyuges que impida la vida íntima entre ellos (arts. 107-111 CF).*** Cualquiera de los dos contrayentes puede solicitar al tribunal la disolución del matrimonio en el supuesto de que cualquiera de ellos tenga un defecto que les impida mantener relaciones íntimas o sufra una enfermedad que ponga en peligro la vida o la salud del otro cónyuge y cuyo tratamiento de curación sea superior a un año. Un perito determinará la existencia y la gravedad del defecto y/o de la enfermedad.

La disolución del vínculo matrimonial puede pedirla el cónyuge que no tuviera conocimiento, en el momento de la celebración del contrato matrimonial, que el otro tuviera un defecto o enfermedad. También puede pedirla el cónyuge que, aún siendo consciente de su defecto o enfermedad, no se lo comunicó al otro.

Si el matrimonio no se ha consumado, el esposo no está obligado a pagar la dote a la mujer que pida la disolución del matrimonio por existencia de defecto o enfermedad. Si el matrimonio se ha consumado, el esposo pagará la dote a la esposa, si bien, aquél podrá recuperar el importe de la dote. Para ello, tiene acción contra la persona que, deliberadamente, le indujo a error o le ocultó el defecto o la enfermedad de su mujer.

**69. 5º) *La disolución del matrimonio por juramento de continencia por parte del marido o por desistimiento o abandono (art. 112 CF).*** Si el marido realiza un juramento de continencia o abandona a su esposa, ésta puede pedir al tribunal la disolución de su matrimonio por divorcio por esta causa. El tribunal concede al marido un plazo de cuatro meses para que ponga solución a esta cuestión.

#### **4. El carácter revocable o irrevocable en la institución jurídica del divorcio y del repudio en el Derecho marroquí**

**70.** El Código de Familia marroquí señala en qué casos el divorcio y el repudio presentan carácter revocable o irrevocable. Así las cosas, el divorcio sobre el que se pronuncie el tribunal ostenta

un carácter irrevocable, a excepción del divorcio que traiga causa en el impago por parte del marido de la manutención o del divorcio a causa del juramento de continencia (art. 122 CF). En relación con el repudio, el que ejercite el marido presenta un carácter revocable, a menos que se corresponda con el repudio que completa al triple repudio o al pronunciamiento de un repudio anterior a la consumación del matrimonio. Por el contrario, la disolución del vínculo matrimonial por repudio por acuerdo (*al-talaq b-l-ittifaq*), por compensación (*khol*) o por cesión del derecho del marido a favor de su esposa (*tamlík*), presenta un carácter irrevocable (art. 123 CF).

**71.** El tribunal competente se pronuncia, mediante sentencia motivada, respecto a la concesión de la disolución del vínculo matrimonial por repudio. Pues bien, después de la emisión de dicha decisión, el carácter revocable de la institución jurídica del repudio permite al esposo recuperar a su mujer durante el plazo legal de espera (*idda*). Este período legal comienza desde la fecha en la que se otorga el repudio y es distinto según la mujer esté, o no, embarazada. El período legal de continencia de la embarazada finaliza en el momento de dar a luz o después de la interrupción del embarazo (art. 133 CF). El plazo legal de espera de la mujer no embarazada se establece en función de que la mujer tenga, o no, la menstruación. Si la mujer tiene la menstruación, el período legal de continencia se corresponde con tres períodos intermenstruales completos. Por el contrario, si la mujer aún no tiene la menstruación, su plazo legal de espera es de tres meses (art. 136 CF). Finalizado el período legal de espera, la institución jurídica del repudio adquiere un carácter irrevocable (art. 125 CF).

**72.** El esposo que desee regresar con la mujer que repudió necesita la certificación de dos notarios (*adoul*) que informarán al Juez, de manera inmediata, de la decisión tomada por el marido. El Juez, antes de conceder la revocación del repudio, se pondrá en contacto con la esposa para notificarle la nueva decisión adoptada por su marido (art. 124 CF). Si la esposa quiere volver con su marido, el tribunal expide un documento en el que deja constancia de la revocación de la decisión de poner fin al matrimonio. Por el contrario, si la mujer se niega a regresar con él, ella puede interponer una demanda de divorcio por causa de desavenencias (*vid.* arts. 94 a 97 CF).

**73.** El tribunal que se pronuncie respecto a la concesión de un repudio que presente carácter irrevocable, genera el fin inmediato del vínculo matrimonial, si bien, no impide la celebración de un nuevo contrato matrimonial (art. 126 CF). Sólo el pronunciamiento del tercer repudio que completa el triple repudio prohibirá la celebración de un nuevo contrato matrimonial con la mujer repudiada, a menos que, ella contraiga nuevo matrimonio con un nuevo esposo, mantenga relaciones íntimas con él, se disuelva este nuevo vínculo matrimonial y ella cumpla el período legal de espera (art. 127 CF).

## **5. Los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre la mujer y los hijos**

### **A) De los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre la mujer**

**74.** Los derechos económicos debidos a la esposa para el caso de que el marido la repudie pueden concretarse, principalmente, en los siguientes (art. 84 CF): el saldo de la dote, la manutención del período legal de espera (*idda*) – sólo en el caso de que resulte beneficiaria de ello – y el don de consolación que se calcula sobre los criterios de la duración del matrimonio y la situación económica del marido. La esposa residirá, durante el plazo legal de espera, en el domicilio conyugal o, en su caso, en un domicilio apropiado para ella según la situación económica del marido (art. 84 *in fine* CF).

**75.** En relación con el saldo de la dote, la esposa tiene derecho a la dote completa por la consumación del matrimonio o el fallecimiento. No obstante, la mujer recibirá la mitad de la dote para el caso de que el marido la repudie antes de la consumación del matrimonio. En particular, la esposa no tendrá derecho a la dote antes de la consumación del matrimonio el marido ejercita el repudio en un matrimonio sin dote determinada (arts. 26 a 34 CF).

**76.** Respecto a la manutención de la esposa, ésta consiste en un deber que tiene que cumplir el esposo desde el momento en el que se consuma el matrimonio. La esposa, aun cuando haya sido repudiada, revocable o irrevocablemente, conserva su derecho de manutención. En el supuesto de que la mujer esté embarazada, su derecho de manutención se mantiene hasta el momento en el que de a luz (arts. 194 a 196 CF).

## **B) De los efectos personales y patrimoniales de la disolución del vínculo matrimonial por repudio sobre los hijos**

**77.** La custodia (*hadana*) sobre los hijos hasta que alcancen la mayoría de edad constituye un deber de ambos progenitores durante el matrimonio (art. 164 CF). En el supuesto de que finalice el matrimonio, el custodiado que haya cumplido quince años puede elegir que lo custodie su padre o su madre (art. 166 CF)<sup>64</sup>. En ausencia de padre o madre, el menor con el visto de su representante legal, podrá elegir a su abuela materna siempre que su elección no perjudique sus intereses. Si su representante legal no está de acuerdo en la elección llevada a cabo por el menor custodiado, el Juez debe decidir con arreglo al interés del niño. Así las cosas, en ausencia de padres y abuela materna o en el caso de que no exista acuerdo con el representante legal, el tribunal concederá la custodia del menor al pariente que considere más apto para asumirla. La aptitud del guardián del hijo la valora el tribunal según la posibilidad de que el pariente le conceda al menor una vivienda digna y que, además, se haga cargo de su pensión alimenticia (art. 171 CF).

**78.** La remuneración y los gastos de la custodia sobre los hijos constituyen un deber del obligado a sufragar la manutención del custodiado, si bien, la madre no tendrá derecho a la remuneración por custodia en el caso de que se encuentre en el período legal de espera de un repudio revocable (art. 167 CF).

**79.** El custodiado tiene derecho a una remuneración de la custodia, a una pensión alimenticia y a una vivienda digna.

**80.** La cuantía de la pensión alimenticia (*nafaqa*) se fijará en virtud de las condiciones de vida y de la situación escolar en la que se encontraban en un momento anterior a la disolución del vínculo matrimonial (art. 85 CF). En particular, la pensión alimenticia incluye los alimentos, la vestimenta, la atención médica y todos los gastos que sean considerados habitualmente imprescindibles, incluida la educación del menor (art. 189 CF). La estimación de los “gastos habitualmente imprescindibles” se efectúa de conformidad con la media de los ingresos de la persona obligada a dar la pensión alimenticia, la situación personal y económica de la persona que recibe, el nivel de los precios y los usos y costumbres propios del entorno social en el que se aplica el derecho a la pensión alimenticia (art. 189 *in fine* CF).

**81.** La determinación de la cuantía de la pensión alimenticia requiere la intervención del tribunal que tendrá en cuenta las declaraciones realizadas por ambas partes y las pruebas, incluida la pericial, presentadas por ellas. El tribunal dispone de un plazo máximo de un mes para pronunciarse acerca de la concesión y de la cuantía de la pensión alimenticia (art. 190 CF). La sentencia relativa a la pensión alimenticia será válida y efectiva hasta que sea sustituida por otra sentencia sobre pensión alimenticia posterior, o bien, hasta la fecha en la que termine el derecho del beneficiario a dicha pensión (ATS 11 enero 2000<sup>65</sup>, SAP Barcelona 13 febrero 2002<sup>66</sup>). Sin embargo, no cabe el incremento o la reducción de la cuantía económica de la pensión alimenticia, sea ésta convenida o determinada judicialmente, hasta

<sup>64</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ / A. RODRÍGUEZ BENOT / K. BERJAOU / M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado marroquí*, vol. I, Fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia en Marruecos 2005-2009, Proyecto ADL, 2009, p. 147 señalan que, los ordenamientos jurídicos inspirados en la *Sharia* islámica diferencian la tutela de la guarda física del menor, lo que les lleva a fijar, en el supuesto de ruptura o disolución del vínculo matrimonial, la tutela del hijo para el padre y la guarda física del menor para la madre.

<sup>65</sup> RJ/2000/359

<sup>66</sup> JUR/2002/135624

que haya transcurrido un año a menos que concurren circunstancias excepcionales que exijan de una modificación de la cuantía en la pensión alimenticia (art. 192 CF).

**82.** No obstante, los gastos de alojamiento del menor en custodia no forman parte de la pensión alimenticia. Así las cosas, siempre que el tribunal lo estime oportuno, el padre debe garantizar una vivienda a sus hijos o hacerse cargo de los gastos del alquiler (art. 168 CF). La sentencia por la que se ordena el pago de la pensión alimenticia y de los gastos de alojamiento se ejecuta conforme a las directrices que proporcione el tribunal. El tribunal puede imputar los gastos a los bienes de la persona obligada a ello, o bien, puede ordenar la retención en origen sobre sus ingresos o sueldo, con el fin de asegurar la continuidad en el desembolso de los gastos (art. 191 CF). Ahora bien, en el caso de que el obligado no pueda hacer frente al pago de la pensión alimenticia respecto de todos los beneficiarios previstos en la Ley, debe abonar las cantidades previstas en el orden siguiente (art. 193 CF): primero la esposa, luego los hijos pequeños de ambos sexos, después las hijas mayores, los hijos mayores, su madre y, por último, su padre.

### III. Aplicación del Derecho Marroquí al repudio por parte de los tribunales españoles

#### 1. Competencia Judicial Internacional y repudio

##### A) La calificación de la pretensión procesal de repudio y litigación en España

**83.** En los litigios internacionales resulta necesario, para determinar la norma de competencia judicial internacional que sea aplicable, calificar jurídicamente la pretensión del demandante<sup>67</sup>. La pretensión del demandante constituye el objeto del proceso civil. El proceso civil va a versar sobre lo que el demandante solicite al tribunal en su demanda y, en su caso, sobre lo que el demandado pida al mismo a través de la reconvencción.

**84.** Pues bien, el tribunal ante el que se ejercita la acción, es quien tiene la obligación de calificar jurídicamente la pretensión del actor. Para ello, dicho tribunal tiene que concretar la “materia” sobre la que versa la controversia. Así las cosas, la pretensión del demandante puede serlo en materia de “obligaciones contractuales”, en materia de “obligaciones extracontractuales”, en materia de “crisis matrimoniales”, etc. Si la pretensión del actor es en materia de “crisis matrimoniales”, el tribunal ante el que demandante ejercita su acción sólo podrá conocer del asunto, si dispone de foro según las normas de competencia judicial internacional reguladoras de esta materia.

**85.** La UE dispone de su propio ordenamiento jurídico y ha asumido competencias legislativas en ciertas áreas, transferidas por los Estados miembros. Desde esa perspectiva, la UE constituye un “Estado de Estados”<sup>68</sup>. La UE regula las materias propias de su competencia a través de su Derecho europeo. Los Estados miembros de la UE dejan de aplicar su Derecho nacional a aquellas materias cuya competencia han transferido a la UE. Por tanto, en la UE coexisten dos ordenamientos jurídicos que no se oponen, sino que mantienen relaciones coordinadas entre sí: el europeo y el de cada Estado miembro de la UE. Ahora bien, el Derecho europeo es también Derecho vigente en cada Estado miembro de la UE. Por esta razón, el juez español actúa como juez europeo cuando aplica las normas de DIPr. de la UE. La razón de ser de esta afirmación encuentra fundamento en el hecho de que cuando un Juez español aplica “Derecho de la UE”, también aplica “Derecho propio” y no un “Derecho extranjero”. El Derecho

<sup>67</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 145-149.

<sup>68</sup> T. GONZÁLEZ BALLESTEROS, “Crisis en la Unión Europea”, publicado en <http://www.abc.es/historico-opinion/index.asp?f=20110907&idn=1401800240280>

de la UE no puede considerarse un “Derecho extranjero” porque los Estados miembros están integrados en la UE<sup>69</sup>.

**86.** El DIPr. es un sector del Derecho Privado que despliega su función en el escenario internacional, que regula supuestos internacionales y que cuenta con normas propias específicas. En este sentido, el DIPr. dispone de sus propios conceptos, instituciones y métodos, diseñados por el legislador para alcanzar una regulación adecuada de los supuestos internacionales, propios del DIPr. En efecto, el DIPr. los valores constitucionales del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro de la UE con arreglo a una perspectiva propia del mismo que permite alcanzar una regulación satisfactoria de los casos internacionales<sup>70</sup>: la continuidad espacial de las situaciones jurídicas creadas en otros países, la lucha contra las situaciones jurídicas claudicantes, la promoción de la libre circulación internacional de personas, el impulso de la vida internacional de los particulares mediante la reducción de los costes de litigación internacional y de los costes conflictuales, etc.

**87.** En este sentido, los tribunales de cualquier Estado miembro de la UE, incluidos los tribunales españoles, pueden encontrarse con una demanda judicial de repudio. El tribunal ante el que uno de los cónyuges, o ambos de mutuo acuerdo, ejerciten una acción de repudio tiene que concretar la materia sobre la que versa la controversia y, con posterioridad, determinar si las normas de competencia judicial internacional le otorgan foro para conocer del asunto.

**88.** Las normas de competencia judicial internacional del DIPr. de la UE emplean categorías jurídicas muy *amplias* y utilizan la locución “*en materia de*” para referirse a la acción del demandante, porque limitan su actuación a acreditar que existe una vinculación auténtica entre los tribunales de un Estado y el litigio que se produce en un determinado contexto jurídico. En este sentido, la norma de competencia judicial internacional del DIPr. de la UE tiene que ser más *amplia* que la norma de competencia judicial de Derecho material de cada Estado miembro porque la primera se aplica a casos internacionales, se enfrenta a una realidad que desborda la legislación nacional<sup>71</sup>.

**89.** Ahora bien, no existe una norma de competencia judicial internacional europea que regule la institución legal de repudio porque esta institución es desconocida en el Derecho de la UE y en el Derecho de los Estados miembros. La institución jurídica de repudio, propia de los países musulmanes, no puede definirse jurídicamente como un “divorcio” o como una “separación judicial”, tal y como el ordenamiento jurídico de la UE y el ordenamiento jurídico de los Estados miembros entienden estas instituciones.

**90.** En efecto, no existe un Código Civil europeo que contenga una definición europea de “divorcio” ni ninguna otra norma material europea que regule esta institución. Por esta razón, el TJUE puede proporcionar un concepto europeo de “divorcio”, a partir de la interpretación que él mismo realice de los considerandos de los Reglamentos elaborados por el legislador de la UE o de la comparación que establezca de los principios generales del Derecho, comunes a los Estados miembros de la UE. Los tribunales y autoridades de los Estados miembros pueden, a través del “recurso prejudicial”, solicitar al TJUE que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación de un Reglamento de la UE (art. 267 TFUE<sup>72</sup>).

<sup>69</sup> STJCE 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa contra E.N.E.L.*, asunto C-6-64, p. 105: afirma que el Derecho de la UE “se integra en el sistema jurídico de los Estados miembros”.

<sup>70</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed. Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 14-15 exponen la perspectiva internacional privatista de los valores constitucionales.

<sup>71</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 147-148 se refieren al siguiente ejemplo: en relación con los litigios derivados de los contratos, el art. 7.1 Reg. Bruselas I-bis indica que es competente, “en materia contractual” el tribunal de lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda. Y el TJUE ha precisado que debe entenderse por litigios en “materia contractual” aquéllos derivados de un “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra”.

<sup>72</sup> Art. 267 TFUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”.

En particular, el TJUE se decanta por la definición *autónoma* de los conceptos empleados en las normas de DIPr. europeo y apuesta por una *solución europea* a las cuestiones interpretativas suscitadas por las mismas. Para el TJUE, los conceptos y mecanismos utilizados por un Reglamento de la UE presentan un significado propio en el contexto del mismo Reglamento y no se extraen de los Derechos nacionales de cada Estado miembro<sup>73</sup>.

**91.** La definición *autónoma* del concepto europeo de “divorcio” empleado en las normas de DIPr. europeo se *amplía* con el objetivo de cubrir las instituciones relativas a las crisis matrimoniales, desconocidas en el ordenamiento jurídico de la UE y en el de los Estados miembros. Ahora bien, no todas las instituciones jurídicas extranjeras presentan el mismo grado de “desconocimiento” en el Derecho de la UE y en el de cada Estado miembro. En particular, el repudio es una institución jurídica que despliega, en Derecho marroquí, una función similar a la que en el Derecho de la UE desarrolla la institución legal de divorcio. Por esta razón, para determinar la norma de competencia judicial internacional europea que resulta aplicable al repudio, debe arrancarse de la función que esta institución jurídica desarrolla en el Derecho marroquí. Para ello, el tribunal ante el que se ejercite la acción de repudio tiene que consultar el Derecho marroquí, si bien, sólo a título informativo, para determinar cuál es la función que desarrolla el repudio en el ordenamiento jurídico marroquí. Posteriormente, dicho tribunal tiene que encontrar una institución jurídica, en su ordenamiento jurídico, que desarrolle una función similar a la que el repudio despliega en el Derecho marroquí.

**92.** El repudio marroquí y el divorcio son instituciones jurídicas cuya función en Derecho marroquí es disolver el vínculo matrimonial. Por tanto, la norma de competencia judicial internacional que determina el tribunal competente para conocer de un divorcio internacional en Europa, es también la norma de competencia judicial internacional aplicable a la institución legal del repudio marroquí.

**93.** Una vez que el tribunal, para determinar su competencia judicial internacional, ha concretado que la acción de repudio versa sobre la materia relativa a la disolución del matrimonio, tiene que acreditar que dispone de foro para conocer del asunto. Pues bien, el Reglamento “Bruselas II-bis” relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, determinará si el tribunal ante el que se ejercitó la acción de repudio tiene competencia judicial internacional para conocer del repudio<sup>74</sup>. Este Reglamento se aplica, por las autoridades y tribunales de todos los Estados miembros de la UE, con la excepción de Dinamarca, a cualquier procedimiento civil, sea judicial o no, relativo a las crisis matrimoniales.

## **B) Determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de un litigio derivado de un repudio: el Reglamento “Bruselas II-bis”**

**94.** El Reglamento “Bruselas II-bis” regula la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad y separación judicial. Ahora bien, las normas de competencia del Reglamento sólo designan el tribunal competente a efectos de concesión o denegación de la disolución del vínculo matrimonial. Las causas del divorcio, las consecuencias patrimoniales derivadas del mismo o cualesquiera otras medidas accesorias no se regulan por lo establecido en este Reglamento (cons. 8 Reg. Bruselas II-bis).

<sup>73</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 172-176 precisan las herramientas interpretativas que puede utilizar y combinar el operador jurídico, para concretar las nociones autónomas de un Reglamento de la UE: 1º) La combinación de las versiones literales oficiales, en distintas lenguas, del Reglamento de la UE. 2º) Los principios inspiradores del Reglamento europeo. 3º) Los objetivos del Reglamento de la UE y sus disposiciones sobre cuya interpretación se debate. 4º) Los principios generales derivados del conjunto de los ordenamientos jurídicos nacionales. 5º) Los antecedentes históricos del Reglamento europeo. 6º) El ligamen entre el Reglamento de la UE y el Tratado constitutivo de la UE.

<sup>74</sup> Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000 (*DOUE* L 338/1 de fecha 23.12.2003).

### a) **Ámbito de aplicación del Reglamento “Bruselas II-bis” relativo a la competencia judicial internacional en materia de divorcio, nulidad y separación judicial**

**95.** El Reglamento “Bruselas II-bis” se aplica por los tribunales y autoridades públicas de todos los Estados miembros de la UE, con la salvedad de Dinamarca (cons. 31 Reg. Bruselas II-bis<sup>75</sup>). El Reglamento “Bruselas II-bis” se aplica desde el día 1 de marzo de 2005 y ostenta un carácter irretroactivo.

**96.** En relación con el ámbito de aplicación material, el Reglamento “Bruselas II-bis” presenta un carácter doble, puesto que, se ocupa de dos de los tres sectores que integran la disciplina de Derecho internacional privado: el sector de la competencia judicial internacional y el de la eficacia extraterritorial de decisiones. En efecto, el Reglamento “Bruselas II-bis” determina la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de decisiones en relación a las crisis matrimoniales. Ahora bien, este Reglamento sólo regula materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional, por lo que resulta aplicable a cualquier procedimiento civil, sea judicial o no, relativo a crisis matrimoniales (cons. 7 Reg. Bruselas II-bis<sup>76</sup>).

**97.** Así las cosas, el Reglamento “Bruselas II-bis” regula la competencia judicial internacional relativa, por un lado, al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial y, por otro lado, a la atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental sobre los menores. Además, el Reglamento “Bruselas II-bis” también regula el procedimiento de reconocimiento y, en su caso, de *exequatur* de las resoluciones dictadas, por un lado, en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial y, por otro lado, en materia de atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental sobre los menores.

**98.** El Reglamento “Bruselas II-bis” no se pronuncia, de manera expresa, sobre la institución jurídica del repudio. El Reglamento “Bruselas II-bis” se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental (art. 1 Reg. Bruselas II-bis). Por esta razón, es preciso concretar la extensión del concepto “divorcio” con la finalidad de saber si el mismo cubre la institución legal de repudio. Pues bien, el Reglamento “Bruselas II-bis” indica que sólo debe aplicarse a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias (cons. 8 Reg. Bruselas II-bis).

**99.** La expresión “disolución del matrimonio” (cons. 8 Reg. Bruselas II-bis) refleja que el objetivo material del Reglamento “Bruselas II-bis” radica en regular todos los modos jurídicos de disolución o relajación del vínculo matrimonial, con independencia del nombre que reciba la institución jurídica de que se trate. En consecuencia, el término “divorcio”, propio del Reglamento “Bruselas II-bis”, se *amplía* para abarcar otras formas de disolución del matrimonio, como sucede con la institución jurídica del repudio. Por esta razón, el Reglamento “Bruselas II-bis” resulta aplicable para determinar los tribunales de qué Estado pueden declararse competentes para conocer de un asunto de repudio.

**100.** Respecto a su ámbito de aplicación personal, el cónyuge que tenga su residencia habitual o sea nacional de un Estado miembro participante en el Reglamento “Bruselas II-bis” podrá ser demandado ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de los foros de competencia judicial interna-

---

<sup>75</sup> Cons. 31 Reg. Bruselas II-bis: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, este país no participa en la adopción del presente Reglamento, que por consiguiente no le vincula ni le es aplicable”.

<sup>76</sup> En consecuencia, el Reglamento “Bruselas II-bis” excluye de su ámbito de aplicación material, por no hacer referencia expresa a ellos, los procedimientos de nulidad matrimonial, divorcios o separaciones que revistan un carácter religioso, las cuestiones conexas al divorcio (régimen económico matrimonial, obligaciones de alimentos, pensiones post-divorcio, etc.), o la disolución de parejas de hecho.

cional recogidos en dicho Reglamento (art. 6 Reg. Bruselas II-bis<sup>77</sup>). El Reglamento “Bruselas II-bis” utiliza, a la hora de determinar en qué casos regula la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales, el criterio de la residencia habitual o el de la nacionalidad. En este sentido, las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento “Bruselas II-bis” se aplican en el caso de que un cónyuge sea nacional de un Estado miembro participante en el Reglamento, a pesar de que, no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro participante en dicho Reglamento. No obstante, también se aplicarán las normas de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas II-bis” para el supuesto de que uno de los cónyuges resida habitualmente en el territorio de un Estado miembro participante en el Reglamento, con independencia de su nacionalidad.

**101.** Ahora bien, en el caso de que el órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro participante en el Reglamento “Bruselas II-bis” pueda declararse competente para conocer del litigio según sus normas de competencia judicial internacional, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, de conformidad con las Leyes de dicho Estado, independientemente de la nacionalidad de los cónyuges o del territorio del Estado en el que tengan su residencia habitual (art. 7 Reg. Bruselas II-bis). En el supuesto de que ningún tribunal de ningún Estado pueda declararse competente según los foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento “Bruselas II-bis”, la competencia judicial internacional se determinará con arreglo a las normas de competencia de producción interna<sup>78</sup>. Esta solución evita una denegación de Justicia a los cónyuges, al permitir que los sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro pero cuyo divorcio es imposible en la UE, según el Reglamento “Bruselas II-bis” porque no atribuye competencia a ningún tribunal de ningún Estado miembro, puedan disolver su vínculo matrimonial ante los tribunales de un Estado miembro.

## **b) Foros de competencia judicial internacional en el Reglamento “Bruselas II-bis”**

**102.** El Reglamento “Bruselas II-bis” contiene una lista de siete foros distintos de competencia judicial internacional. Los tribunales o las autoridades públicas de un Estado miembro participante en el Reglamento “Bruselas II-bis” se declararán competentes, de oficio, para conocer de un litigio derivado de un repudio si concurre a su favor cualquiera de los siguientes siete foros de competencia judicial internacional (art. 3 Reg. Bruselas II-bis): residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; o bien, última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos todavía resida allí en el momento de presentación de la demanda; o bien, residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda; o bien, residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta; o bien, residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; o bien, residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y/o es nacional del Estado miembro en cuestión; o bien, la nacionalidad de ambos cónyuges y, en el caso de Reino Unido e Irlanda del *domicile* común.

**103.** Por ejemplo, dos cónyuges de nacionalidad marroquí residen habitualmente en España. Después de tres años de matrimonio, el marido quiere poner fin a su vínculo matrimonial. Para ello, el marido insta ante el tribunal español una acción de repudio contra su mujer. La cuestión que se plantea consiste en precisar si el tribunal español puede declararse competente para conocer de la pretensión del esposo.

<sup>77</sup> Art. 6 Reg. Bruselas II-bis: “Un cónyuge que: a) tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien b) sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su *domicile* en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5”.

<sup>78</sup> Sobre esta cuestión *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 30, 2008, pp. 457-482; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n° 4, 2004, pp. 261-286.



El tribunal español para saber si puede declararse competente, o no, para conocer de esta acción de repudio marital tiene que aplicar las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento “Bruselas II-bis”. El tribunal español puede entrar a conocer del litigio derivado del repudio en virtud del foro de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda (*vid.* art. 3 Reg. Bruselas II-bis), puesto que, los cónyuges de nacionalidad marroquí tienen su residencia habitual en territorio español.

**104.** En particular, el Derecho marroquí posibilita que el repudio se acuerde mediante un acto privado no judicial. En este caso y en la línea del ejemplo anterior, el marido no tendría la obligación de ejercitar la acción de repudio ante los tribunales españoles. En consecuencia, dicho repudio no consta en una “resolución judicial” ni tampoco en un “documento público”. Así las cosas, el repudio por acto privado extrajudicial que se acuerde, según el Derecho marroquí, en España, no producirá efectos jurídicos en nuestro país por los motivos siguientes<sup>79</sup>: 1º) Si el repudio afecta a un ciudadano español, dicho repudio no podrá acceder al Registro Civil al no constar en documento público. 2º) Si el repudio afecta a un ciudadano extranjero, no existe una autoridad pública que pueda declararse competente para disolver el matrimonio. Además, se activará la cláusula de orden público internacional español para el caso en el que se pida el reconocimiento/*exequatur* de una resolución de repudio en aquellos supuestos en los que la disolución del vínculo matrimonial se haya obtenido por la voluntad de las partes sin la intervención de una “autoridad pública” (Sentencia *Cour d’Aix-en-Provence*, 21 enero 1981<sup>80</sup>).

**105.** En el Derecho musulmán y, en particular, en el Derecho marroquí, existen numerosas modalidades por las que se practica el repudio por acto privado extrajudicial: algunas de ellas se ajustan a la reglamentación establecida en la *Sharia*, mientras que, otras resultan de prácticas clásicas que son aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina islámica. No obstante, el presente trabajo se centra el repudio judicial porque es la modalidad de repudio que contempla el Código de Familia marroquí y es dicho Código el que se estudia en la primera parte de este trabajo.

## 2. Ley aplicable al repudio

### A) Cuestiones de calificación en relación con el repudio y Derecho marroquí aplicable

**106.** La calificación a practicar en el sector de la competencia judicial internacional y en relación con el Derecho aplicable presenta diferencias metodológicas<sup>81</sup>. Una vez que la pretensión del demandan-

<sup>79</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 277-278.

<sup>80</sup> Sentencia *Cour d’Aix-en-Provence*, 21 de enero de 1981: Esta sentencia pone de manifiesto que el DIPr. francés, obliga a que todo matrimonio celebrado en territorio francés se lleve a cabo mediante las formas previstas en la Ley francesa. La Ley francesa exige que en la celebración del matrimonio intervenga un funcionario público francés. En efecto, el mismo nivel de intervención se exige en el caso de los divorcios y de las separaciones que se produzcan en Francia. En Francia, es ineficaz todo divorcio privado que se haya acordado en territorio francés. No obstante, en relación con los divorcios privados acordados en el extranjero, la exigencia de intervención de autoridad pública derivada del orden público internacional, está muy atenuada. En consecuencia, existe una diferencia de tratamiento entre el divorcio privado acordado en Francia – que siempre será ineficaz por activación de la cláusula de orden público internacional francés- y, el divorcio privado acordado en el extranjero – que será eficaz-.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 39-66; Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL, *Droit International Privé*, Paris, 1994, pp. 349-353, han puesto de relieve esta “diferencia de tratamiento” entre divorcio privado acordado en Francia, que deviene ineficaz y, divorcio privado acordado en el extranjero, que sí es eficaz.

<sup>81</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 148-149 exponen el ejemplo siguiente para diferenciar, metodológicamente, la calificación a practicar en relación con la competencia judicial internacional y con el Derecho aplicable: si una sociedad española impugna judicialmente la validez de un contrato firmado por ella con otra sociedad alemana, se utilizará únicamente un precepto para decidir si los tribunales españoles son competentes en materia contractual (art. 7.1 Reg. Bruselas I-bis). Una vez declarado competente el tribunal español si tal foro concurre, resultará que la nulidad del contrato puede solicitarse por falta de capacidad de un contratante (art. 9.11 CC), o bien, por error en el consentimiento (art. 10 Reg. Roma I), o bien, por referirse a un objeto prohibido (arts. 3-9 Reg. Roma I), o bien, porque el contrato no ha respetado una forma *ad solemnitatem* (art. 11 Reg. Roma I).

te ha sido calificada jurídicamente y se acreditó la competencia judicial internacional de los tribunales de un concreto Estado, dicha pretensión puede referirse a un número muy amplio de cuestiones jurídicas.

Por ejemplo, dos ciudadanos marroquíes con residencia habitual en España quieren declarar nulo su matrimonio. Las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento “Bruselas II-bis” señalarán si el tribunal español puede declararse competente en materia de crisis matrimoniales. En este caso, el tribunal español podrá conocer del asunto porque ambos cónyuges tienen su residencia habitual en territorio español (art. 3.1.a) Reg. Bruselas II-bis). Una vez declarado competente el tribunal español, la nulidad del matrimonio puede pedirse por distintos motivos.

Así las cosas, en un mismo litigio, se aplica una sola norma y un solo foro de competencia judicial internacional, mientras que, las normas de conflicto de leyes y las normas sustantivas aplicables pueden ser numerosas. Por esta razón, el tribunal competente para conocer del asunto tiene que calificar la pretensión del demandante para establecer la Ley reguladora de la misma.

**107.** Pues bien, como se indicó con anterioridad, no todas las instituciones jurídicas extranjeras presentan el mismo grado de “desconocimiento” en el Derecho de la UE y en el de cada Estado miembro. En realidad, el repudio es una institución sólo parcialmente desconocida en Derecho español, en el que cabe un divorcio por voluntad unilateral del cónyuge. La función que desarrolla la institución legal de repudio es conocida en el Derecho de los Estados miembros de la UE y también en Derecho español. En particular, el repudio es una institución jurídica que despliega, en Derecho marroquí, una función similar a la que en el Derecho de la UE desarrolla la institución legal de divorcio: la disolución del vínculo matrimonial. la definición *autónoma* del concepto europeo de “divorcio” empleado en las normas de DIPr. europeo se *amplía*, para cubrir las instituciones relativas a las crisis matrimoniales, desconocidas en el ordenamiento jurídico de la UE y en el de los Estados miembros. La tesis de la calificación por la función permite que el concepto jurídico utilizado por la norma de conflicto de leyes se *amplie* para cubrir una institución jurídica extranjera desconocida en el ordenamiento jurídico de la UE. En este sentido, el término “divorcio” puede *ampliarse* en la normativa de Derecho internacional privado de la UE para abarcar otras formas de disolución del matrimonio, como sucede con la institución jurídica del repudio.

**108.** Por esta razón, la norma europea de conflicto de leyes que señale la Ley aplicable al divorcio internacional en la UE, es también la norma de conflicto de leyes aplicable a la institución legal del repudio marroquí. El juez español actúa como juez europeo cuando aplica las normas de DIPr. de la UE. Si un juez español aplica “Derecho de la UE”, está aplicando también “Derecho propio” y no un “Derecho extranjero”. El juez español no aplica las normas de conflicto españolas del Código Civil, sino las normas de conflicto europeas recogidas en los Reglamentos de la UE.

**109.** El Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial resulta aplicable para determinar la Ley reguladora del repudio<sup>82</sup>. En este sentido, la aplicación del Reglamento 1259/2010 no queda limitada al concepto “divorcio” o al término “separación judicial” como únicos mecanismos legales válidos para disolver un matrimonio, tal y como tales instituciones se entienden en el Derecho civil de los Estados miembros. El Reglamento 1259/2010 resulta aplicable al divorcio, a la separación judicial y también a cualquier otra institución legal que tenga por finalidad la disolución o relajación del vínculo matrimonial (cons. 10 Reg. 1259/2010<sup>83</sup>). En particular, el Reglamento 1259/2010 puede utilizarse para señalar

<sup>82</sup> Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DOUE* L 343/10, de fecha 29 diciembre 2010).

<sup>83</sup> Cons. 10 Reg. 1259/2010: “El ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) n° 2201/2003. No obstante, el presente Reglamento no debe aplicarse a la anulación del matrimonio. El presente Reglamento solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial. La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial. Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”.

la Ley aplicable a la institución jurídica del repudio porque los ordenamientos jurídicos que regulan la figura del repudio, la emplean para disolver el acuerdo matrimonial. Por ejemplo, el marido puede instar ante la autoridad judicial española un repudio cuya Ley aplicable se determinará con arreglo a las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 1259/2010.

**110.** El Reglamento 1259/2010 contiene normas de conflicto uniformes respecto a la Ley aplicable a la disolución del vínculo matrimonial, por lo que, proporciona soluciones uniformes de Derecho internacional privado. El Reglamento 1259/2010 proporciona un concepto válido de disolución del vínculo matrimonial, sólo a sus efectos. Ahora bien, el Reglamento 1259/2010 no obligará a los tribunales de Estados miembros participantes en el mismo, cuyas legislaciones no contemplen el divorcio o no consideren válido el matrimonio a efectos de un procedimiento de divorcio, a pronunciar una sentencia de divorcio (art. 13 Reg. 1259/2010). El art. 13 Reg. 1259/2010 se ocupa del “caso maltés”: Malta, cuya legislación sustantiva no admitía el divorcio, forma parte del ámbito de aplicación espacial del Reglamento 1259/2010 y, por tanto, sus tribunales tenían que aplicar dicho Reglamento. No obstante, sus tribunales no estaban obligados a dictar una sentencia de divorcio aunque el Reglamento 1259/2010 fuera aplicable. Los tribunales malteses podían dictar, por ejemplo, una sentencia de separación judicial. Ahora bien, en la actualidad, la situación ha cambiado. Malta ha cambiado su legislación y permite a sus tribunales dictar sentencias de divorcio<sup>84</sup>.

**111.** En consecuencia, los tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento 1259/2010, cuyas legislaciones no contemplen la institución jurídica de divorcio, aplicarán dicho Reglamento, pero no están obligados a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del mismo (cons. 26 Reg. 1259/2010).

## **B) Ley aplicable al repudio y Reglamento 1259/2010 “Roma III”**

**112.** La precisión de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio se realiza, en algunos Estados de la UE, incluida España, con arreglo a las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

**113.** La UE tiene por objetivo el establecimiento y el progresivo desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas (art. 21 TFUE). Los obstáculos a las libertades de circulación están prohibidos por el Derecho de la UE (Título IV TFUE). En este sentido, la UE debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en los asuntos civiles con repercusión transfronteriza, dirigidas a garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes (cons. 2 Reg. 1259/2010). Para ello, el Reglamento 1259/2010 unifica las normas de conflicto de todos los Estados participantes en el mismo en materia de Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

**114.** La unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio o separación judicial en el Reglamento 1259/2010 es útil, puesto que, favorece la armonía internacional de soluciones y evita el fenómeno del *Forum Shopping*<sup>85</sup>. Resulta indiferente el hecho de que un cónyuge se adelante al otro e interponga su demanda de divorcio ante los tribunales de un concreto Estado con objeto de conseguir que una Ley que estime más favorable a sus intereses rija su divorcio. La unificación de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 1259/2010 proporciona soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad (cons. 9 Reg. 1259/2010). La Ley

<sup>84</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 15ª ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 222-223.

<sup>85</sup> B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) N° 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 39, 2011, pp. 561-587, esp. p. 567.

reguladora del divorcio o de la separación judicial es la misma con independencia de los tribunales que conozcan del asunto.

### C) **Ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 relativo a la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial**

**115.** El Reglamento 1259/2010 se aplica por las autoridades competentes de los Estados miembros participantes en el mismo que son: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia (Cons. 6 Reg. 1259/2010). Con posterioridad, Lituania se incorpora como Estado miembro participante de este Reglamento, cuya aplicación tendrá lugar a partir del 22 de mayo de 2014<sup>86</sup>. Estos Estados miembros activaron la llamada “cooperación reforzada”, procedimiento que les permitía adoptar un Reglamento exclusivamente para los Estados miembros interesados en profundizar en la cooperación en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>87</sup>. Los otros Estados miembros de la UE decidieron no participar.

**116.** Respecto al ámbito de aplicación material, el Reglamento 1259/2010 se aplica a las situaciones de divorcio y de separación judicial de carácter civil que impliquen un conflicto de leyes (art. 1 Reg. 1259/2010)<sup>88</sup>. Por ello, resulta necesario precisar la extensión del término “divorcio” para concretar si dicho concepto cubre la institución legal de repudio, propia de Derecho islámico. Pues bien, el Reglamento 1259/2010 precisa que sólo debe aplicarse a la disolución o relajación del vínculo matrimonial y, en concreto, a los motivos para el divorcio y para la separación judicial<sup>89</sup> (cons. 10 Reg. 1259/2010).

**117.** La expresión “disolución o relajación del vínculo matrimonial” (cons. 10 Reg. 1259/2010) implica que el objetivo material del Reglamento 1259/2010 consiste en regular todos los modos jurídicos de disolución o relajación del vínculo matrimonial, con independencia del nombre que reciba la institución jurídica de que se trate. Por tanto, el Reglamento 1259/2010 es aplicable para determinar la Ley aplicable al repudio.

**118.** En sintonía con lo anterior, ningún Reglamento de la UE se pronuncia acerca de la cuestión de la calificación. Esto es así porque dicho pronunciamiento no es necesario, una vez que el legislador de la UE ha precisado el “ámbito de la Ley aplicable”. En los Reglamentos de la UE en los que el supuesto

<sup>86</sup> La Comisión adoptó la Decisión 2012/714/UE, el 21 de noviembre de 2012, por la que se confirma la participación de Lituania en el Reglamento 1259/2010 por el que se establece la cooperación reforzada respecto al ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Respecto a la cooperación reforzada en el sector de la Ley aplicable a la disolución del vínculo matrimonial véase: O. LOPES PEGNA, “La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici”, *CDT*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 126-139; I. OTTAVIANO, “La prima cooperazione rafforzata dell’Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali”, *Il diritto dell’Unione europea*, vol. 11, n.º 1, 2011, pp. 113-144; F. POCAR, “Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato”, *RDIPP*, vol. 47, n.º 2, 2011, pp. 297-306.

<sup>87</sup> El Consejo adoptó la Decisión 2010/405/UE, de fecha 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación legal.

<sup>88</sup> Las siguientes materias quedan excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma III”, aún cuando se planteen como una cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o de separación judicial (art. 1.2 Reg. Roma III): a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones.

<sup>89</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 36-71, esp. p. 64 señalan que los motivos del divorcio y de la separación judicial cubren los aspectos siguientes: la admisión, las causas y los efectos que suponen la interposición de una demanda de divorcio o de separación judicial, así como, el plazo mínimo para instar tales procedimientos. También se refiere a una posible reconciliación entre los cónyuges, a la posibilidad de convertir una separación en divorcio y a todos los aspectos relacionados con la elaboración de un convenio regulador.

de hecho de la norma de conflicto es un concepto *amplio*, el legislador de la UE elabora una lista de cuestiones que deben ser reguladas por la Ley designada por dicha norma de conflicto<sup>90</sup>.

**119.** En concreto, el Reglamento 1259/2010 no se pronuncia, de manera expresa, sobre la cuestión de la calificación porque el legislador de la UE ha elaborado una lista detallada de cuestiones que tienen que regularse por la Ley material señalada por la norma de conflicto. El Reglamento 1259/2010 no contiene una regla específica sobre la calificación porque el legislador de la UE ha precisado, con exactitud, el “ámbito de la Ley aplicable” designada por sus normas de conflicto de leyes. Dicho “ámbito de Ley aplicable” se integra por las cuestiones que el legislador considera incluidas en el supuesto de hecho de la norma de conflicto.

**120.** Así las cosas, el cons. 10 Reg. 1259/2010 establece que dicho Reglamento sólo debe aplicarse a la disolución o relajación del vínculo matrimonial y, en concreto, a los motivos para el divorcio y para la separación judicial. No obstante, indica que las restantes cuestiones jurídicas que deben resolverse en el mismo proceso de divorcio, ya constituyan cuestiones previas a tales pronunciamientos o ya sean consecuencias legales o efectos de los mismos, no se rigen por la normativa del Reglamento 1259/2010. En este sentido, es el legislador de la UE el que señala, de manera expresa, que las cuestiones prejudiciales – tales como, la capacidad jurídica y la validez del matrimonio – y, los efectos que produce el divorcio o la separación judicial en el patrimonio, el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias, se regulan por las normas de conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate.

**121.** La normativa contenida en el Reglamento 1259/2010 debe ser coherente con lo dispuesto en el Reglamento “Bruselas II-bis”<sup>91</sup>. La coherencia entre ambos Reglamentos de la UE supone que entre ellos existe una relación lógica y consecuente con los principios que profesan. En particular, la interrelación entre estos instrumentos legales de DIPr. elaborados por la UE, potenciará la seguridad jurídica y facilitará la aplicación de las normas de DIPr. de la UE<sup>92</sup>.

**122.** El Reglamento “Bruselas II-bis” se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, a las materias civiles relativas al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad matrimonial (art. 1.a) Reg. Bruselas II-bis), mientras que, el Reglamento 1259/2010 no resulta aplicable en materia de nulidad matrimonial (cons. 10 Reg. 1259/2010). La nulidad matrimonial es una cuestión excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 porque excede del propósito del legislador de la UE, ya que, se encuentra estrechamente vinculada a las condiciones de validez del matrimonio y resulta inapropiada en relación con el principio de la autonomía de la voluntad conflictual<sup>93</sup>. Si el legislador de la UE hubiera incluido la cuestión de la nulidad matrimonial en el ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010, habría tenido que incorporar una Ley que determinara en qué casos y según qué criterios el matrimonio es válido. Un acto jurídico es válido o nulo con arreglo a la misma Ley.

**123.** En relación con su ámbito de aplicación temporal, el Reglamento 1259/2010 presenta un carácter irretroactivo. Entró en vigor el día 30 de diciembre de 2010, si bien, resulta aplicable desde el día 21 junio 2012 y se aplica, en exclusiva, a las demandas de divorcio y de separación interpuestas a

<sup>90</sup> M. FALLON, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. 56, n° 2, 2004, pp. 821-826.

<sup>91</sup> Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOUE* L 338/1, de fecha 23 diciembre 2003).

<sup>92</sup> M. EKSTRÖM, “Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement ‘Bruxelles II’ à la proposition ‘Rome III’”, *L’observateur de Bruxelles*, n° 67, janvier 2007, pp. 19-22.

<sup>93</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (Bruselas *COM* (2006) 399 final, de fecha 17 julio 2006), pp. 10 y 13.

partir del día 21 de junio 2012 ante los tribunales de los Estados miembros participantes (art. 21 Reg. 1259/2010).

#### **D) Puntos de conexión y repudio: Elección de la Ley aplicable / Residencia habitual en Marruecos / Ley nacional común**

**124.** El Reglamento 1259/2010 posibilita a los cónyuges la elección de la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial<sup>94</sup>. La incorporación a este Reglamento del principio de la autonomía de la voluntad puede encontrar su razón en la potenciación de la libre circulación del ciudadano en la UE, lo que requiere flexibilidad y seguridad jurídica (cons. 15 Reg. 1259/2010). Los cónyuges eligen la Ley reguladora de su divorcio o de su separación judicial en un momento anterior a que se produzca la crisis matrimonial, lo que significa que aun cuando los cónyuges adquirieran una nueva nacionalidad, cambiaran de residencia habitual o se viera alterada cualquier situación personal o profesional que pudiera afectarles, la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial es la misma: la Ley elegida por ellos. La autonomía de la voluntad conflictual es una regla que constituye la estructura interna del DIPr. de la UE, porque se encuentra recogida en numerosos instrumentos legales europeos, tanto para permitir la elección de tribunal competente como para admitir la elección de Ley aplicable a una situación privada internacional<sup>95</sup>.

**125.** Los cónyuges pueden convenir en designar al divorcio y a la separación judicial cualquiera de las Leyes siguientes (art. 5.1 Reg. 1259/2010): a) la Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. b) la Ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio. c) la Ley del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio. d) la Ley del foro.

**126.** La autonomía de la voluntad conflictual de los cónyuges a la hora de elegir la Ley reguladora de su divorcio o separación judicial es limitada. El legislador de la UE considera que es importante que los cónyuges puedan elegir la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial, pero siempre que exista una vinculación estrecha, objetiva, clara y razonable entre los cónyuges y dicha Ley elegida (cons. 16 Reg. 1259/2010). La limitación de la autonomía de la voluntad conflictual favorece la previsibilidad y la seguridad jurídica de los cónyuges porque evita que éstos puedan elegir, como Ley aplicable a su divorcio y separación judicial, una Ley que les genere costes conflictuales elevados<sup>96</sup>. Los cónyuges elegirán la Ley estatal que les comporte más ventajas, que es una Ley material previsible, cuyo contenido conocen y con arreglo a la que están acostumbrados a ajustar su conducta.

**127.** El legislador de la UE determina qué Leyes estatales pueden ser elegidas por los cónyuges para regular la disolución de su vínculo matrimonial. Para ello, toma como referencia tres criterios: la

<sup>94</sup> Respecto al principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial véase L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, "El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010", *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7; P. FRANZINA, "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio", *RDI*, n.º 2, 2011, pp. 488-496; V. GAERTNER, "European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments", *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136; L. QUEIROLO / L. CAPPANETO, "Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III", *RDIPP*, vol. 48, n.º 1, 2012, pp. 59-86; I. VIARENGO, "Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti (The EU Regulation on the Law Governing Legal Separation and Divorce and Party Autonomy)", *RDIPP*, vol. 47, n.º 3, 2011, pp. 601-624.

<sup>95</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, N.º 1, 2014, pp. 5-44, esp. p. 22.

<sup>96</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (Bruselas COM (2006) 399 final, de fecha 17 julio 2006), p. 4; Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (Bruselas COM (2005) 82 final, de fecha 14 marzo 2005), pp. 7-8.

residencia habitual común, la nacionalidad de cualquiera de ellos y la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. Así las cosas, en el caso de que los cónyuges emigrantes no se integren en el medio sociojurídico del país de acogida, no tienen que elegir, de manera obligatoria, la Ley del país de su residencia habitual como Ley reguladora de su divorcio o separación judicial. Los cónyuges pueden optar para regular su divorcio o separación judicial por la Ley del país de la nacionalidad de cualquiera de ellos o por la *Lex Fori*. En el mismo sentido, los cónyuges tampoco están obligados a mantener el vínculo con su país de origen, ya que, no tienen el deber de elegir la Ley nacional como Ley estatal reguladora de su divorcio o separación judicial. Los cónyuges disponen de la alternativa a elegir la Ley del país de su residencia habitual o, en todo caso, la *Lex Fori*<sup>97</sup>.

**128.** El acuerdo de elección de Ley en materia de divorcio y de separación judicial será válido si se cumplen los siguientes requisitos (art. 6 y 7 Reg. 1259/2010): 1º) *Consentimiento y validez material*. La existencia y la validez del convenio por el que los cónyuges eligen la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, así como, la cuestión de saber si el consentimiento prestado por los cónyuges en la elección de Ley es válido o está viciado, se rigen por la Ley del país elegida por los cónyuges (art. 6.1 Reg. 1259/2010). En este sentido, el acuerdo por el que los cónyuges eligen la Ley estatal que debe regir su divorcio o separación judicial constituye propiamente un contrato, cuyo objeto es la elección de la Ley reguladora del divorcio y de la separación judicial. No obstante, el cónyuge que desee hacer constar que no dio consentimiento en la elección de Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial, puede hacerlo con arreglo a la Ley del país de su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda, siempre que se desprenda de las circunstancias, de manera razonable, que su conducta no pudo regirse por la Ley del país presuntamente elegida por los cónyuges (art. 6.2 Reg. 1259/2010). 2º) *Validez formal*. El convenio por el que los cónyuges eligen la Ley reguladora del divorcio y la separación judicial debe realizarse por escrito, estará fechado y firmado por ambos cónyuges (art. 7.1 Reg. 1259/2010)<sup>98</sup>. Además, los cónyuges, en el momento de la celebración del convenio y para constatar su validez formal, tienen que cumplir los requisitos formales añadidos a los indicados por el Reglamento 1259/2010, que resulten exigibles según la Ley del país de su residencia habitual (art. 7.2 Reg. 1259/2010). Si los cónyuges tuvieran su residencia habitual en Estados miembros participantes distintos, el convenio será válido en cuanto a la forma si se cumplen los requisitos exigidos por cualquiera de las dos legislaciones (art. 7.3 Reg. 1259/2010). No obstante, si sólo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante en el Reglamento 1259/2010, la legislación de dicho país se aplicará para dotar de validez formal el convenio (art. 7.4 Reg. 1259/2010). Se trata de requisitos de forma *ad solemnitatem*, lo que significa que su ausencia implica que el acuerdo de elección de Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial será nulo de pleno derecho y no surtirá efectos jurídicos.

**129.** En sintonía con lo anterior, el Reglamento refuerza el principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en materia de divorcio y de separación judicial a través del criterio de la “elección informada” (cons. 17 a 19 Reg. 1259/2010). Los cónyuges, a la hora de elegir la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial, pueden acceder a información jurídica, de Derecho interno o de Derecho europeo, actualizada en esta materia. Para ello, la Comisión actualiza periódicamente estos datos<sup>99</sup>. La “elección informada” supone que el tribunal se asegure de que cada cónyuge es consciente de las consecuencias jurídicas que derivan de la elección de una determinada Ley, con la finalidad de que la Ley elegida en materia de divorcio y separación judicial no perjudique la igualdad de oportunidades de los cónyuges ni afecte a sus derechos.

<sup>97</sup> S. DE VIDO, “The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe”, *CDT*, vol. 4, n° 1, 2012, pp. 222-232.

<sup>98</sup> Art. 7.1 *in fine* Reg. 1259/2010: “Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio”. Por tanto, no cabe un convenio oral de elección de Ley que posteriormente se confirme por escrito.

<sup>99</sup> Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (*DOCE* L 174/25 de fecha 27.06.2001).

**130.** El convenio por el que los cónyuges designen la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial puede ser celebrado o modificado en cualquier momento hasta la fecha en la que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional (art. 5.2 Reg. 1259/2010). En particular, los cónyuges también podrían elegir la Ley aplicable a su divorcio o separación judicial durante el procedimiento si lo permite la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 5.3 y cons. 20 Reg. 1259/2010).

**131.** En ausencia de elección por las partes de la Ley aplicable, el divorcio y la separación judicial se rigen por (art. 8 Reg. 1259/2010)<sup>100</sup>: a) la Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda y, que uno de ellos aún resida allí en el momento de interposición de la demanda o, en su defecto, c) la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de presentación de la demanda o, en su defecto, d) la Ley del país ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

**132.** La Ley sustantiva reguladora de la disolución del vínculo matrimonial de dos nacionales marroquíes puede ser distinta en función del *petitum*, de lo que pide la parte en su demanda ante el tribunal español (el repudio, divorcio o separación judicial) y de si los cónyuges tienen su residencia habitual en el mismo Estado miembro o cada uno de ellos reside habitualmente en un Estado miembro distinto.

**133.** Por ejemplo, Mohamed, nacional marroquí y con residencia habitual en Francia, y Aanisa, también nacional marroquí pero con residencia habitual en España, contrajeron matrimonio en Casablanca (Marruecos). Inmediatamente después de la celebración de su matrimonio, ambos se instalan en España. Con posterioridad, Mohamed recibe una oferta de trabajo en Francia y se traslada a dicho país, mientras que, Aanisa permanece en España. Dos años después, Aanisa desea poner fin a su matrimonio. Para ello, Aanisa pide ante tribunal español el divorcio.

**134.** El tribunal español puede declararse competente para pronunciarse sobre la concesión o denegación del divorcio de Mohamed y Aanisa en virtud del foro del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, puesto que, Aanisa reside habitualmente en España en el momento de la interposición de la demanda de divorcio (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). El tribunal español aplica a este divorcio la Ley sustantiva marroquí, ya que, ambos cónyuges ostentan la nacionalidad marroquí en el momento de presentación de la demanda de divorcio (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010).

En el hipotético caso de que el tribunal francés se hubiera declarado competente para conocer de este asunto, el divorcio de Mohamed y Aanisa también se habría regido por la Ley sustantiva marroquí (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010). Este divorcio entre ambos cónyuges marroquíes se rige por la misma Ley siempre que el tribunal que conozca del asunto pertenezca a un Estado miembro participante en el Reglamento 1259/2010.

El Código de Familia marroquí distingue el divorcio por desavenencias a petición de ambos o de uno de los cónyuges (*vid.* arts. 94 a 97 CF) y el divorcio por otras causas a instancia de la esposa (*vid.* art. 98 CF): 1º Infracción por parte del marido de alguna de las cláusulas establecidas en el contrato de matrimonio. 2º Impago del marido de la manutención. 3º Ausencia del esposo. 3º) Existencia de algún defecto o enfermedad del esposo que impida la vida íntima entre ellos. 4º) Juramento de continencia por parte del marido o por desistimiento o abandono.

La sentencia española de divorcio entre marroquíes dictada con arreglo a la Ley sustantiva marroquí producirá efectos jurídicos, en principio, en España, Francia y también en Marruecos. El Código marroquí de la familia establece que el divorcio pronunciado en el extranjero debe respetar las consideraciones previstas en el Código (art. 128 CF).

<sup>100</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, nº 1, 2012, pp. 52-85.



**135.** En el supuesto de que Aanisa pida al tribunal español la separación matrimonial y no el divorcio, éste se declarará competente por el foro del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, puesto que, Aanisa reside habitualmente en España en el momento de la petición de la separación matrimonial (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). El tribunal español aplicará a la separación de ambos, la Ley sustantiva marroquí. Los dos cónyuges ostentan la nacionalidad marroquí en el momento de la petición de la separación matrimonial (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010).

Pues bien, el Código marroquí de la Familia no regula la institución jurídica de la separación judicial. El Reglamento 1259/2010 establece que si la Ley material extranjera designada por la norma de conflicto de leyes no contempla el divorcio, éste se rige por la *Lex Fori* (art. 10 *in primis* Reg. 1259/2010). El Reglamento 1259/2010 se refiere, de manera expresa, a la institución jurídica del divorcio pero no a la separación judicial. Por tanto, no opera esta cláusula porque el precepto se refiere expresamente a la institución legal del divorcio. Si la Ley extranjera carece de la figura de la separación judicial pero contempla la institución jurídica del divorcio, la disolución del matrimonio entre Mohamed y Aanisa no se puede regular por la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto. En este caso, el tribunal español tiene que desestimar la demanda e indicar a los cónyuges que ejerciten la acción de divorcio.

**136.** En el caso de que Mohamed y Aanisa, ambos nacionales marroquíes, tuvieran su residencia habitual en España y no en Estados miembros distintos y Aanisa interpusiera demanda de divorcio ante un tribunal español, la Ley aplicable a su divorcio no se corresponde con la Ley sustantiva marroquí. En el sector de la competencia judicial internacional, el tribunal español también puede declararse competente para conocer de este divorcio según el foro de la residencia habitual de los cónyuges, puesto que, ambos tienen su residencia habitual en España (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). En el plano de la Ley aplicable, el tribunal español aplica al divorcio de Mohamed y Aanisa la Ley material española porque los dos tienen su residencia habitual en España en el momento de interposición de la demanda (*vid.* art. 8.a) Reg. 1259/2010).

El ordenamiento jurídico español establece que el divorcio puede pedirse por uno o ambos cónyuges (divorcio contencioso o de común acuerdo), con o sin causa, siempre que hayan pasado más de tres meses desde que se contrajo matrimonio<sup>101</sup>.

La sentencia española de divorcio de sujetos marroquíes dictada con arreglo a la Ley material española puede constituir una decisión claudicante en el caso de que únicamente produzca efectos jurídicos en España y no en Marruecos. Cabe la posibilidad de que la autoridad marroquí competente no reconozca una sentencia española de divorcio dictada con arreglo al Derecho sustantivo español. En este supuesto, Mohamed y Aanisa estarían divorciados en España pero casados en Marruecos. Esta situación daña la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica de los particulares en el ámbito internacional.

### **E) Excepciones a la aplicación, por autoridades de un Estado miembro de la UE, de la Ley marroquí que regula el repudio**

**137.** El Reglamento 1259/2010 es aplicable a toda situación internacional de divorcio o de separación judicial, por parte de las autoridades de los Estados miembros participantes en el mismo, con independencia de la nacionalidad, residencia habitual, domicilio o cualquier otra circunstancia personal o profesional de los cónyuges (art. 4 Reg. 1259/2010). Se aplica al divorcio o a la separación judicial de sujetos cuya residencia habitual radica fuera de la UE o en un Estado miembro no participante en el Reglamento y también a sujetos que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro no participante o de un tercer Estado.

**138.** El Reglamento 1259/2010 presenta un carácter *erga omnes*: es irrelevante que la Ley designada por el Reglamento para regir el divorcio o la separación judicial sea la Ley de un Estado miembro

<sup>101</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de fecha 9 de julio de 2005).

participante, no participante o de un tercer Estado no miembro de la UE. Ahora bien, las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010 no conducen a designar, en ningún caso, una normativa religiosa como Ley aplicable al divorcio o a la separación judicial. El Reglamento 1259/2010 sólo remite a Leyes estatales para regular el divorcio o la separación judicial. Esta opción de política jurídica puede justificarse, fundamentalmente, en el motivo siguiente<sup>102</sup>: el divorcio y la separación judicial son instituciones de carácter civil que producen efectos en el orden jurídico estatal civil.

**139.** En consecuencia, la normativa contenida en el Reglamento 1259/2010 designa una Ley estatal que se aplica, en exclusiva, a la disolución o relajación del vínculo matrimonial, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges, del Estado en el que éstos residan habitualmente o de la Ley del Estado a la que conduzca la norma de conflicto. En particular, el tribunal español aplicará el Reglamento 1259/2010 a todo litigio de divorcio internacional, lo que hace inaplicable el art. 107.2 CC en los casos internacionales de divorcio que se susciten ante los tribunales españoles a partir del 21 de junio de 2012.

**140.** Ahora bien, la Ley sustantiva extranjera designada por la norma de conflicto del Reglamento 1259/2010 en materia de divorcio y de separación judicial, no se aplica si dicha Ley extranjera no contempla el divorcio o la separación judicial (*vid.* art. 10 *in primis* Reg. 1259/2010), si tal Ley extranjera no concede a los cónyuges igualdad para acceder a la disolución de su vínculo matrimonial (art. 10 *in fine* Reg. 1259/2010) o si la aplicación de la Ley extranjera produce un resultado manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 12 Reg. 1259/2010).

#### **1º) La igualdad de los cónyuges para acceder al divorcio (art. 10 Reg. 1259/2010)**

**141.** La Ley sustantiva extranjera que, por motivo de sexo, no conceda igualdad a los cónyuges en el acceso al divorcio o a la separación judicial, resulta inaplicable. El precepto establece que, en este caso, la *Lex Fori* regulará el divorcio o la separación judicial (art. 10 *in fine* Reg. 1259/2010). En otras palabras, la Ley material extranjera que sólo permita a uno de los cónyuges acceder a la disolución de su vínculo matrimonial, por motivo de sexo y con independencia de que dicho cónyuge pida el repudio, el divorcio o la separación judicial, no resultará aplicable al proceso por el que se disuelva el matrimonio.

**142.** Se rechaza la aplicación de una Ley sustantiva extranjera que regula, de manera discriminatoria, el acceso de los cónyuges al divorcio o a la separación judicial. En particular, no se aplica al divorcio o a la separación judicial la Ley material extranjera que no permita a un cónyuge presentar su demanda por razón de género. En consecuencia, cuando la Ley extranjera reguladora del divorcio o de la separación judicial produce un resultado discriminatorio para los cónyuges por una razón distinta de la del género, se activa la cláusula de orden público internacional y no la cláusula de igualdad de acceso.

**143.** El Reglamento 1259/2010 no contempla, de manera expresa, si se debe rechazar, o no, la aplicación de la Ley sustantiva extranjera para el caso de que uno de los cónyuges pueda instar la disolución de su vínculo matrimonial en condiciones más duras y estrictas que las que resultan aplicables para la misma situación al otro cónyuge. La desigualdad de condiciones para los cónyuges a la hora de obtener la disolución de su vínculo matrimonial no afecta a la igualdad de éstos para acceder a los tribunales a pedir la disolución de su matrimonio (*vid.* art. 10 Reg. 1259/2010). Por esta razón, si la Ley material extranjera aplicable al divorcio, a la separación judicial o a cualquier otra institución jurídica por la que se disuelva el matrimonio establece condiciones más ventajosas para uno de los cónyuges, respecto a la petición de la disolución del vínculo matrimonial, el tribunal competente para conocer del asunto tendrá que valorar si el resultado que produce el caso concreto es contrario al orden público internacional del foro.

<sup>102</sup> F. SEATZU / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III", *Studi sull'integrazione europea*, n° 1, 2010, pp. 49-78.

**144.** El legislador de la UE únicamente se refiere, de manera expresa, al descarte de la aplicación de la Ley sustantiva extranjera designada por la norma de conflicto para el caso de que aquélla no contemple el divorcio o la separación judicial, o bien, si no concede a los cónyuges igualdad, por motivo de género, para acceder a los tribunales a pedir la disolución de su vínculo matrimonial.

**145.** El art. 10 Reg. 1259/2010 regula la “igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial”, pero no se ocupa de las cuestiones relativas al fondo del asunto. En efecto, los cónyuges disponen de “igualdad de acceso a la disolución de su matrimonio”, si ambos tienen facultad para presentar ante los tribunales una demanda de divorcio o de separación judicial. *A sensu contrario*, si uno de los cónyuges, por razón de su sexo, no dispone de tal facultad con arreglo a la Ley que regula la disolución de su vínculo matrimonial, no existe “igualdad” entre ambos cónyuges en el acceso al divorcio o a la separación judicial. Además, resulta necesario tomar en consideración que el concepto de “igualdad” no se corresponde con la noción de “identidad”. El art. 10 Reg. 1259/2010 utiliza, expresamente, la palabra “igualdad”. La “igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial” significa ofrecer, a ambos cónyuges, la misma facultad jurídica: la posibilidad de que el marido y la mujer puedan instar, ante el tribunal competente, la disolución de su vínculo matrimonial<sup>103</sup>. No obstante, algún pronunciamiento judicial<sup>104</sup> ha estimado que si la Ley material extranjera contempla causas de divorcio distintas y más amplias para uno de los cónyuges, por razón de su sexo, se produce una discriminación en el acceso al divorcio.

**146.** La cláusula de igualdad de acceso de los cónyuges es distinta de la cláusula de orden público del foro (*vid.* arts 10 y 12 Reg. 1259/2010). Las diferencias entre ambas cláusulas pueden concretarse, fundamentalmente, en las siguientes: 1º) *Los destinatarios protegidos por la cláusula.* La cláusula de orden público del foro opera cuando se produce un resultado contrario a los principios inspiradores de la cohesión de la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Por tanto, dicha sociedad, en su conjunto, es la *destinataria protegida* al activarse la cláusula de orden público del foro. Por el contrario, en la cláusula de igualdad de acceso, por razón de sexo, para pedir la disolución del vínculo matrimonial, los cónyuges son los *destinatarios protegidos* por la misma. La cláusula de igualdad de acceso se activa cuando la Ley material extranjera no permite a uno de los cónyuges, por motivo de sexo, acceder a la disolución del matrimonio en iguales condiciones que el otro cónyuge. 2º) *La causa de su activación.* La cláusula de orden público del foro se activa contra la aplicación del Derecho extranjero, frente al resultado que provoca la aplicación de esa Ley material extranjera que daña la organización moral y económica de la sociedad cuyos tribunales conocen del asunto. Por el contrario, la cláusula de igualdad de acceso opera contra el contenido del Derecho extranjero. El tenor literal de la Ley sustantiva extranjera es lo que puede vulnerar la igualdad de acceso de los cónyuges, por razón de sexo, a la disolución de su vínculo matrimonial.

**147.** En sintonía con lo anterior, el legislador de la UE permite que se aplique la *Lex Fori* a un divorcio o separación judicial para el caso de que la Ley sustantiva extranjera a la que conduce la norma de conflicto del Reglamento 1259/2010 vulnere la igualdad de acceso de los cónyuges, por razón de

<sup>103</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 15 ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 271-272 exponen que el art. 10 *in fine* Reg. 1259/2010 no resulta aplicable a los siguientes supuestos: 1º) Los supuestos en los que los motivos de divorcio son más gravosos para la mujer por razón de su sexo, puesto que, la mujer tiene, al igual que el marido, “acceso al divorcio”. 2º) Los casos en los que los motivos de divorcio estén previstos, en exclusiva, en favor del marido. 3º) El supuesto de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

<sup>104</sup> SAP La Rioja, de 7 de abril de 2014 (JUR 2014\136298): “El Código de Familia marroquí o *Al Mudawana*, en sus artículos 78 y siguientes regula el divorcio como medio de disolución del matrimonio, pero, así como la solicitud del esposo puede ser sin causa, existiendo esta posibilidad para la esposa solo con consentimiento del esposo ( artículo 89), en cambio la esposa sólo puede solicitar per se el divorcio por una de las causas que previene el artículo 98 del Código de Familia, esto es, se exige la concurrencia de una de las seis causas que prevé el precepto si es la esposa la que solicita el divorcio sin consentimiento del esposo, en cambio éste puede instarlo sin que se le exija causa de disolución. La discriminación por razón de sexo resulta evidente. También se produce tal discriminación en cuanto a la mujer respecto a la previsión del divorcio revocable si se ha producido a iniciativa del marido, salvo los casos excepcionales que establece el Código de Familia, no cuando se ha producido el divorcio por iniciativa de la esposa (artículos 123 y 124)”.

género, a la disolución de su vínculo matrimonial. Ahora bien, la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto se limita a la concesión o a la denegación de la disolución del vínculo matrimonial (cons. 10 Reg. 1259/2010). Por esta razón, la *Lex Fori* reguladora del divorcio o de la separación judicial, ni perjudica ni beneficia a los cónyuges que solicitan la disolución de su vínculo matrimonial. Las cuestiones jurídicas que tengan que resolverse en el mismo proceso de divorcio, tales como la determinación de la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas del cónyuge no custodio, el uso de la vivienda familiar, el establecimiento de pensiones alimenticias o de una pensión compensatoria, se rigen por la normativa reguladora de cada una de las figuras.

**148.** No obstante, los cónyuges pueden verse perjudicados por la aplicación a su divorcio de la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, en el caso de que su sentencia no produzca efectos jurídicos en el país en el que *originariamente* la norma de conflicto localizó la situación privada internacional.

**149.** Por ejemplo, Abbas y Elmas, ambos nacionales marroquíes, contrajeron matrimonio en Casablanca (Marruecos). Abbas, después de contraer matrimonio, se traslada a vivir a España, mientras que, su esposa Elmas se queda en Casablanca (Marruecos). Abbas, después de más un año de residencia en España, interpone una demanda ante los tribunales españoles en la que solicita el divorcio. Pues bien, el tribunal español se declara competente para conocer del asunto por el foro de la residencia habitual del demandante, puesto que, Abbas ha residido en España durante al menos un año, inmediatamente antes de presentar su demanda (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). El tribunal español aplica al divorcio la Ley del país de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010). El divorcio se rige por la Ley sustantiva marroquí.

Ahora bien, en el hipotético caso de que el tribunal español considere que el Derecho sustantivo marroquí vulnera el Derecho de igualdad de acceso de los cónyuges al divorcio, por razón de género, éste aplicará al asunto la Ley material española (*vid.* art. 10 Reg. 1259/2010). La sentencia española de divorcio de dos marroquíes dictada con arreglo a la Ley española puede no producir efectos jurídicos en Marruecos, país en el que *originariamente* localizaba la norma de conflicto la situación privada internacional.

**150.** En particular, la aplicación en España del Derecho sustantivo marroquí no vulnera el Derecho de igualdad de acceso de los cónyuges al divorcio, por razón de género. El Código marroquí de la Familia contempla la posibilidad de que tanto el marido como la mujer, de mutuo acuerdo, o no, puedan poner fin a su matrimonio a través de la institución jurídica del repudio, siempre bajo control judicial. Ahora bien, la esposa únicamente podrá ejercer el derecho a repudiar a su esposo, por compensación económica o si su marido le cedió tal derecho. No obstante, el Código de Familia marroquí también contempla la disolución del acuerdo matrimonial a través de la figura del divorcio por desavenencias a petición de ambos o de uno de los cónyuges y del divorcio por otras causas a instancia de la esposa.

El hecho de que, en el Derecho marroquí, cada cónyuge disponga de una vía distinta para pedir la disolución de su vínculo matrimonial, no produce una discriminación por razón de género en el acceso al divorcio. Ambos cónyuges tienen la facultad de solicitar el divorcio ante una autoridad competente.

## **2º) Activación de la cláusula de orden público del foro (art. 12 Reg. 1259/2010)**

**151.** La cláusula de orden público del foro opera si la Ley sustantiva extranjera designada por la norma de conflicto produce un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 12 Reg. 1259/2010). La cláusula de orden público del foro se activa contra el resultado de la aplicación del Derecho extranjero en el Estado miembro del foro y no contra el contenido de ese Derecho. El resultado que provoca la aplicación de la Ley sustantiva extranjera es lo que puede vulnerar el orden público internacional del foro porque es lo que genera un daño a la organización moral y económica de la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto.

**152.** En este sentido, el tribunal competente para conocer del caso puede descartar la aplicación de dicha Ley sustantiva extranjera porque su aplicación, al supuesto concreto, vulnera los principios que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de ese Estado. El tribunal que conoce del asunto tiene que decidir si la aplicación de la Ley material extranjera al caso concreto resulta manifiestamente incompatible con el orden público del foro. La incompatibilidad es manifiesta cuando, en el caso concreto, la *convivencia* entre la Ley sustantiva extranjera y los principios fundamentales del Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto es imposible. En consecuencia, el hecho de que una institución jurídica propia de Derecho extranjero no exista o se regule de modo distinto en el Derecho extranjero y en el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, no significa que, necesariamente, tenga que activarse la cláusula de orden público del foro<sup>105</sup>.

**153.** Pues bien, en el supuesto de que tenga que operar la cláusula de orden público del foro, el precepto señala que se descarta la aplicación de la Ley sustantiva extranjera que resulte contraria a los principios fundamentales que integran la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto. Sin embargo, dicho precepto no indica la Ley de qué Estado debe regular el caso concreto ante la exclusión de la Ley material extranjera (*vid.* art. 12 Reg. 1259/2010). En consecuencia, las normas de producción interna de cada Estado miembro participante en el Reglamento 1259/2010 determinarán qué Ley estatal regirá el caso concreto ante la inaplicación de la Ley sustantiva extranjera vulneradora del orden público del foro.

**154.** Por ejemplo, Abdel y Mahasin, ambos nacionales marroquíes, contrajeron matrimonio en Fez (Marruecos). Abdel, después de contraer matrimonio, se traslada a vivir a España, mientras que, su esposa Mahasin se queda en Fez (Marruecos). Abdel, después de más un año de residencia en España, interpone una demanda ante los tribunales españoles en la que solicita repudiar a su mujer. Pues bien, el tribunal español se declara competente para conocer del asunto por el foro de la residencia habitual del demandante, puesto que, Abdel ha residido en España durante al menos un año, inmediatamente antes de presentar su demanda (art. 3 Reg. Bruselas II-bis). El tribunal español aplica al repudio la Ley del país de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda (*vid.* art. 8.c) Reg. 1259/2010). El repudio se rige por la Ley sustantiva marroquí.

De conformidad con lo establecido en el Código marroquí de la Familia, la institución legal del repudio puede no disolver el vínculo del matrimonio de manera definitiva e inmediata. La validez del repudio exige un período de continencia de tres meses (*idda*) en el supuesto de que concurra un único pronunciamiento de repudiación (*talaq ahsan*), o bien, tres períodos de pureza para el caso de que existan tres pronunciamientos de repudiación en tres actos sucesivos (*talaq hasan*). Por tanto, el repudio es revocable mientras transcurren estos períodos. Durante este tiempo, el marido puede solicitar la reanudación de la vida marital con la esposa sin necesidad de que siempre concurra consentimiento por parte de la mujer.

En consecuencia, en este caso, la Ley sustantiva marroquí resulta contraria al orden público internacional español. El ordenamiento jurídico español establece que la disolución del vínculo matrimonial se caracteriza por su invariabilidad (*ATS* 21 abril 1998<sup>106</sup>, *ATS* 3 abril 2001<sup>107</sup>). Se pone fin al matrimonio de manera definitiva e irrevocable, por lo que la subsistencia de ése vínculo no puede someterse a la libre disposición de uno de los cónyuges. Uno de los cónyuges, *motu proprio*, no puede regresar al anterior estado marital porque ello vulnera la estabilidad del estado civil de las personas (art. 14 CE y art. 66 CC).

### **3. Efectos en España de resoluciones judiciales de repudio dictadas por una autoridad competente marroquí**

**155.** Las resoluciones sobre repudio dictadas en Marruecos por la autoridad marroquí competente pueden producir efectos jurídicos en España, siempre que dicha resolución extranjera se ajuste a los

<sup>105</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª edición, Ed. Comares, Granada, 2014-2015, p. 533.

<sup>106</sup> *ROJ* 477/1998

<sup>107</sup> *ROJ* 990/2001

requisitos que exige el Convenio relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa, celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos o, en defecto de su aplicación, al sistema de condiciones recogido en el art. 954 LEC 1881.

### **A) Convenio celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa**

**156.** La concesión o denegación del reconocimiento y en su caso del *exequatur*, en España, de una resolución marroquí de disolución del vínculo matrimonial por *Talaq*, se determina conforme a los preceptos del Título III “Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos” del Convenio celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa<sup>108</sup>.

**157.** El Tribunal de Primera Instancia de cada uno de los Estados contratantes es competente para conceder el derecho de ejecución de la resolución de *Talaq*, a solicitud de la parte interesada y según la legislación del Estado en el que se solicite dicha ejecución (art. 25 Convenio)<sup>109</sup>. La parte que solicite el reconocimiento o *exequatur* de la resolución judicial marroquí de repudio tiene que presentar una copia de la resolución que reúna todas las condiciones necesarias para su autenticidad, el original del documento de notificación de la resolución, una certificación del secretario del tribunal que haga constar que la resolución no ha sido objeto de recurso de apelación y una copia certificada de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía (art. 28 Convenio).

**158.** Una vez presentados los documentos indicados con anterioridad, el Tribunal de Primera Instancia competente tiene la obligación de controlar, de oficio, si la resolución judicial cuyo reconocimiento o *exequatur* se pide, reúne las condiciones que le son exigidas de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio. Pues bien, este Convenio señala que las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales de alguno de ambos Estados contratantes tendrán autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en el otro Estado siempre que se cumplan las condiciones siguientes (art. 23 Convenio): 1º) La resolución tiene que haber sido dictada por un órgano jurisdiccional competente según las normas del país en el que se dictó la resolución. 2º) Las partes tienen que haber sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes en el proceso. 3º) La resolución extranjera tiene que ser firme según la Ley del Estado en el que ha sido dictada. 4º) La resolución extranjera de origen no puede contener disposiciones que resulten contrarias al orden público internacional del Estado en el que se solicita la ejecución, ni a los principios de Derecho internacional que sean aplicables en el mismo, ni puede resultar contraria a una resolución judicial firme dictada en ese mismo Estado. 5º) Que no exista litispendencia.

**159.** La resolución judicial de repudio marroquí que cumpla los requisitos anteriores obtendrá el reconocimiento o el *exequatur*, lo que significa que puede generar efectos jurídicos en España.

### **B) Sistema de condiciones**

**160.** En el caso de que no se aplique el Convenio internacional celebrado entre el Reino de España y el Reino de Marruecos en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales

<sup>108</sup> Convenio de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (RCL 1997/1606) (BOE núm. 151 de 25 de junio), que entró en vigor el día 1 de julio de 1999. Las disposiciones de este Convenio no resultan aplicables a las resoluciones dictadas en (art. 22.2 Convenio): a) materia testamentaria y sucesoria; b) materia de quiebra, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, conciertos y convenios análogos entre deudores y acreedores; c) materia de seguridad social, tal y como está definida en el Convenio hispano-marroquí relativo a la seguridad social de 8 de noviembre de 1979; d) en caso de medidas cautelares y provisionales, con la salvedad de las resoluciones dictadas en materia de alimentos.

<sup>109</sup> En la misma línea, acompañan a dicha afirmación el ATS 23 noviembre 1999 (RJ/1999/9911), ATS 14 noviembre 2000 (RJ/2000/9581).

extranjeras, resulta necesario aplicar, en ausencia de reciprocidad negativa (arts. 952-953 LEC 1881), el régimen general de condiciones (art. 954 LEC 1881). El sistema de condiciones permite que una resolución judicial extranjera obtenga el reconocimiento / *exequatur* en España siempre que la misma se ajuste a los requisitos de regularidad internacional que pide la LEC 1881.

**161.** El Juzgado de Primera Instancia español competente tiene que controlar, de oficio, el cumplimiento de las condiciones del art. 954 LEC 1881. Ahora bien, el sistema de condiciones sólo es aplicable a las sentencias. “Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos” (art. 951 LEC 1881). Una sentencia, según el Tribunal Supremo y a efectos de los arts. 951-958 LEC 1881, es una resolución judicial extranjera firme sobre un procedimiento contencioso y relativa a materias de Derecho privado (ATS 16 octubre 1961).

**162.** En primer lugar, el Juzgado de Primera Instancia español competente ante el que se presenta la resolución extranjera para obtener el reconocimiento/*exequatur* tiene que controlar, de oficio, que dicha resolución extranjera encaja en el concepto de “sentencia” indicado con anterioridad. La resolución extranjera debe haber sido dictada por una autoridad pública extranjera revestida de potestad de *imperium*. Pues bien, en el Derecho marroquí, el acto de repudio puede realizarse ante el notario (*adul*) en presencia de los esposos, refrendados por una autoridad judicial (art. 179 Código marroquí de Procedimiento Civil). La cuestión consiste en precisar si la resolución de repudio marroquí encaja, o no, en el concepto de sentencia proporcionado por el Tribunal Supremo, a efectos de los arts. 951-958 LEC 1881. Una resolución extranjera puede acceder al procedimiento español de reconocimiento/*exequatur* con independencia de la denominación del órgano que dicta la resolución: autoridad registral o administrativa, notario o *adul*, etc (ATS 7 julio 1998<sup>110</sup>, ATS 13 octubre 1998<sup>111</sup>, ATS 24 noviembre 1998<sup>112</sup>, ATS 8 febrero 2005<sup>113</sup>). Ahora bien, la autoridad extranjera tiene que desarrollar, de la misma manera que despliegan los tribunales españoles, una función constitutiva en ejercicio de su potestad de *imperium*. Por esta razón, si en el Derecho marroquí el notario (*adul*) se limita a dar fe de un acuerdo privado de divorcio, pactado entre los esposos, la resolución que los cónyuges obtengan no podrá acceder al trámite del reconocimiento/*exequatur* en España. No obstante, si dicho notario (*adul*) desarrolla, en el Derecho marroquí, la función por la que comprueba el ajuste de los hechos a la Ley, en ejercicio de su potestad de *imperium*, la resolución extranjera de repudio podrá acceder, en España, al trámite del reconocimiento/*exequatur*.

**163.** Además, la resolución dictada por una autoridad extranjera revestida de potestad de *imperium* tiene que ser firme. Una resolución extranjera es firme desde el momento en el que no es susceptible de ulterior recurso ni modificación en el Estado del país cuyas autoridades conocieron del asunto. En particular, el *Talaq tradicional es revocable (Talaq al-sunna)* cuando el marido realiza una o tres declaraciones de repudiación de la mujer en uno o tres períodos de pureza de la mujer en el que no mantengan relaciones sexuales. El pronunciamiento de este tipo de repudio trae por consecuencia la suspensión voluntaria de las relaciones sexuales durante tres meses. En el *Talaq al-sunna* la disolución del vínculo del matrimonio no es inmediata. La validez del repudio exige un período de continencia de tres meses (*idda*) en el supuesto de que concurra un único pronunciamiento de repudiación (*Talaq ahsan*), o bien, tres períodos de pureza para el caso de que existan tres pronunciamientos de repudiación en tres actos sucesivos (*Talaq hasan*). Por esta razón, el repudio es revocable mientras transcurren estos períodos. En este tiempo, el marido puede solicitar la reanudación de la vida marital con la esposa. En consecuencia, la resolución extranjera que se pronuncie sobre un repudio *revocable*, no es considerada una

<sup>110</sup> ATS 7 julio 1998, RJ 1998/6087: concesión de *exequatur* a un acta notarial de divorcio de mutuo acuerdo entre español y cubana.

<sup>111</sup> ATS 13 octubre 1998, RJ 1998/7669: otorgamiento de reconocimiento a una licencia para la obtención de un divorcio de común acuerdo, dictada por el Ministerio de Justicia y Asuntos Eclesiásticos de Islandia.

<sup>112</sup> ATS 24 noviembre 1998, RJ 1998/9226: concesión de *exequatur* a un divorcio de mutuo acuerdo pronunciado por la autoridad municipal de Japón.

<sup>113</sup> ATS 8 febrero 2005, RJ 2005/95351: *exequatur* de una resolución de divorcio dictada por el Encargado del Registro Civil de Ucrania.

sentencia firme y, por ello, no puede acceder al trámite español de reconocimiento/*exequatur* (ATS 23 julio 1996<sup>114</sup>). No obstante, transcurridos los tres meses sin que exista retractación por parte del marido, la disolución del vínculo matrimonial es válida y retrotrae sus efectos al momento en el que tuvo lugar el pronunciamiento de repudio. El repudio adquiere un carácter irrevocable. En este caso, la resolución extranjera se dicta sobre un repudio irrevocable y es considerada una sentencia firme, por lo que puede acceder al trámite, en España, de reconocimiento/*exequatur* (ATS 21 abril 1998<sup>115</sup>).

**164.** Una vez que el Juzgado de Primera Instancia español ha comprobado que la resolución extranjera puede acceder al trámite de reconocimiento/*exequatur*, tiene que controlar, obligatoriamente y de oficio, que se cumplen todas las condiciones exigidas en el art. 954 LEC 1881: a) Primera condición: Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal (art. 954.1 LEC 1881). b) Segunda condición: Que [la ejecutoria] no haya sido dictada en rebeldía (art. 954.2 LEC 1881). c) Tercera condición: Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España (art. 954.3 LEC 1881). d) Cuarta condición: Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en la que se haya dictado para ser considerada como auténtica y los que las Leyes españolas requieren para que haga fe en España (art. 954.4 LEC 1881).

**165.** Resulta oportuno centrar ahora el análisis jurídico de la tercera condición del art. 954 LEC 1881, relativa a la activación de la cláusula de orden público internacional español.

**166.** Una sentencia extranjera no podrá surtir efectos jurídicos en España, si su reconocimiento/*exequatur* produce un resultado contrario a los principios que integran el orden público internacional español. El reconocimiento/*exequatur* de una resolución judicial extranjera no puede causar un daño grave a los principios fundamentales que garantizan la estructura jurídica de la sociedad española. El orden público internacional español opera siempre con carácter restrictivo a la luz de las concretas circunstancias del asunto y para el caso de que éste conduzca a un resultado manifiestamente incompatible e inadmisibles respecto a los principios actuales que inspiran la cohesión jurídica de la sociedad española.

**167.** Ahora bien, la cláusula de orden público internacional no opera por el hecho de que el juez del Estado de origen haya aplicado al fondo del asunto una Ley estatal distinta de la que el juez español hubiera aplicado al mismo caso. El Juzgado de Primera Instancia español no puede activar la cláusula de orden público internacional español y rechazar el reconocimiento/*exequatur* de una resolución marroquí de repudio por el hecho de que la autoridad marroquí aplicara al litigio una Ley material distinta de la que, al mismo caso, habría aplicado el juez español. El Juzgado de Primera Instancia español no tiene que controlar qué Ley estatal aplicó la autoridad marroquí al repudio. La autoridad marroquí se declaró competente para conocer del repudio según sus foros de competencia judicial internacional y aplicó al litigio la Ley del país que designaran las normas de conflicto de Derecho internacional privado marroquí. Por esta razón, el Juzgado de Primera Instancia español debe ser consciente de que su actividad se limita a controlar si el reconocimiento/*exequatur* de la resolución marroquí que concede el repudio, válidamente constituido en Marruecos, produce un resultado contrario al orden público internacional español.

**168.** El orden público internacional español interviene, con frecuencia, en los casos en los que la resolución extranjera de repudio vulnera el principio constitucional de igualdad respecto a los derechos y deberes del marido y la mujer (art. 14 CE, art. 66 CC y *SAP Murcia* 12 mayo 2003<sup>116</sup>) o si la causa por la que se otorgó el divorcio en el extranjero resulta contraria a la dignidad de la persona o a sus Derechos

<sup>114</sup> ATS 23 julio 1996, *RJ* 1998/2907: denegación del reconocimiento a un acta de divorcio otorgada ante dos Notarios en Marruecos por no ser firme la resolución a reconocer.

<sup>115</sup> ATS 21 abril 1998, *RJ* 1998/3563: otorgamiento del reconocimiento a un acta de divorcio no revocable otorgada por un Notario en El Cairo.

<sup>116</sup> *SAP Murcia* 12 de mayo de 2003, *AC/2003/1676*



fundamentales. El mecanismo del orden público internacional se activa ante la vulneración de un Derecho Humano que tiene su base en el principio de igualdad entre el hombre y la mujer<sup>117</sup>.

**169.** Los Derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española no se aplican *erga omnes* a todas las controversias jurídicas, cualesquiera que sean los litigantes y los hechos del caso y con independencia del lugar en el que los actos se hayan verificado<sup>118</sup>. Ahora bien, son las normas de Derecho internacional privado y no la Constitución Española, las que indican la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. En este sentido, sólo si las normas españolas de Derecho internacional privado conducen a la aplicación de la Ley sustantiva española, la Constitución Española también será aplicable a la situación privada internacional. No obstante, en el caso de que la situación privada internacional se regule por un Derecho material extranjero, en España, que vulnere los Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Española, se activará la cláusula de orden público internacional español para evitar la aplicación de ese Derecho sustantivo extranjero.

**170.** Pues bien, la cuestión que se plantea consiste en determinar qué sucede si, a pesar de que se vulnere el Derecho fundamental a la igualdad de los cónyuges, la esposa pretende obtener, en España, el reconocimiento/*exequatur* de la resolución marroquí de repudio. Resulta necesario concretar si la pretensión de la esposa demandante del reconocimiento/*exequatur* faculta al Juzgado de Primera Instancia español para no activar la cláusula de orden público internacional, aun cuando la resolución marroquí de repudio produzca un resultado contrario a los principios que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad española.

**171.** Algún autor<sup>119</sup> considera que el Juzgado de Primera Instancia español no tiene que activar la cláusula de orden público internacional en el caso de que la esposa, cuyo derecho ha sido vulnerado, manifieste su conformidad con el repudio, porque desaparece la situación de desigualdad de los cónyuges. No obstante, otro autor<sup>120</sup> estima que el Juzgado de Primera Instancia español tiene que decidir, caso por caso, si la intervención del orden público internacional español puede impedir el derecho de una esposa repudiada a obtener una tutela judicial efectiva en defensa de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 CE). En opinión de este autor, el tribunal español tiene que ponderar, según el caso concreto, la importancia del derecho fundamental a la igualdad entre el hombre y la mujer (art. 14 CE) y el derecho fundamental de la esposa repudiada a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

**172.** Pues bien, en ocasiones, se solicita a la autoridad competente que otorgue el reconocimiento/*exequatur* a una resolución extranjera de repudio con la finalidad de evitar el surgimiento de situaciones matrimoniales claudicantes en las que ambos cónyuges puedan verse perjudicados<sup>121</sup>. Por esta razón, el mecanismo del orden público atenuado u orden público de proximidad incorpora la dosis de flexibilidad necesaria para el respeto de la diversidad cultural y de la seguridad jurídica<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> C. STAATH, "La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 717-729, esp. p. 728.

<sup>118</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15 ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 72-75.

<sup>119</sup> N. MARCHAL ESCALONA, "El repudio ante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 367-376, esp. p. 370 considera que no debe intervenir la cláusula de orden público internacional para los casos en los que es la mujer la que solicita el reconocimiento de la sentencia extranjera de repudio.

<sup>120</sup> A. FERNÁNDEZ-CORONADO, "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 125-156, esp. p. 151.

<sup>121</sup> J. DÉPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France : aspects de Droit international privé » en *Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement*, Karthala, París, 1996, pp. 113 y ss.

<sup>122</sup> P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public International face à la polygamie et à la répudiation", *Mélanges en l'honneur de F. Rigaux*, nº 2, 1993, pp. 263-282 realiza un estudio de los efectos que produce el fenómeno del orden público internacional atenuado en el repudio en Francia; C. STAATH, "La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 717-729, esp. p. 721.

**173.** En este sentido, el Tribunal Supremo considera que el acta de repudio marroquí puede producir efectos jurídicos en España si es la mujer repudiada la que solicita el reconocimiento/*exequatur* de dicha resolución. En el caso hipotético de que el Tribunal Supremo denegara a la esposa demandante el reconocimiento/*exequatur* de la resolución de repudio válidamente dictada en el extranjero, la mujer quedaría en situación de grave perjuicio. Ella estaría divorciada en su país de origen pero seguiría casada en España. Esta situación le obligaría a instar un proceso de divorcio en España. En consecuencia, la esposa obtendría el mismo resultado –la disolución de su vínculo matrimonial–, pero a través de dos cauces distintos: la concesión del reconocimiento/*exequatur* de la resolución de repudio dictada en el extranjero, o bien, la incoación de un proceso de divorcio en España. Así las cosas, en este supuesto, el principio constitucional de igualdad de los cónyuges no puede primar siempre respecto de las circunstancias que condicionan el asunto concreto (ATS 21 abril 1998<sup>123</sup>).

**174.** Además de los supuestos indicados con anterioridad, también se activa, frecuentemente, la cláusula de orden público internacional para el caso en el que se pida el reconocimiento/*exequatur* de una resolución de repudio que presente carácter revocable a voluntad del varón o, respecto de aquellos supuestos en los que el Derecho aplicable al divorcio prevé, en exclusiva, un divorcio que se obtiene por la voluntad de las partes sin que resulte exigible la intervención de una autoridad.

**175.** Sin embargo, no puede activarse la cláusula de orden público internacional español en el caso de que la Ley extranjera admita el divorcio por voluntad de uno sólo de los cónyuges, sin que exista causa objetiva de divorcio, porque el Derecho español lo permite. Pues bien, el Derecho marroquí admite que el matrimonio se disuelva a petición de uno sólo de los cónyuges o de ambos de mutuo acuerdo. El marido puede ejercitar la acción de repudio sobre su esposa sin necesidad de acreditar la concurrencia de una causa determinada. La mujer también puede ejercitar el derecho de repudio sobre su esposo, pero únicamente si el marido le ha cedido previamente ese derecho o por compensación económica. No obstante, la mujer también podrá pedir el divorcio ante la autoridad marroquí si concurre alguna de las causas previstas en el Código marroquí de la Familia (art. 98 CF).

### C) Inscripción del acta de repudio marroquí en el Registro Civil español

**176.** El acto de repudio, con independencia de que se ejercite unilateralmente por uno de los cónyuges o por ambos de mutuo acuerdo, se legaliza a través de un acta expedida por dos Notarios (*adul*) en Marruecos (art. 80-82 CF). Ahora bien, el Tribunal Supremo considera que un acta expedida por una autoridad pública fedataria extranjera revestida de potestad de *imperium* es equiparable, a efectos de inscripción en el Registro Civil español, a una sentencia judicial extranjera (ATS 12 mayo 1998, ATS 5 octubre 1999<sup>124</sup>). La sentencia extranjera, para poder acceder al Registro Civil español, tiene que haber obtenido previamente el reconocimiento o, en su caso, el *exequatur* ante el Juzgado de Primera instancia español competente (art. 83 RRC<sup>125</sup>).

**177.** Pues bien, se plantea la cuestión de determinar si la sentencia marroquí de repudio debe haber obtenido el reconocimiento o el *exequatur* para poder acceder al Registro Civil español. Si la sentencia marroquí de repudio se limita a constatar la disolución del vínculo matrimonial, ésta tiene que obtener el reconocimiento en España para poder acceder al Registro Civil español. Por el contrario, si la misma sentencia contiene pronunciamientos a ejecutar, se exige el *exequatur* para poder practicarse la inscripción en el Registro Civil español.

<sup>123</sup> ATS 21 abril 1998, RJ 1998/3563.

<sup>124</sup> ATS 12 mayo 1998, RJ 1998/4344; ATS 5 octubre 1999, RJ 1999/8021.

<sup>125</sup> Art. 83 RRC: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere *exequatur*, deberá ser previamente obtenido”.

#### IV. Conclusiones

**178.** Los flujos migratorios de sujetos procedentes de Marruecos son muy significativos. Esta situación provoca la emigración familiar de una cultura muy distinta a la de la UE, lo que incrementa el número de contenciosos judiciales de carácter familiar entre extranjeros en España. Tras el análisis valorativo de la aplicación del Derecho marroquí en la UE, las principales conclusiones del presente trabajo son las que siguen:

**179.** *Primera conclusión.* Los tribunales de cualquier Estado miembro de la UE pueden encontrarse con el deber de dar una respuesta ante una demanda judicial de repudio, para garantizar el Derecho fundamental de los cónyuges a una tutela judicial efectiva. Sin embargo, el *status quaestionis* actual presenta un DIPr. europeo que no se pronuncia, de manera expresa, sobre el régimen jurídico aplicable a la institución legal de repudio, propia de los países islámicos. El repudio es una institución jurídica desconocida en el ordenamiento jurídico de la UE y en el de cada Estado miembro.

No obstante, el tribunal del Estado miembro de la UE ante el que se ejercite la acción de repudio es el que tiene la obligación de calificar jurídicamente la pretensión del actor. La calificación del tribunal europeo determina qué norma de competencia judicial internacional es aplicable en materia de crisis matrimoniales y si dicha norma contiene un foro que le otorga competencia para conocer del asunto. En caso afirmativo, el tribunal competente, calificará jurídicamente, de nuevo, la pretensión del demandante para concretar la norma de conflicto de leyes aplicable al caso.

La tesis de la calificación por la función permite que el concepto jurídico utilizado por la norma de competencia judicial internacional y por la norma de conflicto de leyes en materia de disolución del vínculo matrimonial, se *amplíe* para cubrir una institución jurídica extranjera desconocida en el ordenamiento jurídico del país cuyos tribunales conocen del asunto. Por ello, el término “divorcio” debe *ampliarse* en la normativa de Derecho internacional privado de la UE para abarcar otras formas de disolución del matrimonio, como sucede con la institución jurídica del repudio.

En efecto, las normas de Derecho internacional privado europeo que determinen el tribunal competente y la Ley reguladora de un divorcio internacional en Europa son también las normas aplicables a la institución legal del repudio marroquí. Esto es así, porque el Derecho internacional privado regula supuestos internacionales, desarrolla una función internacional y persigue objetivos internacionales. El Derecho internacional privado actúa en un escenario social de carácter internacional.

**180.** *Segunda conclusión.* Un acto de repudio judicial pronunciado en el extranjero produce efectos jurídicos en España. La cláusula de orden público internacional español opera, con frecuencia pero no siempre, en los casos en los que la resolución marroquí de repudio vulnera el principio constitucional de igualdad respecto a los derechos y deberes del marido y la mujer (art. 14 CE). El principio constitucional de igualdad de los cónyuges no puede primar siempre respecto de las circunstancias que condicionan el asunto concreto. En efecto, se utiliza el mecanismo del orden público internacional atenuado, en los casos en los que es la mujer repudiada la que solicita el reconocimiento/*exequatur* de la resolución marroquí. La finalidad es evitar el surgimiento de situaciones matrimoniales claudicantes en las que ambos cónyuges puedan verse perjudicados. Ella estaría divorciada en su país de origen pero seguiría casada en España. Esta situación le obligaría a instar un proceso de divorcio en España para obtener el mismo resultado que habría alcanzado con el reconocimiento de la resolución marroquí de repudio.

**181.** *Tercera conclusión.* Un acto de repudio extrajudicial pronunciado en el extranjero no puede producir, en ningún caso, efectos jurídicos en España. El repudio privado, que no consta en una “resolución judicial” ni tampoco en un “documento público”, no producirá efectos jurídicos en España. De una parte, si el repudio afecta a un ciudadano español, dicho repudio no podrá acceder al Registro Civil al no constar en documento público. De otra parte, si el repudio afecta a un ciudadano extranjero, no existe una autoridad pública que pueda declararse competente para disolver el matrimonio.

Además, la cláusula de orden público internacional español se activa, siempre, para el caso en el que se pida el reconocimiento/*exequatur* de una resolución de repudio que presente carácter revocable a

voluntad del varón y, también, respecto de aquellos supuestos en los que el Derecho aplicable al divorcio prevé, en exclusiva, un divorcio que se obtiene por la voluntad de las partes sin que resulte exigible la intervención de una autoridad.

**182. Reflexión final.** El Derecho internacional privado de la UE no está enrocado en sí mismo, sino que está preparado para afrontar “realidades jurídicas islámicas”. El Derecho internacional privado de la UE dispone de herramientas y técnicas, propias, que le permiten dar una respuesta jurídica adecuada a situaciones privadas internacionales controvertidas, desconocidas en la cultura occidental. En efecto, los reglamentos de la UE recogen conceptos jurídicos amplios propios del Derecho de la UE y que contienen normas uniformes de conflicto de leyes. Ello permite que tales reglamentos puedan aplicarse por los tribunales de los Estados miembros a situaciones privadas internacionales que proceden de países con concepciones jurídico-culturales muy distintas. De ese modo, la tutela judicial efectiva resulta potenciada y los particulares que se encuentran en el espacio judicial europeo encuentran soluciones eficientes de DIPr., por muy lejanos que sean los modelos culturales y jurídicos de sus países de origen.