

EL EFECTO *ERGA OMNES* DEL DERECHO MATRIMONIAL COLOMBIANO Y SU
IMPACTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*THE ERGA OMNES EFFECT OF THE COLOMBIAN MARRIAGE LAW AND ITS IMPACT IN
PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

Gisela Moreno Cordero*

SUMARIO: I. NOTA INTRODUCTORIA II. IMPLEMENTACIÓN UNILATERAL DEL CONTROL INDIRECTO DE LA LEY APLICADA EN EL RÉGIMEN CONVENCIONAL HISPANO-COLOMBIANO. III. IMPERATIVIDAD IRREDUCTIBLE DE LAS NORMAS INTERNAS COLOMBIANAS. 1. El control de la ley del domicilio conyugal. 2. El control de la identidad causal. 3. Valoración crítica al control indirecto de la ley aplicada en sede colombiana. IV. LA CONFORMIDAD CON EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO: DISTORSIÓN DEL ORDEN PÚBLICO MATRIMONIAL. V. REFLEXIONES FINALES.

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sevilla. Ha participado en distintos proyectos de investigación en materia de familia y es autora de diversas publicaciones en materias relacionadas con el Derecho de familia, sucesiones, consumo y extranjería, así como con el Derecho procesal civil internacional. Correo electrónico: gmoreno2@us.es.

RESUMEN: El reconocimiento de decisiones en materia civil entre España y Colombia viene determinado por un Convenio que data de 1908. Dicho Convenio contiene regulaciones que están lejos de satisfacer las más elementales exigencias que en la actualidad ordenan el tráfico externo. Esta circunstancia, unida a una incorrecta apreciación acerca de cómo funcionan las normas de derecho internacional privado en este sector de problemas por parte de las autoridades colombianas, ha tenido un claro objetivo para dichas autoridades y, hasta ahora, una desconocida consecuencia para las autoridades españolas. El objetivo, la búsqueda una identidad absoluta entre la causal que ha motivado el divorcio en el extranjero y las previstas en su normativa interna. La consecuencia, el rechazo de tales decisiones cada vez que el divorcio en España no se haya tramitado por mutuo acuerdo de los cónyuges. Con la finalidad de evitar los efectos perniciosos que semejante consecuencia comporta para la armonía internacional de soluciones, tomaremos como punto de partida para el desarrollo del presente estudio, los fundamentos doctrinales y normativos de los que tradicionalmente se ha valido la jurisprudencia de aquel país para sustentar tan cuestionable proceder.

PALABRAS CLAVES: Control de la ley aplicada, divorcio, identidad causal, orden público, norma de conflicto, España, Colombia.

ABSTRACT: The recognition of decisions in civil matters between Spain and Colombia is determined by a Convention which dates back to 1908 and whose regulations are far from meeting the most elementary requirements that currently sorted the external traffic. This, coupled with an incorrect appreciation about how the rules of private international law in this sector of problems on the part of the Colombian authorities, has had a clear objective for these authorities and, up to now, a relatively unknown to the Spanish authorities. The objective, the search of an absolute identity between the causation that has motivated the divorce abroad and those provided for in its internal legislation. As a result, the rejection of such decisions every time that the divorce in Spain has not been processed by the mutual agreement of the spouses. With the purpose of avoiding the pernicious effects that such a result brings to the international harmony of solutions, we will take as a starting point for the development of the present study, the normative and doctrinal foundations that traditionally has used the jurisprudence of that country to support such a questionable behavior.

KEY WORDS: Control of the law applied, divorce, causal identity, public order, the rule of conflict, Spain, Colombia.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El fenómeno de la globalización y la multiculturalidad derivado de los movimientos migratorios en España ha sido un escenario propicio para la aparición de nuevas situaciones jurídicas en un ámbito tan sensible como el Derecho de familia. La proliferación de matrimonios mixtos ha incrementado asimismo los procesos matrimoniales con elemento extranjero, generando infinidad de consecuencias sobre los derechos y obligaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, que culminan con decisiones que posteriormente acaban siendo invocadas en el extranjero.

Dentro de este contexto adquieren especial protagonismo las situaciones de reconocimiento que pueden generar un amplio colectivo de inmigrantes colombianos residentes en España que afectan su estatuto personal. La posibilidad de que de estos ciudadanos retornen a su país de origen, como consecuencia de la inversión en los flujos migratorios originados por la crisis económica sufrida por España desde 2007, impone la necesidad de destacar las dificultades a las que pueden enfrentarse en sede colombiana las decisiones en materia de divorcio decretadas por autoridades españolas, si cualquiera de ellos pretendiera hacerlas valer allí.

Algunas de estas dificultades vienen favorecidas por un vetusto y deficiente convenio que rige en la actualidad el reconocimiento de sentencias civiles entre ambos países: el Convenio sobre ejecución de sentencias civiles suscrito entre España y Colombia el 30 de mayo de 1908¹ (en adelante, CHC). Pero, las carencias del Convenio derivadas de su longevidad no son el único obstáculo al que se sujeta el reconocimiento de las decisiones de

¹ Aprobado en España por *Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909 y en Colombia mediante Ley 13, de 8 de abril de 1905 (*DO* núm. 13.366, de 19 de agosto de 1908).

divorcio españolas en Colombia. A esta circunstancia se suman además las profundas diferencias existentes en la regulación material de esta institución en ambos ordenamientos, así como la interpretación que de las normas de Derecho internacional privado efectúa la autoridad colombiana.

Con la entrada en vigor de la Ley 25 de 1992 (en adelante, C.c.c.)² el Derecho colombiano consagró un sistema divorcista causal. El art. 154 C.c.c. acoge dos grupos de causales de divorcio: de un lado, las fundadas en la culpa de uno de los cónyuges (divorcio-sanción)³ y, de otro, causales no culposas (divorcio-remedio)⁴. Sea cual fuere la causal que motive el divorcio, ésta deberá ser acreditada y probada en juicio por quien la alegue⁵. La presencia en la normativa colombiana de causales de divorcio de distinta naturaleza -subjctiva y objetiva-, plantea algunas limitaciones para el ejercicio de este tipo de acciones. Fuera del mutuo acuerdo, las reglas de legitimación previstas en el art. 156 C.c.c. autorizan demandar el divorcio únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que la motivan⁶, aunque el ejercicio unilateral de este tipo de acciones será posible por cualquiera de ellos cuando la demanda de divorcio se funde en la “separación de cuerpos -judicial o de hecho- por más de dos años”. Y si el divorcio se fallara en base a una causal de subjctiva (divorcio-sanción), el cónyuge culpable, tendrá que soportar el insalvable obstáculo de una sanción sobre ciertos efectos colaterales⁷. Por último, es importante señalar que el término de caducidad de un año

² Aprobado mediante Ley 25, de 17 de diciembre de 1992 (DO núm. 40.693, de 18 de diciembre de 1992), por la que se estableció el divorcio vincular de matrimonios civiles.

³ En concreto, las de los ordinales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 (infidelidad; incumplimiento por parte de los cónyuges de sus obligaciones familiares; ultrajes o injurias; embriaguez habitual; consumo de sustancias alucinógenas o estupefacientes; y cualquier conducta que ayude a corromper o a pervertir al otro cónyuge a un descendiente o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo).

⁴ Las previstas en los ordinales 6, 8 y 9 (toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial; separación de cuerpo judicial o de hecho por más de dos años; y el mutuo acuerdo).

⁵ *Vid.* VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho civil. Derecho de Familia*, 7ª edic., Temis, Bogotá, 1995, pp. 246-260; y Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1495, de 2 de noviembre de 2000 (en adelante, CCC).

⁶ *Vid.* VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho civil. Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pp. 262 y 263.

⁷ Entre los efectos colaterales afectados por la determinación de un culpable en la ruptura del vínculo matrimonial se encuentra, en primer lugar, la obligación de prestar alimentos al ex cónyuge inocente (art. 411. 4 C.c.c.). Este podrá asimismo beneficiarse de un régimen de indemnizaciones en atención a la situación pecuniaria de los esposos, así como revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este último pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones

prorrogable al que el art. 154 C.c.c.⁸ sujetaba el ejercicio de las causales de los apartados del 1 al 7 (divorcio-sanción), ha sido modificado por la CCC mediante Sentencia C-985 de 2 de diciembre de 2010. Sin embargo, dicho término de caducidad seguirá siendo apreciado a efectos de reclamar sanciones derivadas de causales subjetivas⁹.

Mientras esto ocurre en el Derecho colombiano, en el Derecho matrimonial español, los cambios introducidos en el Código Civil español (en adelante, C.c.e.) mediante la Ley 15/2005, de 1 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio¹⁰, han hecho desaparecer las barreras que tanto para la separación matrimonial como para el divorcio suponían las causales taxativamente fijadas en los antiguos arts. 82 y 86 C.c.e.¹¹. Los actuales arts. 81 y 86 C.c.e., reconocen que, transcurridos los tres primeros meses desde la celebración del matrimonio¹² y cualquiera que fuera la forma de su celebración, los cónyuges podrán ejercitar las acciones de separación o de divorcio de forma unilateral, de conjunto, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, sin necesidad de alegar causa o motivo alguno.

matrimoniales. También cesa la vocación hereditaria recíproca de los cónyuges (ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar en calidad de cónyuge sobreviviente para heredar abintestato en la sucesión del otro), así como la posibilidad de reclamar la porción conyugal (arts. 1230 C.c.c.). A la porción conyugal solo accederá el cónyuge o ex cónyuge inocente (1231C.c.c.).

⁸ Las causales objetivas, esto es, las previstas en los apartados 6, 8 y 9, nunca quedaron sometidas a término de caducidad, pudiendo invocarse en cualquier momento.

⁹ En la aludida Sentencia la CCC conoce que, el término de caducidad contemplado en el art. 154 C.c.c. supone “un sacrificio irracional al cónyuge inocente en términos de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad el derecho, a la intimidad, a la dignidad en su faceta de autonomía, a elegir el estado civil y a conformar una familia”. Y añade, “mediante esta disposición el Estado suplanta al particular en la toma de decisiones al respecto, pues atribuye al paso del tiempo los efectos del consentimiento de conductas tan lesivas como la violencia doméstica que puede incluir hasta agresiones sexuales (...). La norma impide a las personas elegir su estado civil y divorciarse”.

¹⁰ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

¹¹ Tanto la separación como el divorcio en las derogadas normas del C.c.e. se caracterizaban por presentar naturaleza causal. Las causas recogidas en los antiguos arts. 82 y 86 eran de corte objetivo (separación/divorcio remedio) y no las propias de una separación o divorcio sanción, pues no se trataba de recriminar la conducta de uno de los cónyuges, sino de poner fin a una situación objetiva.

¹² Dicho término podrá excepcionarse si concurren las circunstancias del apartado segundo del propio art. 81, es decir, si se acredita la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Se constata, por tanto, la presencia de dos sistemas matrimonialistas esencialmente distintos: de un lado, el Derecho colombiano, de corte casualista (subjetivo/objetivo), que aboga por la protección y conservación del matrimonio a través del diseño de normas materiales inflexibles asociadas a exigencias causales, y, de otro lado, el Derecho español, de corte no causal (objetivo) y tributario de normas más liberales que propugnan soluciones jurídicas para las situaciones de crisis matrimoniales fundadas en los derechos de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, sin que para ello exista más razón que la propia voluntad de los cónyuges en dar por concluido -temporal o definitivamente- el vínculo matrimonial.

Esta polaridad normativa, en teoría, no debería impedir el reconocimiento de las decisiones españolas de divorcio en sede colombiana, si bien, en la práctica, tales diferencias constituyen el punto de partida de una cadena de consecuencias negativas para el tráfico internacional de soluciones en materia de divorcio; aunque sólo en un sentido: de España a Colombia. Así, pues, mientras el reconocimiento de las decisiones de divorcio adoptadas por autoridades colombianas en nuestro país se verá facilitado ‘cualquiera que fuera la causa que lo haya originado’, en sede colombiana, el reconocimiento de las decisiones españolas de divorcio será únicamente posible cuando el divorcio en España se haya tramitado por mutuo acuerdo de los cónyuges.

El fundamento utilizado por la jurisprudencia colombiana para desconocer las decisiones de divorcios adoptadas por jueces españoles fuera del mutuo acuerdo, gravita en una errónea interpretación de su orden público matrimonial, y trae causa en un control indirecto de la ley aplicada previsto en los arts. 163 y 164 C.c.c. Como tendremos ocasión de ver, en la interpretación que de las referidas normas realiza repetidamente la jurisprudencia colombiana se construye lo que será el más cuestionable obstáculo al que se enfrentan en aquel país las decisiones de españolas divorcio derivadas de acciones unilaterales.

II. IMPLEMENTACIÓN UNILATERAL DEL CONTROL INDIRECTO DE LA LEY APLICADA EN EL RÉGIMEN CONVENCIONAL HISPANO-COLOMBIANO

Los instrumentos convencionales sobre reconocimiento de sentencias que vinculan a España en su mayoría no contemplan el control de la ley aplicada como condición de reconocimiento. Si bien, en el ámbito de las crisis matrimoniales, es muy común que esta regla

general se haga extensiva en algún convenio a las decisiones relativas a las relaciones de familia, y a distintas situaciones matrimoniales, entre otras¹³.

Los regímenes de reconocimiento que exigen este tipo de control imponen a la autoridad del Estado requerido controlar si la autoridad del Estado de origen ha fundado su decisión en un Derecho nacional distinto del designado por sus normas de conflicto. Si bien este tipo de control puede mitigarse si el resultado alcanzado fuera equivalente a la solución a la que se habría llegado de haberse aplicado la ley designada por la norma de conflicto del Estado requerido¹⁴.

El reconocimiento de decisiones judiciales en materia civil entre España y Colombia, incluidas las decisiones sobre crisis matrimoniales, quedan regidas por el Convenio sobre ejecución de sentencias civiles, de 30 de mayo de 1908¹⁵ (en adelante, CHC)¹⁶. Este Convenio, sin embargo, no incluye el control indirecto de la ley aplicada como condición de reconocimiento. En la práctica ello debería conducir a que las decisiones adoptadas tanto en España como en Colombia no fueran desconocidas por este motivo. No obstante, los jueces colombianos, ignorando lo dispuesto en dicho texto internacional, han venido practicando invariablemente el aludido control respecto de las decisiones españolas de divorcio, en base a las disposiciones contenidas en los arts. 163 y 164 C.c.c.¹⁷.

De los elementos cuyo control imponen los referidos preceptos: la aplicación de la ley del domicilio conyugal y la identidad causal, el que más interés suscita a las autoridades judiciales colombianas es la identidad causal, y persigue la búsqueda de una identidad absoluta

¹³ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2013, pp. 250 y 251.

¹⁴ Vid. ARENAS GARCÍA, Rafael, *Crisis matrimoniales Internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 414.

¹⁵ Publicado en España en *Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909 y en Colombia (aprobado mediante Ley 13, de 8 de abril de 1905) en *DO* núm. 13.366, de 19 de agosto de 1908.

¹⁶ Publicado en España en *Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909 y en Colombia (aprobado mediante Ley 13, de 8 de abril de 1905) en *DO* núm. 13.366, de 19 de agosto de 1908.

¹⁷ Aprobado mediante Ley 25, de 17 de diciembre de 1992 (*DO* núm. 40.693, de 18 de diciembre de 1992), por la que se estableció el divorcio vincular de matrimonios civiles.

entre las causales de divorcio acogidas por la decisión española y las previstas en la normativa interna colombiana, en concreto, las contenidas en el art. 154 C.c.c.

Por otro lado, en la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los arts. 163 y 164 C.c.c. tendrá asimismo una notable participación el principio de territorialidad absoluta rubricado por el art. 19 C.c.c., siempre que la decisión extranjera afecte a un nacional colombiano.

Sujetos a estos antecedentes y tomando como punto de partida las mencionadas normas, procederemos, en consecuencia, a delimitar su contenido y alcance, así como su impacto en el reconocimiento de las decisiones españolas de divorcio en sede colombiana.

III. IMPERATIVIDAD IRREDUCTIBLE DE LA NORMAS INTERNAS COLOMBIANAS

1. El control de la ley del domicilio conyugal

Según dispone el art. 163 C.c.c.: “El divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal¹⁸. Para estos efectos, entiéndase por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como el del cónyuge demandado”.

De la simple lectura del precepto se desprende que se trata de una norma de conflicto que sirve para determinar la ley aplicable al divorcio si el matrimonio civil se hubiere celebrado en el extranjero. Y según se encargó de confirmar la más doctrina *iusprivatista* local, el punto de conexión ‘domicilio conyugal’ servirá también para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales colombianos en materia de divorcio¹⁹.

El art. 163 C.c.c. además de considerarse una norma que permite determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable al divorcio, contra todo pronóstico, ha sido también utilizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana (CSJC) en

¹⁸ Colombia, al ratificar el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1889, optó asimismo por la ley del domicilio conyugal como ley rectora de la separación y del divorcio [art. 13 a) y b)].

¹⁹ En palabras de M. G. MONROY CABRA, “El factor de conexión es el domicilio conyugal tanto para la jurisdicción como para la ley aplicable al fondo del divorcio”. *Vid.* MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Tratado de Derecho internacional privado Tratado de Derecho Internacional Privado*, 6ª edic., Temis, Bogotá, 2011, pp. 399 y 400.

procedimientos de *exequatur* de decisiones de divorcio -españolas y extranjeras- para exigir el cumplimiento una exigencia no recogida en el supuesto de hecho al que esta norma alude (divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero): la identidad causal²⁰. Una exigencia que, como seguidamente se verá, viene referida a otra situación de hecho distinta, amparada en el art. 164 C.c.c.: el divorcio extranjero de matrimonio civil celebrado en Colombia.

Sobre este punto es preciso tener presente que si el control indirecto de la ley aplicada fuera una de las finalidades del art. 163 C.c.c, el reconocimiento en Colombia de una decisión extranjera de divorcio solo sería factible en aquellos supuestos en los que el tribunal extranjero haya aplicado al divorcio la ‘ley del domicilio conyugal’, en tanto ley designada por la norma de conflicto colombiana (art. 163 C.c.c.). Por tanto, este control quedaría satisfecho con independencia del contenido de dicha ley, esto es, no se precisaría equivalencia de resultados entre la ley del domicilio conyugal y la ley colombiana. Pero, lo cierto es que ni el control indirecto de la ley aplicada en base a la ‘ley del domicilio conyugal’ constituye el objetivo central de la jurisprudencia de aquel país²¹, ni la aludida norma podría recibir aplicación en los supuestos en los que viene reclamada la intervención del CHC, Convenio en el que, como ya se viere, no reza dicha condición.

2. El control de la identidad causal

Según dispone el art. 164 *in prime* C.c.c.: “El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se registrá por la ley del domicilio conyugal y no producirá efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana...”²².

Como se observa, de la literalidad del precepto derivan importantes diferencias en relación con el art.163 C.c.c. que conviene esclarecer: Por un lado, el art.164 C.c.c. según

²⁰ *Vid. infra* epígrafe 2.1.

²¹ *Vid. infra* nota 32.

²² Esta exigencia, muy próxima a la contemplada en el art. 13 b) del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1889, condiciona el reconocimiento del divorcio tanto al Derecho del domicilio conyugal como al del lugar de la celebración del matrimonio. Así pues, la causal del Derecho del domicilio conyugal debe ser admitida por el Derecho matrimonial del país de su celebración. *Vid.* BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho internacional privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 617.

hemos adelantado, acoge un supuesto de hecho distinto de aquél: divorcio decretado en el extranjero de matrimonio civil celebrado en Colombia. Por otro lado, en esta ocasión no estamos ante una norma de conflicto, sino frente a una norma material imperativa por la que se establece un control indirecto de la ley aplicada²³. Por último, el control indirecto de la ley aplicada introducido por el art. 164 C.c.c. sujeta el reconocimiento de este tipo de decisiones al cumplimiento de otras dos exigencias. La primera, a que se haya aplicado la ley del domicilio conyugal (conexión acogida por la norma de conflicto colombiana. La segunda, a que la causal acogida por la ley del domicilio conyugal sea de las contempladas por la ley colombiana²⁴.

Quiere esto decir que en el ámbito del art. 163 C.c.c., el juez colombiano -dado que el matrimonio se celebra y disuelve en el extranjero- únicamente podría controlar la aplicación por parte de la autoridad extranjera de la ley del domicilio conyugal. Mientras que en aplicación del art. 164 C.c.c. -matrimonio disuelto en el extranjero pero celebrado en Colombia- la autoridad colombiana quedaría obligada a exigir no solo la aplicación de la ley del domicilio conyugal sino también la identidad causal²⁵. Ahora bien, sobre esta cuestión cabe precisar que, tal y como sucede con el art. 163 C.c.c., este precepto no tiene un alcance universal, esto es, no implica necesariamente su obligada aplicación a cualquier situación de reconocimiento en la que se vea involucrada una decisión extranjera de divorcio. Por tanto, su utilización solo tendría cabida si concurrieran otras dos circunstancias cumulativas. La primera, que resulte de aplicación el régimen autónomo de reconocimiento. La segunda, que se trate del supuesto de hecho recogido en el mencionado precepto: divorcio extranjero de matrimonio civil celebrado en Colombia.

La jurisprudencia colombiana, sin embargo, marginando todas estas consideraciones, viene controlando el cumplimiento de la identidad causal en todos los supuestos, esto es, sin establecer distinciones entre las situaciones de hecho amparadas en los arts. 163 y 164 C.c.c., y

²³ Así lo reconoce abiertamente la SCSJC de 7 de octubre de 2010 en relación a una sentencia de divorcio española de matrimonio civil celebrado en España, señalando que: “Dicha sentencia no es contraria a normas imperativas, toda vez que en nuestro territorio está permitido el divorcio de matrimonio civil, y la causal invocada para ello, “de común acuerdo”, está contemplada en el numeral 9 del artículo 154 del Código Civil”.

²⁴ *Vid.* MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Tratado de Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 400.

²⁵ *Vid.* MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Tratado de Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 247.

sin atender al régimen de reconocimiento aplicable (convencional o estatal)²⁶. En ocasiones, el juez colombiano ni siquiera verifica si la ley aplicada al divorcio por el juez extranjero es la correspondiente al domicilio conyugal (requisito que sí que prevén los arts. 163 y 164 C.c.c.)²⁷.

²⁶ Todas las decisiones españolas de divorcio cuyo reconocimiento se ha instado ante las autoridades colombianas, tanto las que disuelven un matrimonio civil celebrado en Colombia (SSCSJC de 19 de diciembre de 2012, 5 de julio de 2012, 16 de abril de 2012, 19 de diciembre de 2011, 29 de noviembre de 2011, 9 de noviembre de 2011, 24 de octubre de 2011, 14 de octubre de 2011, 11 de febrero de 2011, 26 de enero de 2011, 20 de agosto de 2009, 17 de julio de 2009, 14 de noviembre de 2008, 15 de agosto de 2007, 19 de julio de 2005), como las vienen referidas a un matrimonio civil celebrado en España (SSCSJC de 7 de octubre 2010, 30 de septiembre de 2010, 25 de junio de 2010, 13 de mayo de 2009, 13 de agosto de 2002, 16 de enero de 1995), han sido objeto del control de la identidad causal. El control de la identidad causal se ha efectuado asimismo respecto de las decisiones de divorcio provenientes de Estados partes de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, adoptada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, Convención que fue ratificada por Colombia mediante Ley 16 de 22 de enero de 1981 (*DO* núm. 35.711, de 27 de febrero de 1979), y de la que también forman parte Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Al igual que sucede en el CHC, dicha Convención no prevé el control de la ley aplicada. Más ello no ha impedido que los jueces colombianos lo vengán practicando en los supuestos en los que el citado instrumento resulta de aplicación (SSCSJC de 30 de septiembre de 2011, 8 de septiembre de 2011, 30 de noviembre de 2001, 17 de julio de 2001, 10 de julio de 2000, 19 de agosto de 1997 y 20 de mayo de 1997 -todas ellas referidas a decisiones provenientes de Venezuela-; 31 de octubre de 2008 -respecto de decisión procedente de Ecuador-, y 13 de julio de 1995 -en relación con sentencia dictada en México-). En el régimen autónomo colombiano de reconocimiento, como hemos visto, el control de la identidad causal se encuentra justificado sólo si la decisión extranjera disuelve un matrimonio civil celebrado en Colombia (art. 164 C.c.c.). Pero, ello no ha sido óbice para que los jueces colombianos lo extiendan asimismo al divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero (SSCSJC de 24 de octubre de 2011, 29 de junio de 2010 y 25 de septiembre de 1996 -referidas respectivamente a decisiones provenientes de Argentina, Brasil y EEUU-). La inadecuada aplicación de la exigencia de identidad causal al divorcio decretado en el exterior de matrimonio celebrado en el extranjero fue puesta de relieve en el voto particular del magistrado P. LAFONT PIANETTA a la Sentencia dictada por la CSJC (Sala de Casación) de 16 de enero de 1995, por la que se concedió el ejecutur a la decisión que, con fecha 9 de septiembre de 1988, dictara el Juzgado de Primera Instancia No. 3 de Familia de Pamplona, declarando disuelto el matrimonio católico contraído en Arre (Navarra) el 23 de septiembre de 1963, entre nacional colombiana y nacional español. En su voto particular, el destacado magistrado y doctrinario colombiano declaraba que, en el supuesto en cuestión, no procedía el control de la identidad causal, al ser una condición reclamada únicamente en los casos en que el divorcio extranjero afecte a un matrimonio civil celebrado en Colombia. Y reitera: "... en estos supuestos el legislador colombiano, "al deferir la regulación de la "disolución del vínculo por divorcio" a dicha legislación extranjera, adopta anticipadamente y sin requisito judicial alguno, el divorcio de esos matrimonios civiles, bien se produzca administrativa o judicialmente, por una causal contenciosa o por mutuo acuerdo, o por un régimen sustancial o procedimental cualquiera. Por cuanto parte del supuesto de que en dicha materia no se ha afectado el orden público interno colombiano, en vista de que precisamente tanto el matrimonio civil como el divorcio fueron celebrados y decretados en territorio extranjero, donde tenían su domicilio conyugal, bajo la legislación extranjera, en lo cual nada le interesaba a la legislación colombiana. Luego, con esta disposición se le reconoce al Estado extranjero, por medio de su legislación y de sus órganos competentes, regular exclusivamente el matrimonio civil celebrado en su territorio y el divorcio también allí decretado cuando los cónyuges tuviesen allí su domicilio conyugal. Este reconocimiento persigue, de una parte, que sea en el extranjero donde se defina sustancial y procesalmente el asunto relativo a una disolución matrimonial, porque siendo exclusivamente convencional, o con intervención judicial (según la legislación correspondiente), esa solución extranjera en nada afecta los intereses públicos de Colombia". Pese a lo notoriamente cuestionable que puedan resultar muchos de los planteamientos vertidos en su voto particular por P. LAFONT PIANETTA, debido a que en el marco del CHC el control indirecto de la ley aplicada no tiene cabida ni en base a la ley del domicilio conyugal (art. 163 C.c.c.), ni en base a la identidad causal (art. 164 C.c.c.). Por otro lado, sus argumentaciones han tenido el mérito indiscutible de advertir, al menos, la distinción entre ambos preceptos.

²⁷ Control omitido en las SSCSJC de 24 de octubre de 2011, 14 de octubre de 2011, 11 de febrero de 2011, 26 de enero de 2011, 19 de julio de 2005.

Pero, jamás pasa por alto la comprobación de la identidad causal, y en caso de que esta identidad no se produzca, procederá al rechazo la decisión española de divorcio, invocando para ello una violación de su orden público interno, y ello, sin justificar adecuadamente su conexión con principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano. Pero es que, además de contravenir lo dispuesto en un Convenio en el que el controvertido control no se encuentra previsto, lo que resulta en sí mismo muy cuestionable, las autoridades colombianas además vienen haciendo extensivo dicho control a supuestos en los que ni siquiera en aplicación del régimen estatal colombiano este se encuentra justificado (divorcio extranjero de matrimonio civil celebrado en el extranjero).

El más alto exponente del alcance de este control en la jurisprudencia colombiana se localiza en la SCSJC de 25 de junio de 2010²⁸, por la que se denegó el reconocimiento de una decisión española de divorcio que disolvía el matrimonio católico celebrado en España entre nacional español y nacional colombiana. En esta ocasión, el rechazo de la decisión de divorcio se fundamentó en el hecho de haberse iniciado el proceso de divorcio en España por la acción unilateral de uno de los cónyuges, conforme a los trámites previstos en el art. 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²⁹ (en adelante, LEC 2000). Según la CSJC, *“la causal del mutuo acuerdo no aparece reflejada en la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se interesa³⁰, y aunque sí fue reconocido este extremo dentro de la demanda de exequátur tramitada³¹, no se ha comprobado que se haya iniciado el procedimiento en origen de conjunto fundado en el mutuo acuerdo de los contrayentes”*.

²⁸ *Vid.* MORENO CORDERO, Gisela, “El fracaso del divorcio unilateral español en sede colombiana: distorsión del orden público matrimonial”, en N. MARCHAL ESCALONA (dir.) y S. MUNÓZ GONZÁLEZ (coord.), *El Derecho comparado en la docencia y en la investigación*, Dikynson, Madrid, 2017, pp. 234-247, pp. 238-240.

²⁹ BOE núm.7, de 8 de enero de 2000. Corrección de errores BOE núm.90, de 14 abril de 2000 y BOE núm.180, de 28 de julio de 2001.

³⁰ “En la providencia se cataloga el divorcio como “contencioso” y se deja constancia de la citación y contestación de la demandada, lo que descarta la posibilidad de que la petición haya sido mancomunada”.

³¹ “Según la peticionaria del *exequátur*, la causal reconocida en el fallo extranjero fue el “mutuo consentimiento logrado dentro del procedimiento inicialmente contencioso” (Considerando tercero).

La CSJC, realiza en este caso un anquilosado juicio de valor -el mismo que preside todas sus decisiones³²-, concluyendo que: *“Lo que importa a la hora de determinar si la sentencia extranjera es susceptible de homologación, es la hipótesis legal que se invocó para sentenciar el divorcio, pues es a partir de ella, en abstracto, que la Corte debe hacer el examen de compatibilidad con las normas colombianas”*.

La CSJC desconoce en sus fundamentaciones que en el ordenamiento español la tramitación de un divorcio separa la cuestión relativa al estado civil, de lo concerniente al diseño, organización y garantías de la nueva relación que se constituye en base a dicha modificación. La primera, se evacua a través de un acto de jurisdicción voluntaria, mientras, la segunda, de existir acuerdo, podría tramitarse por este mismo expediente, y sólo en caso de no existir acuerdo sobre esta segunda cuestión, el planteamiento sería contencioso. En Derecho español quien interpone demanda de divorcio puede considerarse parte demandada únicamente en relación con la organización económica y familiar que ha de seguir a una disolución matrimonial. De modo que, cuando existe consenso en la elaboración del convenio o la otra parte acepta el propuesto, ambas cuestiones siguen los trámites previstos por el art. 777 LEC y, en caso contrario, el procedimiento será el recogido en el art. 770 LEC³³. El art.

³² “Sucede, empero, que existen otras legislaciones no se basan en un sistema de causales de divorcio, sino que, como ocurre en España, es posible declarar judicialmente el divorcio *“cualquiera sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro...”*. La norma transcrita, que corresponde al artículo 86 del Código Civil Español -modificado por la Ley 15 de 2005-, en armonía con el artículo 81 ibídem, precisa como único requisito para solicitar el divorcio que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio, a no ser que exista riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, casos en los cuales ni siquiera es preciso esperar ese lapso” (Considerando 3º). Y añade “Al comparar esa preceptiva con la regulación nacional, se concluye que en principio los dos regímenes sólo son compatibles cuando se trata de la solicitud de terminar el vínculo matrimonial por mutuo acuerdo de los cónyuges, porque las demás formas de pedir el divorcio en España, no acompañan con las causales del Código Civil Colombiano, en especial porque las foráneas no tienen el carácter tuitivo que inspira a las del derecho patrio. A diferencia de lo que aquí sucede, en España es posible que baste la manifestación unilateral de uno de los cónyuges para romper el vínculo matrimonial, sin que se analice la realización de hechos o actos culposos, la legitimidad para alegarlo o la pérdida del derecho a pedir el divorcio por el paso del tiempo. En esas condiciones y atendiendo el estado actual de las cosas, para que pueda homologarse la sentencia de divorcio proferida por las autoridades jurisdiccionales españolas, el demandante debe demostrar que el divorcio fue el resultado de la mutua petición de las partes, en tanto que, se repite, esa es la única causa que resulta compatible con la legislación nacional”. (Considerando 4º).

³³ En esta dirección véase la magnífica valoración que de esta distinción realiza el profesor J. M., ESPINAR VICENTE, cuando reconoce que: “...el derecho unilateral a suspender o finalizar los efectos de la relación matrimonial no es discutible. El cónyuge que no solicite el divorcio puede ser considerado “demandado” en relación con la organización económica y familiar que ha de seguir *a una disolución matrimonial a la que no puede oponerse*. Esto es lo que nos llevó a cuestionarnos sobre la auténtica naturaleza del procedimiento, ya que en él se advierten rasgos clarísimos de jurisdicción voluntaria, preñados, eso sí, de potenciales elementos típicamente contenciosos; pero tales elementos se identifican con las consecuencias de la ruptura y no con la ruptura en sí. Si quien ya no desea seguir vinculado a su cónyuge tiene derecho a desvincularse, no tiene que demandar a nadie,

770 LEC, ni siquiera admite reconvenir el divorcio. La reconvenición entre causas matrimoniales es admitida sólo si el demandante solicita la separación o la nulidad matrimonial, o si, instado el divorcio, se reconviene una nulidad matrimonial (art. 770.2 LEC). Pero, una demanda de divorcio jamás podrá reconvenirse con una de separación ni, por supuesto, con una demanda de divorcio, en la medida en que el modelo divorcista español responde a un ejercicio real del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, al que no podrá oponerse ningún motivo para alcanzar la disolución o relajación del vínculo matrimonial³⁴.

En el proceso seguido en España, la Corte tampoco valoró la postura adoptada por la ahora demandante, así como tampoco una posible adaptación del divorcio objetivo español al mutuo acuerdo colombiano, si la demandada, por ejemplo, la hubiera contestado allanándose. Todo lo contrario, la Sala realizó una valoración negativa de estas circunstancias para concluir que la postura de la parte demandada en el proceso desarrollado en España no tuvo ninguna repercusión en que el divorcio culminara por mutuo acuerdo de los cónyuges³⁵, y una vez más exigió que fuera acreditada la causa que motivó el divorcio³⁶. Una exigencia que el ordenamiento no contempla desde 2005 cuando el divorcio en España dejó de ser causal para convertirse en objetivo, posibilitando así que los cónyuges pudieran libremente emprender acciones de separación o de divorcio de forma unilateral, conjunta, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, sin necesidad de alegar causa alguna.

Para la CSJC resultó igualmente intrascendente que la entonces demandada fuera la parte demandante del *exequátur* que ante dicha Sala se gestaba, y acabó recurriendo una vez más

sino solicitar del Juez que le reconozca esta prerrogativa en una resolución que transforme su estado civil. Su solicitud no se dirige contra su consorte, sino directamente al Juez. Donde se puede plantear el contencioso es en la organización del futuro al que da lugar el ejercicio de ese derecho”. *Vid.* ESPINAR VICENTE, José María, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2007, pp. 336, 341 y 342, especialmente, cita 349.

³⁴ “Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud...” (véase, Exposición de motivos en *BOE* de 9 de julio de 2005).

³⁵ La Sala, en el Considerando 5º, señala: “Por lo demás la conducta de la demandada en el curso del proceso, esto es, el silencio, la aceptación de los hechos o el allanamiento frente a la pretensión de divorcio, no significa que la causa de terminación del matrimonio haya sido de mutuo acuerdo”.

³⁶ “Al analizar el referido fallo, se advierte que en él no se precisa cuál fue el motivo que originó el divorcio”.

al orden público para justificar el rechazo de una decisión española de divorcio que no comprometía en ninguna de sus partes derechos fundamentales del foro³⁷.

Por citar un ejemplo vinculado con el tratamiento de esta última cuestión y para una mejor comprensión de la apreciación de esta circunstancia, cabe traer a este análisis la problemática que en nuestro país plantea el reconocimiento de divorcios *inter privados* procedentes de Marruecos o de otros países islámicos. En España existe un alto riesgo de que este tipo de divorcios se vean rechazados con fundamento en el orden público por su carácter privado y revocable; pero, sobre todo, por constituir un privilegio del marido. No obstante, aunque se trata de una fórmula divorcista que puede comprometer el orden público español, la doctrina³⁸ y la jurisprudencia³⁹ española han venido sosteniendo que no sería justificado el recurso al orden público si es la esposa la que solicita el reconocimiento o si ha aceptado el divorcio contrayendo nuevo matrimonio⁴⁰.

Por lo demás, adviértase que nos encontramos ante un supuesto en el que ni siquiera en aplicación del régimen autónomo de reconocimiento el rechazo de la decisión española de divorcio estaría justificado, ya que se trataba de una decisión de divorcio de un matrimonio católico celebrado en España, supuesto para el que, ni el art. 163 ni el 164 C.c.c. han previsto el

³⁷ En el Considerando 2º, la Sala ratifica su radical postura respecto a la consideración del orden público, reclamando su intervención ante cualquier oposición a sus normas internas. Y en tal sentido declara: “La normatividad en ningún momento ha dejado al libre designio de alguno de los cónyuges la facultad de romper la unión así conformada, sino que, por el contrario, propendiendo aún por la protección familiar, estableció un sistema de causales que restringen la posibilidad de que el matrimonio se acabe por la decisión unilateral del marido o de la mujer, de modo que existen limitaciones de carácter legal -por supuesto, de orden público- que han de ser atendidas en esa materia”.

³⁸ Vid. QUIÑONES ESCAMES, Ana, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, BARCELONA, 2000, pp. 127-130; MARCHAL ESCALONA, Nuria, “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 5, 2002, pp. 367-376, especialmente, pp. 368-373; MORENO CORDERO, Gisela, “El fracaso del divorcio unilateral español en sede colombiana...”, *op. cit.*, p. 243.

³⁹ Sirva de ejemplo la postura seguida por la jurisprudencia española en el ATS de 21 de abril de 1998 por el que se reconoció el repudio notarial proveniente de Egipto, teniendo en cuenta que fue la esposa quien solicitó el *exequátur* de la decisión extranjera. Entonces el TS consideró que: “A la vista de tales circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público en sentido internacional [...]. Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualitario por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debería actuar en protección de mujer discriminada, al obligarla a acudir a un jurídico de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonio ya producida en el Estado de origen, cuando a través del *exequátur* se recibiría la sentencia con ese mismo contenido”.

⁴⁰ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 442.

discutible control, lo cual, por cierto, también ha provocado fuertes y merecidas críticas en la doctrina local⁴¹.

Parece claro que el infeliz argumento del procedimiento manipulado por la CSJC en la cuestionada Sentencia oculta un motivo más hondo: el reductible control de la identidad causal en cualquier caso.

3. Valoración crítica al control indirecto de la ley aplicada en sede colombiana

Algunas precisiones caben argumentar frente al comportamiento protagonizado por la jurisprudencia colombiana en los procesos de reconocimiento de decisiones españolas de divorcio ante la ausencia de identidad causal.

1. La prevalencia del CHC sobre el régimen autónomo en el ámbito hispano-colombiano impide la aplicación de normas interna que impongan condiciones de reconocimiento no admitidas por el CHC. De ahí que el rechazo de las decisiones españolas de divorcio fundadas en un control indirecto de la ley aplicada resulte injustificado si dicho control no encuentra base positiva en el instrumento internacional que resulte de aplicación⁴².

⁴¹ Baste referir aquí la crítica efectuada por J. L. MARÍN FUENTES, miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), reconociendo que: “De ser cierto lo anterior estaríamos frente a una situación en la cual la Corte estaría extralimitando sus funciones como tribunal local en tanto foro competente de acuerdo a la solicitud de *exequátur* planteada. Igualmente podría quedar la sensación de que con dicha decisión lo que se busca es propiciar una “aplicación extraterritorial” de la ley colombiana a las situaciones jurídicas nacidas en el extranjero en las cuales está implicado un nacional colombiano”. El citado autor señala asimismo que: “Al aplicar las normas de orden público colombianas, la Corte debería haber recurrido a concepto de orden público atenuado o bien a aquel del orden público de proximidad”. Ciertamente es que los argumentos vertidos por J. L. MARÍN FUENTES en relación con la SCSJC de 25 de junio de 2010 desvelan, en algunas de sus partes, ciertas carencias en la disciplina del DIPr., pero merece la valoración positiva de propugnar un cambio de postura en la jurisprudencia colombiana tachándola de altamente territorialista. *Vid.* MARÍN FUENTES, José Luis, “Comentarios sobre un posible error en la calificación de la categoría jurídica de divorcio de mutuo acuerdo”, *Revista de la ASADIP*, 2010, pp. 3 y 11.

⁴² La exigencia de conformidad con el Derecho designado por la norma de conflicto del foro anula la razón misma del DIPr. que parte del respecto por las divergencias normativas estatales y solo tendría cabida si el régimen de reconocimiento expresamente lo previera. En España el control indirecto de la ley aplicada se ha pretendido justificar para evitar el fraude de ley cuando, por ejemplo, las partes se trasladan a España a discernir la eventual crisis matrimonial sin existir vínculos razonables con nuestro país. Sin embargo, con este control nunca se llega a discernir si existe una intención fraudulenta de las partes o si éstas han actuado ejerciendo legítimamente sus libertades personales. A este resultado podría llegarse a través de otros mecanismos correctores como el control de la competencia judicial internacional del juez de origen. *Vid.* VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMATÍN ALFÉREZ, Francisco José, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edic., Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 639; ABARCA JUNCO, A. P., “Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)”, en A. P. ABARCA JUNCO (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 4ª edic., UNED, Madrid, 2003, pp. 176-180; VIRGÓS SORIANO, Miguel, “Reconocimiento de decisiones en materia de divorcio”, *REDI*, vol. XXXV,

Injustificado es también estas normas se extienda además a supuestos en los que su utilización no se encuentra justificada ni en aplicación del régimen autónomo colombiano (divorcio de matrimonio civil celebrado en el extranjero). Tal aceptación implica que el control indirecto de la ley aplicada derivado de los arts. 163 y 164 C.c.c., implica dotar a aquellas normas de un valor universal que no ostentan⁴³, así como la desactivación del mandato constitucional contenido en el art. 93 de la Constitución Política de Colombia⁴⁴ (en adelante, CPC), que da primacía jerárquica a los tratados internacionales frente al régimen interno⁴⁵.

2. La imposición por parte de las autoridades colombianas de un control no comprendido en el CHC supone admitir una condición de reconocimiento más gravosa que las previstas en el CHC⁴⁶, donde este control figura. Debe quedar claro que la aplicación del régimen interno de reconocimiento colombiano solo estaría justificada si este acogiera normas de reconocimiento más favorables que las establecidas en el CHC, pero en ningún caso normas más restrictivas (*favor recognitionis*).

En nuestra opinión el control de la identidad causal llevado a cabo por la jurisprudencia colombiana en el ámbito del CHC aparece traslucir una motivación normativa

núm. 2, 1983, pp. 504-511, pp.508-511; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Manuel, “Divorcio”, *REDI*, vol. XXXVI, núm. 2, 1984, pp. 654 y 655.

⁴³ *Vid.* REMIRO BROTONS, Antonio, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 241.

⁴⁴ *Gaceta Constitucional* núm. 116, de 20 de julio de 1991.

⁴⁵ *Vid.* COCK ARANGO Alfredo, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 4ª edic., Prensas de la Universidad Nacional, Bogotá, 1952, p. 193.

⁴⁶ Cosa que no sucedería en la situación inversa, ya que los jueces españoles, que aplican estrictamente el Convenio, se limitan a verificar las exigencias previstas en el mismo. El control estricto de las dos únicas condiciones previstas en el CHC ha sido la postura unánime seguida por nuestra jurisprudencia en el ámbito del CHC. Así, por ejemplo, en ATS de 10 de julio de 2003, por el que se reconoce la decisión de separación acordada por el Tribunal Superior de Medellín, de 12 de abril de 1985, la Sala reconoce que: “De conformidad con el Convenio ha de ser controlado la firmeza de la resolución (art. 1.1), y la conformidad con el orden público (art. 1.2), debiéndose oír al Fiscal; todos los requisitos establecidos por el Tratado bilateral aparecen debidamente cumplimentados” (en igual sentido *vid.* AATS de 7 de julio de 1998, 20 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 1999, 26 de noviembre de 1999, 25 de enero de 2000, 13 de mayo de 2000, 3 de mayo de 2000, 23 de mayo de 2000, 4 de julio de 2000, 14 de noviembre de 2002, 13 febrero de 2001, 13 marzo de 2001, 16 de mayo de 2001, 19 de junio de 2001, 25 de septiembre de 2001, 28 de diciembre de 2001, 9 de abril de 2002, 16 de abril de 2002, 31 de julio de 2002, 1 de noviembre de 2002, 5 de noviembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, 21 de enero de 2003, 6 de junio de 2003, 24 de junio de 2003, 30 de septiembre de 2003, 14 de octubre de 2003, 11 de noviembre de 2003, 18 de noviembre de 2003, 2 de diciembre de 2003, 23 de diciembre de 2003, 2 de marzo de 2004, 27 de abril de 2004, 18 de mayo de 2004, 15 de junio de 2004, 6 de junio de 27 de julio de 2004, de 23 de noviembre de 2004).

de mayor calado. Según confirma la doctrina local el art. 19 C.c.c.⁴⁷ afectará a los nacionales colombianos en todo lo concerniente a la familia, quedando sujeto siempre a la ley colombiana, y añade esa doctrina que, el desconocimiento de esta disposición será interpretado como un ataque a orden público interno colombiano⁴⁸. Esta norma, absolutamente territorialista, sigue doctrina tradicional cuya fundamento consiste en la aplicar incondicionalmente de ley nacional al estatuto personal⁴⁹. En el ámbito del divorcio ello se traduce en impedir que la aplicación de un Derecho extranjero rija el divorcio o la separación de nacionales colombianos.

En muchos ordenamientos incluido el español esta doctrina ha tenido una marcada repercusión muy nociva pra el tráfico externo por la acción del control indirecto de la ley aplicada, toda vez que ha provocado el rechazo de decisiones extranjeras de divorcio cuando no se hubiere aplicado el Derecho material previsto en el Estado requerido⁵⁰. Al parecer, el legislador colombiano, que pretendía proteger a sus nacionales de la aplicación de una ley divorcista extranjera distinta de la colombiana (postura claramente conservadora y profundamente territorialista), articuló a través un control indirecto de la ley aplicada en base a la identidad casual, pero solo lo hizo para aquellos supuestos en los que el divorcio decretado en exterior afectasen al matrimonio civil celebrado en Colombia. De esta forma su intención se vio claramente mermada, pues olvidó que el divorcio de matrimonio civil celebrado en Colombia no solo afecta a nacionales colombianos sino también a extranjeros, del mismo

⁴⁷ El art. 19 C.c.c. dispone: “1º) Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles; 2º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

⁴⁸ *Vid.* VALENCIA ZEA, Arturo. y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho civil. Derecho de Familia...*, *op. cit.*, p.196 y CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edic., Bogotá, Temis, 1960, p. 242. La defensa de la imperatividad de sus normas frente a situaciones que no comprometen principios y valores fundamentales protegidos constitucionalmente se ha visto también reflejado en el voto aclaratorio a la SCCC C-395, de 30 de mayo de 2002 del magistrado M. G. MONROY CABRA, al que acabaron adhiriéndose otros magistrados. *Vid.* MONROY CABRA, Marco Gerardo., *Tratado del Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 298.

⁴⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁰ No siendo el control indirecto de la ley aplicada una condición exigible en nuestro régimen común, durante años, las decisiones extranjeras de divorcio y de separación fueron sometidas a este control. Esta línea jurisprudencial fue progresivamente desapareciendo hasta su total erradicación (*vid.* AATS de 5 de mayo de 1989 y 8 de abril de 1998, en los que se concede el *exequátur* a sendas sentencias chilenas en las que la nulidad matrimonial se fundamentó en la incompetencia del funcionario autorizante, pese a que el art. 53 C.c.e. ya había eliminado dicha causa de nulidad en nuestro ordenamiento). *Vid.* ABARCA JUNCO, A. P., “Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española”, *ADC*, 1981, vol. XXXIV, pp. 733-745; ARENAS GARCÍA, Rafael, *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.*, p. 256; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 249 y 250.

modo que el divorcio de matrimonio civil celebrado en el exterior puede llegar afectar a súbditos colombianos. Posiblemente esta reducción del supuesto de hecho en las normas de derecho internacional privado colombianas haya llevado a la jurisprudencia local a recurrir al orden público para extender el control de la identidad casual en todos los casos, esto es, tanto si el matrimonio se ha celebrado en Colombia o en el extranjero, como si este intervienen súbditos colombianos o extranjeros⁵¹. Un comportamiento que en voz de REMIRO BROTONS representa una manifestación precaria vinculada a sistemas poco desarrollados como el colombiano⁵², y de la que tampoco escapan otros sistemas de derecho internacional privado en Latinoamérica⁵³.

IV. LA CONFORMIDAD CON EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO: DISTORSIÓN DEL ORDEN PÚBLICO MATRIMONIAL

En los anteriores epígrafes ha quedado sentado que el control indirecto de la ley aplicada no se encuentra justificado en el marco del CHC. Sin embargo, queda todavía por precisar si en aplicación de las condiciones de reconocimiento previstas por el dicho texto convencional sería posible argumentar el rechazo de decisiones españolas de divorcio en aquellos en los que la exigencia de identidad casual no se produzca. Y es que el art. 1.2 del CHC establece que serán reconocidas las decisiones extranjeras siempre que estas “(..) no se opongan a las leyes vigentes en el Estado requerido en que se solicite la ejecución”.

Como claramente se observa, la formulación de esta condición de reconocimiento esta puede dar lugar a cualquier clase de interpretación, ya que no queda claro a qué tipo de leyes o de normas alcanza (sustantivas, procesales, imperativas, de DIPr., o las de orden público/derechos fundamentales).

⁵¹ *Vid.* MORENO CORDERO, Gisela, “La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: incidencia del reglamento “Roma III”, REEI, núm. 15, diciembre-2015, pp. 1-40,” *op.cit.*, p. 14 y 15.

⁵² *Vid.* REMIRO BROTONS, Antonio, *Ejecución de sentencias...*, *op. cit.*, p. 241.

⁵³ Sobre un estudio completo de esta problemática en el ordenamiento chileno y peruano véase MORENO CORDERO, Gisela, “Las decisiones extranjeras de divorcio frente a la exigencia de conformidad con el derecho del foro: el ejemplo chileno y peruano”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, núm. 155, pp.1-54.

De la literalidad del precepto cabe concluir *a priori* que en base a este precepto el legislador convencional podría estar permitiendo que cualquier oposición a las normas internas del Estado requerido configure *per se* un motivo fundado de denegación del reconocimiento. Y en efecto, parece irrefutable que una interpretación en esta dirección confirmaría que cualquier diferencia normativa entre sistemas esencialmente diferentes -como es el caso de los sistemas divorcista acogidos por los ordenamientos jurídicos español y colombiano-, serviría para justificar el desconocimiento de las decisiones de divorcio adoptadas en el otro Estado parte. Semejante lectura, en cambio, solo confirmaría una interpretación formalista de esta norma si tenemos en cuenta que la misma ha sido diseñada en el marco de un Convenio con más de un siglo de vigencia. Pero esta no es la única razón que convierte en lo poco sustentable esta tesis. Téngase presente, además, que la ausencia de identidad causal ha sido interpretada por las autoridades colombianas como una ‘cuestión de orden público’, no así como una ‘mera oposición a sus normas’.

En relación con este punto es preciso puntualizar que en este sector del reconocimiento, las normas materiales de un determinado sistema no pueden identificarse como de orden público sustantivo pues lo que aquí se controla no es que las decisiones extranjeras de divorcio sean conformes con las concepciones jurídicas del foro. Lo importante aquí es saber si estas decisiones comprometen en alguna medida derechos fundamentales del foro, de forma tal que hagan peligrar el orden social, económico, cultural o político del foro, con exclusión de sus normas imperativas⁵⁴.

El orden público parte del respeto por la diversidad jurídica y cultural de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas nacionales⁵⁵, lo que hace de esta exigencia en un recurso excepcional que solo interviene si sus consecuencias son “manifiestamente incompatibles con los principios y valores fundamentales del foro”⁵⁶. El orden público matrimonial se resume a

⁵⁴ Vid. ESPINAR VICENTE, José María, *Tratado elemental de Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 340 y 341.

⁵⁵ Según el citado precepto, “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”.

⁵⁶ La evolución experimentada por esta excepción en las normas comunitarias se nutre de los modelos nacionales, perfilando gradualmente los principios y valores sobre los que el juez español ha de fundar este control, tanto en un sentido positivo como negativo. El orden público nacional y europeo evolucionan en “relación dialéctica”, nutriéndose mutuamente. “El orden público nacional es aplicado por el Juez nacional y controlado por el Juez de Derecho comunitario. (...) al final, por tanto, se mantiene el orden público nacional e, indirecta y eventualmente,

motivos evidentes de desigualdad entre los cónyuges (sexo, religión, raza) o a aquellos que impidan el libre desarrollo de la personalidad⁵⁷, permitiendo así la convivencia de sistemas divorcista distintos como es el caso que hoy ocupa nuestra atención. De ahí que las meras diferencias materiales entre España y Colombia en el ámbito del divorcio en ningún caso han de ser interpretadas como un obstáculo insalvable para reconocimiento recíproco de decisiones en esta materia⁵⁸.

Buena muestra de ello la encontramos en la forma en que la jurisprudencia española afronta en el ámbito del CHC las diferencias normativas presentes entre ambos sistemas divorcistas, no apreciando, en ningún caso, un motivo que encaje en el excepcional recurso al orden público, y ello con independencia de la fórmula abierta acogida por el art 1.2 CHC. Para nuestros jueces resulta indiferente que las decisiones colombianas deriven de un sistema causal y no objetivo, ni que estas propugnen la culpabilidad de uno de los cónyuges o limiten su ejercicio al cónyuge que ha motivado el divorcio⁵⁹. Y es que, la denegación del reconocimiento fundada en tales diferencias sólo estaría justificada en regímenes de reconocimiento en los que

una paralela construcción del orden público europeo”. El TJUE no ha dudado en poner freno a comportamientos estatales, a través mecanismos sancionadores con el propósito de corregir conductas extremadamente flexibles, al tiempo que se ha erigido en un importante pulso para la interpretación de este recurso, estableciendo límites a los Estados cuando desconocen decisiones extranjeras (art. 6 de la CEDH y art. 2 del TUE). *Vid.* POILLOT PERUZZETTO, Silvine, “La incidencia de las modalidades del reconocimiento y ejecución de decisiones en el espacio judicial europeo”, *AEDIPr.*, t. IX, pp. 179-199, en particular pp. 183 y 184.

⁵⁷ “Para nuestro legislador la libertad para desligarse de una relación conyugal insatisfactoria es inherente al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y al de la igualdad de los cónyuges dentro de la relación matrimonial. Sus causas quedan soterradas en los valores de intimidad y dignidad familiar y personal. No se puede obligar a nadie a compartir la vida con otra persona cuando no se desea hacerlo. El matrimonio trae causa en la confluencia de dos voluntades autónomas, de tal forma que cuando una de ellas cesa, la relación jurídica se desvanece”. *Vid.* ESPINAR VICENTE, José María, *Tratado elemental de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 339.

⁵⁸ El proceso de armonización del DIPr. en el ámbito familiar comunitario se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo, de ahí que sea incompatible que situaciones jurídicas válidamente constituidas en los distintos Estados miembros de la Unión europea no produzcan los mismos efectos en otro Estado miembro. *Vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio común”, *AEDIPr.*, t. IV, 2004, pp.117-168, especialmente, pp. 164 y 169; ORTEGA MARTÍN, Eduardo, “La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 19, 2006, pp. 315-325; PÉREZ VERA, Elisa, “El orden público en el Derecho internacional”, *AHLADIPr.*, vol. VII, 1984, pp. 273-287; DOMÍNGUEZ LOZANO, P., “Las concepciones publicista y privatista del Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1994, vol. XLVI núm. 1, p. 111.

⁵⁹ *Vid.* ESPINAR VICENTE, José María, *Tratado elemental de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pp. 339-341; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, 2001-1, pp. 205-223.

articule como condición de reconocimiento el control de la ley aplicada⁶⁰. Significa, pues, que el orden público colombiano puede aceptar el reconocimiento de un divorcio no causal español - al margen del lugar donde se haya celebrado el matrimonio, de la nacionalidad de los contrayentes y de que la decisión sea el resultado de la acción unilateral de cualquiera de los cónyuges y sin motivación alguna-, sin que tal aceptación comprometa en ningún caso las bases fundamentales de aquel ordenamiento⁶¹.

Ahora bien, la línea interpretativa seguida en torno a este punto no significa, clara está, que haya de perpetuarse en el CHC una fórmula que dé lugar a interpretaciones como las protagonizadas por la jurisprudencia colombiana. Las diferencias que el tratamiento del orden público describe en el ámbito del CHC, así como las consecuencias que ello provoca, ponen de relieve la necesidad de articular normas que no den margen a comportamientos de esta naturaleza. Más, ha de significarse que ello sólo refleja una arista del problema, la objetiva. La otra, la subjetiva, dependerá de la postura que adopte el intérprete local frente al fenómeno del reconocimiento.

V. REFLEXIONES FINALES

El estudio de los problemas que plantea el reconocimiento en Colombia de decisiones españolas de divorcio resultantes de acciones unilaterales, ha puesto de relieve inconvenientes de distinta naturaleza, unos vinculados al contenido mismo del CHC, y otros, derivados de su concreta aplicación e interpretación por parte de las autoridades de aquel país, problemas unos y otros a los que trataremos de ofrecer posibles soluciones. Varias serán, por tanto, las acciones que deberán acometerse para revertir las distintas cuestiones detectadas en ambos sentidos.

⁶⁰ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado...*, *op cit.*, p. 225.

⁶¹ En la SCSJC de 20 de agosto de 2009, la Sala reconoce que: "... el fallo que se pretende homologar no es contrario a las normas de orden público, dado que en Colombia es permitido el divorcio de matrimonio civil y además la causal invocada para el efecto, el "mutuo acuerdo", se encuentra previsto en el artículo 154 del Código Civil, modificado por el artículo 9º de la Ley 25 de 1992". Tal consideración es reproducida de forma automática en todas las sentencias de la CSJC en las que la identidad causal se configura (por citar solo algunos ejemplos, *vid.* SSCSJC de 19 de diciembre de 2012, 5 de julio de 2012, 16 de abril de 2012, 19 de diciembre de 2011, 29 de noviembre de 2011, 9 de noviembre de 2011, 24 de octubre de 2011, 14 de octubre de 2011, 8 de septiembre de 2011, 11 de febrero de 2011, 26 de enero de 2011, 7 de octubre 2010, 30 de septiembre de 2010, 29 de junio de 2010, 25 de junio de 2010, 17 de julio de 2009, 13 de mayo de 2009, 14 de noviembre de 2008, 15 de agosto de 2007, 19 de julio de 2005, 13 de agosto de 2002, 30 de noviembre de 2001).

En relación con el CHC, parece claro que un número importante de estos problemas podrían evitarse con una revisión de *lege ferenda*, revisión que, en el concreto punto abordado en este estudio -control de la ley aplicada y orden público-, implican dos importantes modificaciones. La primera, y, a nuestro juicio, la reforma de mayor calado, viene relacionada con la introducción en el CHC de una cláusula en la que quede expresamente excluido el control de la ley aplicada. Y puesto que el control de la ley aplicada sólo es posible a través de un control parcial del fondo de la decisión extranjera, la exclusión expresa que de aquél se lleve a cabo en el CHC, deberá venir acompañada de otra estipulación que impida la revisión del fondo de la decisión. La segunda, plantea la conveniencia de reemplazar la fórmula de la “no oposición a las leyes vigentes en el Estado en que se solicite su ejecución” utilizada por el art. 1.2 CHC, por la de la “manifiesta contrariedad con orden público del Estado requerido”.

Ahora bien, llegados a este punto creemos muy firmemente que de poco servirá un cambio normativo en el sentido propuesto si la jurisprudencia colombiana no abandona su anquilosada noción del orden público interno. Y es que, la fórmula de la “manifiesta contrariedad” se encuentra recogida en el sistema de fuentes vigente en Colombia, según se puede constatar en la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales, adoptada en Montevideo el 8 de mayo de 1979 [art. 2 *h*)], Convención que, por otro lado, tampoco se establece como condición de reconocimiento el control indirecto de la ley aplicada. Sin embargo, ni el recurso a la manifiesta contrariedad, ni la exclusión del control del Derecho aplicado por el juez extranjero, han impedido que en el ámbito de operatividad de Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de 1979 la jurisprudencia colombiana siga viendo en la ausencia de identidad causal un ataque a su orden público interno⁶². Se trata de un comportamiento que pone de relieve la necesidad de un cambio en el intérprete local a la hora de valorar la excepcionalidad del orden público, un cambio que se muestra necesario para no comprometer la eventual utilidad que puede proporcionar un cambio normativa en la normativa convencional que vincula a ambas soberanías.

De todas formas, tampoco cabe esperar una recta aplicación e interpretación de la compleja disciplina del DIPr. si tras el irregular tratamiento ofrecido a las decisiones de

⁶² *Vid.* SSCSJC de 31 de octubre de 2008 (respecto de sentencia procedente de Ecuador); de 13 de julio de 1995 (en relación con sentencia procedente de México) y de 8 de septiembre de 2011 (referida a una decisión procedente de Venezuela).

divorcio españolas por parte de las autoridades colombianas yace un enorme desconocimiento de esta disciplina, hecho que se hace patente en la mayoría de las fundamentaciones jurisprudenciales y en el desarrollo doctrinal contrastado. Esta circunstancia, impedirá, naturalmente, que los operadores jurídicos colombianos -los presentes y los futuros- cuenten con las herramientas necesarias para afrontar dignamente la creciente diversidad de situaciones privadas internacionales que pueden afectar a un número considerable de nacionales colombianos que en su día se afincaron entre nosotros, y que, por distintos motivos, se han visto en la necesidad de retornar a su país de origen.

Asimismo hemos detectado que junto al importante déficit formativo cohabitan unas normas desfasadas e imbuidas de un excesivo territorialismo, que no conectan en muchas de sus regulaciones con ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Por todas estas razones esperamos que esta contribución resulte de utilidad no sólo para rectificar las posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno al control de la ley aplicada al divorcio extranjero y a la incorrecta apreciación que de su orden público matrimonial efectúan las autoridades colombianas. Con ella pretendemos evitar, además, situaciones claudicantes innecesarias, así como que las partes se vean compelidas a acudir ante las autoridades locales para replantear un asunto ya resuelto en el extranjero, con los perjuicios que ello ocasiona, sobre todo, en relación con su estado civil (*ad ex.* divorciados en España y casados en Colombia).