

NURIA MARCHAL ESCALONA. *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2022, 214 pp.
ISBN 9788411249089

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: 10.20318/cdt.2023.7598

1. Muy oportuna resulta esta equilibrada aportación debida a la profesora Dña. NURIA MARCHAL ESCALONA sobre un tema que no sólo reviste actualidad y máximo interés por parte de los operadores jurídicos, sino que encaja a la perfección con los caracteres de una sociedad líquida en constante, veloz e imprevisible movimiento como es la sociedad de la tercera década del siglo XXI.

2. Arranca este libro con un análisis detallado y certero de la configuración legal del divorcio no judicial en el Derecho español y en el Derecho de otros países. En particular, por lo que se refiere al Derecho español, se analiza el divorcio ante notario, una realidad ya cotidiana en la práctica jurídica española actual.

3. El examen del divorcio notarial en Derecho español es más que correcto y pone de relieve que el notario es una “autoridad” en el sentido europeo del término y a los efectos del Derecho internacional privado de la Unión Europea. Precisamente por eso, los notarios, como bien describe la profesora NURIA MARCHAL, deben aplicar las normas de competencia internacional de las autoridades fijadas por el Derecho de la Unión Europea y en su defecto, del Derecho español. Es cierto, como subraya la autora, que la labor no es sencilla, pues el notario, igual que el juez, debe aplicar todo un conjunto de normas de competencia internacional según sea el aspecto jurídico del divorcio que se considere, como son las relativas a la disolución del vínculo matrimonial o las que afectan al régimen económico matrimonial y a los alimentos. El estudio se detiene con fruición en los casos de plurinacionalidad de los cónyuges en el ámbito

de la competencia internacional y en la competencia interna (territorial) del notario español. En la planta noble del Derecho internacional privado ubicada en el capítulo III de la obra, -los conflictos de leyes-, la autora ofrece un análisis pormenorizado del Derecho aplicable a la misma disolución del matrimonio y a las cuestiones conexas a dicha disolución. El Capítulo IV del estudio se dedica a la eficacia extraterritorial del divorcio no judicial, cuestión hoy día contemplada por los instrumentos legales de Derecho europeo vigentes en el sector y en particular, por el Reglamento Bruselas II-ter 2019/1111.

4. Algunos aspectos particulares de esta obra deben ser positivamente destacados. El examen de los casos de intervención del orden público internacional y de las cláusulas de no aplicación de plano del Derecho extranjero (arts. 10 y 12 RR-II) resulta claro y certero. Con todas las dificultades que comportan, los aspectos relativos a los llamados “conflictos internos” en España también aparecen muy correctamente deslindados. La pereza e ignorancia del legislador español ponen contra las cuerdas al especialista de Derecho internacional privado. Sin embargo, la profesora MARCHAL sigue en las páginas 132-134 un criterio práctico que, al margen de las innumerables posiciones doctrinales que existen en el escenario académico, permite solventar estas espinosas cuestiones mediante una adecuada combinación, según los casos, de los criterios “residencia habitual directa” y “vinculación más estrecha”. Más dificultades presenta la cuestión de la prueba del Derecho extranjero aplicable, en su caso, al divorcio notarial. No es que este libro carezca de soluciones:

la cuestión reside en que el legislador español, de nuevo holgazán y también inconsciente, no sabe qué modelo de prueba es mejor seguir en Derecho español. Ello afecta de modo directo a la prueba del Derecho extranjero en sede notarial. Es cierto que dicha prueba resulta más flexible en el ámbito notarial que el judicial pero un escalofrío recorre al jurista cuando debe admitir que si las partes no prueban el Derecho extranjero, ni juez ni notario tienen la obligación de probarlo de oficio. Las normas de conflicto europeas están, así, sujetas a una inseguridad aplicativa que puede minar, y de hecho mina y perjudica, su efecto útil. Con la soberanía procesal hemos topado, querido lector, puesto que ningún instrumento legal europeo ha implementado un sistema obligatorio de prueba del Derecho extranjero, ya que se estima que dicha cuestión pertenece al ámbito soberano de cada Estado. Los poderes de las autoridades de cada Estado miembro, y especialmente de los tribunales de Justicia, también para probar el Derecho extranjero, sólo los puede definir cada Estado miembro. El Derecho procesal se resiste a su europeización, particularmente, en lo que se refiere a la prueba del Derecho extranjero. La Unión Europea no puede decir a los jueces y notarios de los Estados miembros qué es lo que deben o no deben probar y cómo. Es, sin duda, una espina en el costado del entero sistema europeo de Derecho internacional privado.

5. Un interés muy relevante presentan las páginas que la autora dedica a la libre circulación, internacional y europea, del divorcio no judicial (páginas 139-184). Los sistemas jurídicos nacionales se comunican con mayor intensidad cuando se trata de recibir los productos jurídicos creados por autoridades de otros países. Las diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales no deben suponer un obstáculo a la libre circulación de divorcios, judiciales y no judiciales, en el panorama internacional. Es, sin duda, el modelo francés, el modelo que ha seguido el legislador europeo: un divorcio sin foro, un divorcio sin juez, un divorcio sin autoridad. Basta la intervención de los abogados, que no son una autoridad. La quintaesencia del Derecho de Familia contractual de nuestros tiempos ha llegado a la Unión Europea. Y es que el Derecho de Familia institucional se evapora rápidamente y deja paso a un Derecho de Familia contractual. Hay que decirlo ya: es un divorcio por contrato y en los contratos, los prota-

gonistas son las partes, no las autoridades. En este contexto, el art. 68 RB II-ter permite dar efectos en los Estados miembros a los documentos públicos formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro. Ello potencia la libre circulación de los acuerdos privados de divorcio celebrados con arreglo al Derecho de un Estado miembro, siempre que consten en documento público o que el acuerdo haya sido registrado oficialmente en el Estado miembro de origen. El Reglamento Bruselas II-ter ha cruzado el Rubicón cogido del brazo del legislador francés y ha proclamado a los cuatro vientos lo que ya todo el mundo sabe: que el divorcio sin juez, sin foro y sin autoridad debe circular por toda la Unión Europea aunque en el Estado miembro de destino no exista dicho “divorcio sin autoridad”. Lo que NAPOLEÓN BONAPARTE no consiguió lo logrará el art. 229 del *Code civil* francés: conquistar Europa aunque no con las armas, sino con los divorcios privados a la francesa.

6. Una cuestión de extraordinaria relevancia afecta al tratamiento jurídico, en el Reglamento Bruselas II-ter, de los divorcios privados en los que no interviene autoridad alguna: la cuestión de saber si tales divorcios surten efectos en otros Estados miembros sin control alguno de la competencia del Estado miembro de origen. Como es bien sabido y conocido, sobre este candente tema existen dos posiciones doctrinales. Hay autores que sostienen que el Estado miembro de origen del divorcio privado debe ser un Estado miembro en cuyo favor opere un foro de competencia internacional de los recogidos en el art. 3 RB II-ter. Y ello aunque no hay autoridad que pronuncia el divorcio. Se basan para ello en la dicción literal del art. 64 RB II-ter: “*La presente sección se aplica en materia de divorcio, separación legal y responsabilidad parental a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II*”. Frente a ello, otros autores subrayan que ello no es posible por dos motivos. En primer lugar, porque no hay autoridad, así que mal se va a controlar la competencia de la autoridad que pronuncia el divorcio si tal autoridad no existe ni ha intervenido. Es un divorcio sin foro y si no existe foro, no procede controlar la competencia de la autoridad del Estado miembro de origen. En segundo lugar, ello supondría incluir una causa de

rechazo del reconocimiento de estos divorcios no contemplada en el art. 68 RB II-ter. De ese modo, los divorcios privados serían de peor condición que los divorcios con intervención de autoridad, en los que no es posible, de ninguna manera, controlar la competencia de la autoridad de origen. Existe una posición intermedia representada con firmeza y solvencia por la profesora PILAR JIMÉNEZ BLANCO (*vid.* PILAR JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *CDT*, 2022, pp. 555-579). La profesora asturiana sostiene que, en realidad, los divorcios privados sin autoridad acordados en Estados miembros que no se corresponden con los señalados por el art. 3 RB II-ter están excluidos de los arts. 64-68 RB II-ter. Por tanto, no es que se rechace su validez extraterritorial, sino que no están cubiertos por dichos preceptos legales. La intención es buena: no permitir un turismo matrimonial a la francesa, ya que en teoría dos cónyuges sin relación alguna con Francia podrían acordar su divorcio y registrarlo en dicho país y posteriormente dicho divorcio debería ser reconocido en los demás Estados miembros. Un control de la competencia internacional preventivo. La profesora NURIA MARCHAL, sin embargo, opta por esa posición europea con acento francés fuertemente favorable a la libre circulación: los divorcios contractuales formalizados por los cónyuges en un Estado miembro, una vez registrados oficialmente en dicho Estado

miembro, circulan por toda la Unión Europea sin posibilidad alguna de controlar la competencia del Estado miembro donde han sido formalizados. Es una apuesta por la libre circulación de situaciones jurídicas, por la libertad de los cónyuges de divorciarse por contrato en el Estado miembro que así se lo permita (páginas 164-167).

7. Esta obra de NURIA MARCHAL ESCALONA cuenta con un aparato dogmático muy bien armado: un uso de la jurisprudencia verdaderamente exhaustivo y ponderado, un entramado de doctrina académica consultada y examinada que resulta admirable y una brillante y mesurada utilización de las múltiples fuentes del Derecho internacional privado europeo y español. Con dichas herramientas hermenéuticas no es de extrañar que la lectura de este *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, resulte placentera, estimulante y sugestiva. Por otra parte, *last but not least*, el lenguaje empleado por la autora y su modo de implementar la rica gramática castellana resultan también muy notables. En tiempos como los actuales en los que la palabrería y la corrección política *woke* invaden (también) el mundo del Derecho, volver a leer buen Derecho internacional privado en buen castellano es un placer altamente recomendable. Muy bienvenida sea, pues, esta obra sobre el divorcio no judicial en Derecho internacional privado firmada por NURIA MARCHAL ESCALONA.