



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

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, vol. LI, núm. 151, 2018, Enero-Abril, pp. 175-226

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2018.151.12293>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42772312006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

UNAM [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

LAS DECISIONES EXTRANJERAS DE DIVORCIO FRENTE A LA EXIGENCIA DE CONFORMIDAD CON EL DERECHO DEL FORO: EL EJEMPLO CHILENO Y PERUANO*

FOREIGN DECISIONS OF DIVORCE VERSUS THE DEMAND OF COMPLIANCE WITH THE LAW OF THE FORUM: THE CHILEAN AND PERUVIAN EXAMPLE

Gisela MORENO CORDERO*

RESUMEN: Las instituciones de familia se encuentran especialmente expuestas al impacto negativo del orden público en su vertiente sustantiva. En los procesos de reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio esta excepcional cláusula suele identificarse con situaciones en las que no se han visto afectados principios y valores esenciales del foro. Esto es precisamente lo que sucede en Chile y en Perú, sedes en las que el éxito de las decisiones extranjeras de divorcio se hace depender de una identificación entre la causal aplicada al divorcio decretado en el extranjero y las causales previstas en sus respectivos derechos internos. Para evitar las nocivas consecuencias que este comportamiento genera para el tráfico externo de estas decisiones y llegar a conclusiones certeras sobre su origen, el presente estudio será abordado a partir de la información que

ABSTRACT: *The institutions are particularly vulnerable to the negative impact of public order in its substantive aspect. In the process of recognition of foreign judgments of divorce, this exceptional clause is usually identified with situations that have not affected essential principles and values of the forum. This is precisely what happens in Chile and Peru, in which the success of the foreign judgments of divorce is dependent on an identification between the causal applied to the divorce decreed in a foreign country and the grounds provided for in their respective domestic laws. To avoid the damaging consequences that this behavior generates for the external traffic of these decisions and to reach accurate conclusions about its origin, the present study will be addressed on the basis of the information provided by the different sources that link to those States in this area, the treatment of the doctrine and its projection in the local jurisprudence.*

* Artículo recibido el 10 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 10 de octubre de 2017.

** Contratada posdoctoral (Universidad de Granada), en el Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía (P09-SEJ-4738): “Análisis transversal de la integración de mujeres y menores extranjeros nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar”.

aportan las distintas fuentes que vinculan a dichos Estados en este ámbito material, el tratamiento dado por la doctrina y su proyección en la jurisprudencia local.

Palabras clave: Reconocimiento, divorcio, orden público, control de la ley aplicada, norma de conflicto, normas imperativas, Chile y Perú.

Keywords: Recognition, divorce, public order, control of the law applied, rule of conflict, peremptory norms, Chile and Peru.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El orden público matrimonial como cláusula de excepción, la conformidad con las normas sustantivas del foro y el control de la ley aplicada al divorcio decretado en el extranjero. Presupuestos doctrinales de partida.* III. *Normas de DIPR. en el sistema de fuentes que vinculan a Chile y a Perú, y su incidencia en el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio.* IV. *El reconocimiento de las decisiones extranjeras de divorcio en la jurisprudencia chilena y peruana: ¿orden público o conformidad con el derecho sustantivo del foro?* V. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

Los crecientes movimientos migratorios de nacionales latinoamericanos han traído consigo la proliferación de situaciones privadas internacionales con una marcada presencia en el derecho de familia. Es un hecho cada vez más frecuente que los matrimonios con elemento extranjero culminen con decisiones adoptadas por autoridades del Estado de destino a las que se termine aplicando una ley distinta de la correspondiente a la nacionalidad de uno o de ambos cónyuges.¹ Frecuente es también que tales decisiones

¹ Sirvan de ejemplo las soluciones conflictuales acogidas por el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, del 20 de junio de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, en adelante Reglamento “Roma III” (DOCE núm. L 343, del 29 de diciembre de 2010). El Reglamento “Roma III” ha desplazado la normativa interna sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (artículo 1o.) en todos los Estados miembros participantes (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumania). El régimen de ley aplicable contenido en dicho texto internacional tiene carácter universal (artículo 4o.), por lo que la ley designada por sus normas de conflicto resultarán de aplicación aunque no sea la ley de un Estado miembro. Así, de conformidad con el artículo 5o. de este Reglamento, los cónyuges podrán

acaben siendo invocadas en el país de origen de dichos inmigrantes, bien porque éstos se hayan visto obligados a retornar a sus países de origen tras la crisis económica mundial, dada la imposibilidad encontrar en el país de destino los medios económicos necesarios para su sostenimiento y el de su familia, bien porque resulte impracticable mantener el estatus de inmigrante en situación regular exigido por las normas de extranjería del país de acogida, o simplemente por voluntad propia.

El posible reconocimiento de las decisiones de divorcio adoptadas por autoridades extranjeras en el Estado de origen de estos inmigrantes nos plantea la necesidad de destacar las dificultades a las que tales decisiones pueden enfrentarse. Y ello, teniendo en cuenta dos cuestiones de probada

elegir entre un grupo limitado de leyes, la ley rectora de su divorcio o separación judicial, entre ellas: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia al momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí al momento de la celebración del convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad ostenten cualquiera de los cónyuges al momento de la celebración del convenio, y d) la ley del foro. En defecto de elección de ley por parte de los cónyuges, se acudiría a las conexiones recogidas en el artículo 8o. del Reglamento, norma que, por ser imperativa, obligará al juez ante el que se presente la demanda de divorcio o de separación judicial a respetar los criterios de conexión sucesivos en ella establecidos. En consecuencia, se aplicará, en primer lugar, la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda [artículo 8 a)]. En defecto de esta conexión, será aplicable 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 la interposición de la demanda [artículo 8 b)]. En su defecto, habrá de aplicarse la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda [artículo 8 c)]. Y, por último, en defecto del criterio anterior, se aplicará la ley ante cuyos órganos jurisdiccionales se haya interpuesto la demanda, esto es, la ley del foro [artículo 8 d)]. Es fácilmente constatable que tanto el artículo 5o. como el artículo 8o. del Reglamento reflejan la preferencia del legislador comunitario por el punto de conexión “residencia habitual”, hecho que a su vez hará frecuente la aplicación de la normativa de divorcio correspondiente al lugar donde se ha presentado la demanda, en detrimento de la aplicación de la ley correspondiente a la nacionalidad de uno cónyuges [(artículo 5 c)] o de la nacionalidad común de ambos [(artículo 8 c)]. Sobre este alcance y sus consecuencias en sede de reconocimiento colombiana, véase Moreno Cordero, G., “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, pp. 27-36; *id.*: “El fracaso del divorcio unilateral español en sede colombiana: distorsión del orden público matrimonial”, en Marchal Escalona (dir.) y Muñoz González, S. (coord.), *El derecho comparado en la docencia y en la investigación*, Dikynson, 2017, pp. 1-20 (en prensa).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 175-226.

trascendencia en este sector de problemas. La primera viene referida a que, en determinados sistemas, el reconocimiento de este tipo de decisiones puede verse impedido por el hecho de haberse aplicado al divorcio decretado en el extranjero una ley distinta de la prevista en las normas internas del Estado requerido, hecho que ha sido confirmado en el estudio que de esta problemática hemos llevado a cabo en el ámbito hispano-colombiano, y que ha arrojado, entre otras cuestiones, que la jurisprudencia colombiana sujeta el reconocimiento de las decisiones extranjeras de divorcio a que exista una correspondencia absoluta entre el contenido material de la ley aplicada por la autoridad extranjera y el previsto en sus normas internas. Y cuando esta coincidencia no se produce, cosa que sucede cada vez que el divorcio decretado por autoridad extranjera tiene lugar por la acción unilateral de uno de los cónyuges o por una causal distinta de las previstas en el artículo 154 del Código civil colombiano, dichas autoridades, fundadas en el “flexible” orden público, proceden al rechazo de la decisión extranjera de divorcio, sin justificar qué principios y valores esenciales del ordenamiento colombiano se han visto afectados, y llegando a utilizar incluso sus normas materiales imperativas en supuestos en los que su utilización tampoco se encuentra justificada.² La segunda, es que nos encontramos frente a una exigencia que resulta muy perniciosa para la validez extraterritorial de las decisiones de divorcio, debido a las asimetrías que describe el tratamiento de esta figura en el derecho comparado, dividido en dos grandes sistemas divorcistas sustancialmente distintos: los causales³ y los no causales.⁴

² Moreno Cordero, G., “La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio...”, *cit.*, pp. 7-15; *id.*, “El fracaso del divorcio unilateral español en sede colombiana...”, *cit.*, pp. 7-14.

³ Con carácter general, los sistemas de corte causal acogen dos modalidades de divorcio: el divorcio-sanción y el divorcio-remedio. El divorcio-sanción se fundamenta en el comportamiento doloso o culposo imputable a uno o ambos cónyuges a causa de un incumplimiento grave de los deberes matrimoniales impuestos por ley, comportamiento que tendrá una repercusión muy negativa en los efectos colaterales derivados de la disolución del vínculo (los derechos hereditarios, los alimentos, la patria potestad...). A diferencia de esta modalidad, el divorcio-remedio no implica la búsqueda de un culpable, sino la constatación de un hecho objetivo, como puede ser, por ejemplo, el cese definitivo de la cohabitación o el mutuo acuerdo, y cuyo ejercicio suele sujetarse al cumplimiento por un término de tiempo, que puede variar en los distintos ordenamientos. Para accionar el divorcio causal —sanción o remedio— se precisa la demostración de alguna de las causales taxativamente recogidas en las normas sustantivas que resulten de aplicación,

El comportamiento de la jurisprudencia colombiana en este punto ha sido la principal motivación que nos ha llevado al estudio de esta problemática en otros dos ordenamientos de la región: el chileno⁵ y el

normas que habitualmente quedan sujetas a un término de caducidad, y cuyo ejercicio se hará depender de unas reglas de legitimación que impiden al cónyuge culpable (divorcio sanción) interponer este tipo de demandas.

⁴ El sistema divorcista de corte no causal acoge soluciones jurídicas fundadas en el derecho de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad. De esta forma, posibilita que el divorcio pueda alcanzarse mediante la acción unilateral de cualquiera de los cónyuges sin necesidad de demostrar causa alguna. Al tratarse de un sistema objetivo, la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges en la disolución del vínculo no tendrá repercusión alguna ni para alcanzar el divorcio ni en el régimen de los efectos.

⁵ Chile ha sido el último país latinoamericano en aprobar el divorcio como una forma más de terminación del matrimonio junto a la muerte natural y presunta, hecho que aconteció en 2004 con la entrada en vigor de la Ley 19.947, del 17 de mayo —también conocida como Ley del matrimonio civil— (DO del 17 de mayo de 2004, en adelante, LMC). Según se desprende de los artículos 54 y 55 de la LMC, el ordenamiento chileno acoge un sistema divorcista mixto, que autoriza el divorcio tanto si se ha fundado en causas subjetivas (divorcio sanción) como en causales objetivas (divorcio remedio). Las causales del divorcio subjetivas se encuentran recogidas en los ordinales 1o. al 6o. del artículo 54 LMC, que disponen lo siguiente: “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: 1o. Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos; 2o. Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio; 3o. Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal; 4o. Conducta homosexual; 5o. Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y 6o. Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos”. Entretanto, el artículo 55 de la LMC recoge una única causal objetiva, al disponer que “...habrá lugar al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”. Véase Ramos Pazos, R., *Derecho de familia*, 5a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 99 y ss.; Figueroa Yáñez, G., “Separación y divorcio: causales y efectos”, en AA.VV., *La nueva Ley del Matrimonio. Aspectos sustantivos y procesales. La mediación en Chile: perspectiva para un punto de encuentro*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 79-93.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 175-226.

peruano.⁶ Dos ordenamientos que, al igual que el colombiano, acogen un sistema de divorcio causal en sus dos tipologías: el divorcio-sanción y el divorcio-remedio.

⁶ En el derecho peruano el divorcio como causa de terminación del matrimonio fue admitido por vez primera en 1930, mediante los decretos leyes 6889 y 6890, del 4 y 8 de octubre, respectivamente, modificados posteriormente por el Código Civil de 1934 (aprobado mediante Ley 7894, del 22 de mayo de 1934, en adelante, C.c. de 1934). La principal novedad introducida por el C.c. de 1934 fue el divorcio-remedio, posibilitando que los cónyuges pudieran separarse de mutuo acuerdo, para más tarde convertir esta separación en divorcio vincular (artículo 247). Cuarenta años después, en 1984, el C.c. de 1934 quedó derogado por el Código Civil vigente en Perú (aprobado mediante Ley 23403, del 25 de julio de 1984 —*DO El Peruano*, 10 64 del 9 de julio de 1984—, en adelante, C.c.), si bien las modificaciones introducidas por este Código en materia de divorcio no fueron sustanciales, pues sólo introdujo ligeras variaciones en dos causales de divorcio ya previstas en el derogado C.c. de 1934. La primera de estas modificaciones afectaba a la causal del abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años (artículo 333. 5o. del C.c.), y permitió que el periodo de dos años exigidos para su configuración no tenía por qué ser consecutivo, si sumados los intervalos de abandono se superaba este término. La segunda modificación vino relacionada con la causal prevista en el ordinal 10o., donde, por un lado, se excluye la condena de pena privativa de la libertad por delito culposo como causa de divorcio, mientras, por otro lado, limita el ejercicio de esta causal si el delito era conocido por el otro cónyuge antes de la celebración del matrimonio. En la actualidad el ordenamiento peruano, al igual que el chileno, acoge un sistema divorcista mixto —divorcio-sanción y divorcio-remedio—, tal y como se colige de lo dispuesto en el artículo 333 del C.c. —al que remite el artículo 349 del propio cuerpo legal—. Las causales de divorcio podrán demandarse según lo previsto en el artículo 333 del C.c., esto es, según las causales de separación de cuerpos (modificado por el artículo 2o. de la Ley 27495, publicada el 7 de julio de 2001). Así, los ordinales 1o. al 11o. acogen las casuales relativas al divorcio-sanción, entre ellas: “1o. El adulterio; 2o. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias, 3o. El atentado contra la vida del cónyuge; 4o. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común; 5o. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo; 6o. La conducta deshonorosa que haga insoportable la vida en común; 7o. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347; 8o. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio; 9o. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio; 10o. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio; 11o. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial”. Por su parte, los ordinales 12o. y 13o. describen las causales del divorcio-remedio, que son: “...12o. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335”, y “13o. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”. Véase Peralta Andía, J., *Derecho de familia en el Código Civil*, 2a. ed., Lima, Idemsa, 1996, pp. 189-163; Plácido Vilcachagua, A., *Las causas*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 175-226.

Constatada esta realidad, y sabiendo que estas diferencias normativas han sido interpretadas por la doctrina y por la jurisprudencia colombianas como una cuestión de orden público, y que en la práctica ese comportamiento se traduce en el desconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio cada vez que el divorcio extranjero se funde en una causal de divorcio distinta de la prevista en su normativa interna, con la presente contribución pretendemos identificar cómo Chile y Perú afrontan el tratamiento de esta cuestión tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, y en qué medida las normas de DIPr. que vinculan a cada uno de estos Estados en este ámbito material pueden o no incidir en ello.

Para alcanzar este objetivo, partiremos de los presupuestos dogmáticos que fundamentan la utilización del orden público en su vertiente sustantiva y su distinción con otras condiciones de reconocimiento segregadas de esta excepción. Seguidamente verificaremos cómo han sido diseñados estos controles en las fuentes que vinculan a Chile y a Perú en este ámbito y su interpretación por parte de la doctrina local. Por último, será abordado el tratamiento de esta problemática en la jurisprudencia de ambos Estados y su valoración crítica. El presente estudio culminaría con algunas conclusiones y recomendaciones.

II. EL ORDEN PÚBLICO MATRIMONIAL COMO CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN, LA CONFORMIDAD CON LAS NORMAS SUSTANTIVAS DEL FORO Y EL CONTROL DE LA LEY APLICADA AL DIVORCIO DECRETADO EN EL EXTRANJERO. PRESUPUESTOS DOCTRINALES DE PARTIDA

El presente estudio debe partir del presupuesto dogmático, que confirma que las meras diferencias en el tratamiento sustantivo de la institución del

de divorcio y separación de cuerpos en el jurisprudencia civil, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, pp. 15 y 16; Quispe Salsavilca, D., *El nuevo régimen familiar peruano*, Lima, Editorial Cultural Cuzco, 2002, pp. 73 y 74; Plácido Vilcachagua, A. y Cabello Matamala, C. J., “Causales de separación (arts. 333-347)”, en AA.CC., *Comentarios al Código Civil comentado peruano. Derecho de familia*, t. II (primera parte), Lima, Gaceta Jurídica, pp. 552-443; Muro Rojo, M., y Rebaza Gonzáles, A., “Causales de divorcio (art. 348)”, en AA.CC., *Comentarios al Código Civil comentado peruano. Derecho de familia*, t. II (primera parte), Lima, Gaceta Jurídica, pp. 544-547; Echandía Ceballos, J., “Causales de divorcio (art. 349)”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil comentado peruano. Derecho de familia*, t. II (primera parte), Lima, Gaceta Jurídica, pp. 548 y 549.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 175-226.

divorcio en el derecho comparado carecen de valor para el tráfico externo de las decisiones de divorcio, ya que el DIPr. acepta la presencia de una pluralidad de ordenamientos y respeta la diversidad de sus formulaciones.⁷ Por ello, desde la perspectiva del juez requerido, el contenido material de la norma aplicada al divorcio es atractivo sólo a efectos de verificar si su reconocimiento puede interesar principios y valores esenciales del foro, principios y valores sobre los que se construye el concepto de orden público en una determinada soberanía.

Es preciso saber, sin embargo, que el orden público se caracteriza por su relativismo espacial y temporal. Quiere esto decir que lo que para una determinada soberanía es orden público, para la otra no lo es (relativismo espacial), y lo que en un momento determinado ha sido considerado como cuestión de orden público en una misma soberanía, con el tiempo, este criterio puede variar (relativismo temporal).⁸

Además de estos conocidos caracteres muy bien identificados por la doctrina iusprivatista, es importante conocer asimismo que el orden público no se desenvuelve con el mismo rigor en el sector de ley aplicable que en el sector del reconocimiento. Los problemas a los que se enfrenta el juez requerido son algo diferentes de aquellos a los que se enfrenta el juez que conoce del fondo del asunto. Esta particularidad implica distinguir cuál es la función de esta cláusula cuando es él quien resuelve el divorcio con elemento heterogéneo, y la que despliega cuando el divorcio que pretende surtir efectos en su territorio ha sido ya resuelto por un juez extranjero según sus propias normas.⁹

En sede de reconocimiento, el orden público, como recurso excepcional que es, debe intervenir de forma restrictiva; es decir, en aquellos casos en que se produzca una contrariedad manifiesta con los principios básicos que ordenan el sistema jurídico del Estado requerido, con exclusión de sus normas imperativas, normas, estas últimas, a las que la autoridad del foro

⁷ Virgós Soriano, M. y Garcimatín Alférez, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2a. ed., Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, p. 645.

⁸ Remiro Brotons, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 229 y 230.

⁹ “El orden público sustantivo, se dice, posee —debe poseer— en el trámite de *exequatur* menor intensidad. Su huella debe ser menos pesada y su pisada más suave”. Véase Remiro Brotons, A., *Ejecución de sentencias...*, *cit.*, pp. 226 y 227; Trinidad García, M. L., “Función del orden público en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, *RDP*, 1984, p. 906.

posiblemente tendrá que atender cuando el divorcio se plantee ante su jurisdicción, pero que no deberían impedir el éxito de una decisión adoptada por un juez extranjero si su reconocimiento no interesa de manera sustancial el orden público del Estado requerido. Es por esta razón que la apreciación de la cláusula general de orden público precise distinguir su contenido y alcance internacional de la perspectiva interna, cuya intervención se reduce a los supuestos meramente domésticos.¹⁰

De mismo modo, conviene señalar que aun cuando el reconocimiento de una decisión extranjera llegara a violentar principios y valores esenciales del foro, cabe todavía apreciar su atenuación en atención a las concretas circunstancias que rodean al caso y a su vinculación con el ordenamiento del foro.¹¹

¹⁰ Virgós Soriano, M. y Garcimaín Alférez, F. J., *Derecho procesal civil internacional...*, cit., pp. 640 y 641; Carrascosa González, J., “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, núm. 2065, 2008, pp. 2351-2378.

¹¹ Un ejemplo ilustrativo de ello lo encontramos en los divorcios *inter privatos* procedentes de Marruecos y de otros países de inspiración islámica. En España, por ejemplo, estos divorcios tienen una alta probabilidad de ser rechazados con fundamento en el orden público, no sólo por su carácter privado y revocable, sino también porque, al constituir un privilegio del marido, interesan de manera frontal el principio fundamental de igualdad de sexo. Ello, sin embargo, no ha impedido que tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas defiendan que en determinadas modalidades de repudio, como es el caso del repudio *Kohl*, no sería justificado acudir al orden público si es la esposa la que solicita su reconocimiento, si ésta ha aceptado el divorcio contrayendo nuevo matrimonio, o si ésta tiene la posibilidad de repudiar, así como admiten algunos sistemas. Véase Quiñones Escames, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000, pp. 127-130; Marchal Escalona, N., “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; Diago Diago, M. P., “La nueva Mudawana marroquí y el derecho internacional privado”, *REDI*, Madrid, 2004, vol. LVI, núm. 2, 2004, pp. 1078-1083, especialmente, pp. 1080 y 1081. Véase Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado derecho internacional privado*, 9a. ed., Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2016, pp. 464 y 465; Moreno Cordero, G., “El fracaso del divorcio unilateral español en sede colombiana: distorsión del orden público matrimonial”, cit., p. 14. En relación con la jurisprudencia, véase el ATS español del 21 de abril de 1998, por el que se reconoció el repudio notarial proveniente de Egipto, y para lo que resultó determinante el hecho de ser la esposa quien solicitara el reconocimiento de la decisión extranjera en España. El alto tribunal 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

Comprendido el alcance de este excepcional recurso, ha de tenerse presente, por otro lado, que, en determinados sistemas de reconocimiento, la cláusula de orden público puede venir acompañada de formulaciones en las que podría tener cabida el rechazo de la decisión extranjera si ésta se opone a las leyes vigentes del Estado requerido, o sencillamente porque en el régimen de reconocimiento aplicable se haya contemplado alguna condición especial que, segregada del orden público, condicione el reconocimiento de estas decisiones a que la causa que motivó el divorcio en el extranjero venga admitida por el derecho del Estado requerido.

Como inmediatamente se verá, este tipo de formulaciones están presentes en algunas de las fuentes que vinculan a Chile y a Perú en este sector de problemas. No obstante, debe quedar claro que este tipo de condicionamientos en ningún caso deben ser identificados como una conculcación del orden público matrimonial, pues en aquellos ordenamientos donde es posible la disolución del vínculo matrimonial, el orden público sustantivo se reduce a motivos de desigualdad por razón de sexo, raza o religión, o cuando de algún modo se vea comprometido el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Fuera de estos supuestos, es importante saber además que algunos sistemas de reconocimiento incluyen entre sus condiciones el control de la ley aplicada, control que suele ser frecuente en las materias de estado civil, capacidad, matrimonio y sucesiones.¹² Pero en relación con este control también han de tomarse en consideración algunas cautelas.

La primera de estas cautelas es conocer que en el ámbito material en el que nos movemos este control ha tenido tradicionalmente una clara finalidad y una conocida consecuencia. La finalidad, fiscalizar si la autoridad del Estado de origen ha fundado su decisión en un derecho nacional distinto del designado por las normas de conflicto del Estado receptor. La consecuencia, el rechazo de la decisión extranjera. Un rechazo que en su interpretación más recta se producirá cada vez que las normas de conflicto del Estado de origen de la decisión ofrezcan soluciones distintas de las que se producirían de haberse aplicado las normas de conflicto del Estado

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”.

¹² Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado...*, cit., pp. 265 y 266.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 175-226.

requerido, y, en su interpretación más flexible, implica que, al menos, se llegue a un resultado equivalente al que se llegaría de haberse aplicado la ley reclamada por la norma de conflicto del Estado requerido.¹³ Una vez comprobados estos extremos, nada le habilita al juez requerido a fiscalizar la aplicación concreta de esta norma por el juez extranjero.¹⁴

La segunda, que el control de la ley aplicada es una exigencia perfectamente diferenciada del control de orden público, y como tal sólo tendrá cabida en aquellos sistemas de reconocimiento en los que esta condición se haya previsto. La práctica de este tipo de control en regímenes en los que no viene admitido supone, aparte de la imposición de una exigencia más gravosa al reconocimiento de la decisión extranjera, un control injustificado del fondo de la decisión.¹⁵ Y la prohibición de la revisión del fondo de la decisión constituye un principio base de todo sistema de reconocimiento, que únicamente se justifica a efectos de cumplimentar las condiciones de reconocimiento previstas en el régimen concreto que resulte de aplicación, pero que resulta admisible si a su través se pretende discutir lo ya debatido y resuelto por el juez extranjero que conoció del divorcio.

Por lo demás, el control de la ley aplicada ha sido una exigencia muy criticada por la doctrina iusprivatista, que entiende que en un sector autónomo como es el reconocimiento de decisiones resulta irrazonable admitir la competencia del juez extranjero para inmediatamente cuestionar su competencia legislativa,¹⁶ competencia, esta última, que afecta única-

¹³ Aguilar Benítez de Lugo, M., "Divorcio", *REDI*, vol. XXXVI, núm. 2, 1984, pp. 654 y 655; Virgós Soriano, M., "Reconocimiento de decisiones en materia de divorcio", *REDI*, vol. XXXV, núm. 2, 1983, pp. 504-511; Arenas García, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 256 y 414; Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado...*, cit., pp. 264-267; Virgós Soriano, M. y Garcimatin Alférez, F. J., *Derecho procesal civil internacional...*, cit., pp. 636-639.

¹⁴ Remiro Brotons, A., *Ejecución de sentencias...*, cit., p. 245.

¹⁵ Una clara manifestación de la inadecuada aplicación de este control en la jurisprudencia colombiana se aprecia a través de la utilización de los artículos 163 y 164 del Código Civil colombiano. Véase Moreno Cordero, G., "La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio...", cit., pp. 8-16.

¹⁶ Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 265.

mente la determinación de la ley aplicable cuando un tribunal conoce del fondo del asunto.¹⁷

Con todo, si partimos de los presupuestos que ratifican que: *a*) no todas las desigualdades que pudieran derivar de la distinta regulación de la institución del divorcio en el derecho comparado lesionan principios y valores básicos del Estado requerido; *b*) que no todos los regímenes de reconocimiento articulan exigencias que impliquen la búsqueda de una conformidad con las normas sustantivas del foro, y *c*) que el control de la ley aplicada no es una exigencia presente en todos los regímenes de reconocimiento. En consecuencia, se impone como cuestión de primer orden precisar cómo se articulan estas tres cuestiones en las distintas fuentes que vinculan a Chile y a Perú en relación con las decisiones extranjeras de divorcio.

III. NORMAS DE DIPR. EN EL SISTEMA DE FUENTES QUE VINCULAN A CHILE Y A PERÚ, Y SU INCIDENCIA EN EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS DE DIVORCIO

1. *Planteamiento*

En el desarrollo de este punto estudiaremos cómo las distintas fuentes que vinculan a Chile y a Perú en el ámbito del divorcio abordan normativamente la excepción de orden público, así como de cualquier otro condicionamiento que autorice la búsqueda de una identificación entre el derecho aplicado al divorcio y las normas sustantivas del foro. Pero, antes de entrar a analizar las condiciones de reconocimiento previstas en cada una de las fuentes, haremos una referencia sucinta a las normas de competencia judicial internacional (CJI) y de ley aplicable en ellas recogidas, dada la repercusión que estas normas, sobre todo las de ley aplicable, van a tener en el tratamiento de estas decisiones en sede de reconocimiento chilena y

¹⁷ El control de la ley aplicada ha sido excluido de los sistemas de reconocimiento más modernos. En el ámbito de las crisis matrimoniales, un ejemplo de ello lo encontramos en el Reglamento (CE) núm. 2103, del Consejo, del 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) núm. 1347/2000, en adelante Reglamento “Bruselas II bis” (*DOCE*, núm. L 338, del 23 de diciembre).

peruana. Desde este conocimiento pretendemos fraguar de su proyección en la doctrina local y en la jurisprudencia de ambos países.

2. Chile

A. Régimen convencional

Chile se encuentra vinculado en la actualidad por dos instrumentos convencionales multilaterales, que son: a) el Código de Derecho Internacional Privado, del 20 de febrero de 1928¹⁸ (en adelante Código de Bustamante), aprobado mediante Decreto 374, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 10 de abril de 1934,¹⁹ y b) el Acuerdo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile²⁰ (en adelante Acuerdo del Mercosur), aprobado mediante Decreto 71, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 24 de abril de 2009.²¹

La primacía de sendos tratados internacionales respecto del régimen autónomo chileno deviene de un mandato previsto en el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil chileno²² (en adelante CPC), si bien, como inmediatamente advertiremos, en el caso del Código de Bustamante esta regla podría verse afectada por las reservas hechas por la delegación chilena en esta materia, en la que da prioridad al derecho chileno —actual o futuro— de suscitarse algún conflicto entre la legislación chilena y la extranjera.

¹⁸ El Código de Bustamante —nombre que debe a su artífice, el destacado jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante— fue aprobado en el marco de la Sexta Conferencia Panamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en La Habana en 1928. Este Código fue ratificado sin reservas por Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú, y con reservas por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, República Dominicana y Venezuela.

¹⁹ D.O., 25 de abril de 1934.

²⁰ Aprobado por el Consejo del Mercosur en Buenos Aires, el 5 de julio de 2002, y del que son Estados partes Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, Bolivia, Paraguay y Venezuela.

²¹ D.O., 7 de agosto de 2009.

²² Aprobado mediante Ley 1552, del 28 de agosto de 1902.

a. Código de Bustamante

En el ámbito material en el que nos movemos, el Código de Bustamante es un texto internacional que contiene normas que afectan a los tres sectores del DIPr.

En primer lugar, las reglas de CJI vienen establecidas en el libro IV, título II, capítulo I “De las reglas generales de competencia en lo civil y mercantil de este Código”. En el caso de las acciones personales, entre ellas las acciones de divorcio, el artículo 318 del Código de Bustamante reconoce que las partes podrán someterse expresa o tácitamente a los tribunales de cualquier Estado contratante²³ siempre que uno de los cónyuges ostente la nacionalidad de cualquiera de estos Estados o cuando tenga allí su domicilio, salvo derecho local contrario.²⁴ En defecto de sumisión expresa o tácita, será competente el tribunal del domicilio del demandado y, subsidiariamente, el de su residencia (artículo 323).

En segundo lugar, la norma de conflicto en materia de divorcio se encuentra prevista en el artículo 52 del libro I, título I, capítulo IV “Del matrimonio y el divorcio”, sección V, que dispone: “El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición del dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges”. Entretanto, y en consonancia con esta previsión, el artículo 54 establece que “Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges”.

Se constata, pues, que el elemento temporal relativo a la adquisición del domicilio en el Estado contratante en que se haya presentado la demanda de divorcio delimita qué ley regirá el divorcio. En consecuencia, resultará de aplicación la ley del Estado contratante en el que se haya interpuesto la demanda de divorcio, si es allí donde las partes han fijado

²³ La sumisión expresa o tácita queda excluida para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación.

²⁴ “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que de origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario”.

su domicilio conyugal y siempre que se tratara de causas posteriores a la fecha de adquisición del domicilio en dicho Estado. Pero si el divorcio se hubiera fundado en causales que han acontecido en un momento anterior al de la adquisición del domicilio conyugal en el Estado contratante donde se haya interpuesto la demanda de divorcio, en tal caso, la autoridad que conoce de esta demanda tendrá previamente que determinar si la ley personal —común o, en su defecto, la de cada uno de los cónyuges— admite el divorcio, y si lo admite, por qué causas, dado que el divorcio no podrá fundarse en causas que, admitidas por la ley del domicilio, no vengan contempladas en la ley personal de los cónyuges.

Por último, el libro IV, título X, capítulo I, de este Código, bajo la rúbrica “Ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”, incorpora *ex* artículo 423 las condiciones a las que queda sujeto el reconocimiento de las decisiones extranjeras provenientes de alguno de los Estados contratantes. Entre estas condiciones rezan las siguientes:

1. Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado; 2. Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio; 3. Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse; 4. Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte; 5. Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado; 6. Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia.

En el ámbito del Código de Bustamante, como se observa, el control de la ley aplicada no figura entre las condiciones de reconocimiento. Entre tanto, en relación con la exigencia de orden público, además de la previsión recogida en el artículo 423.3 y de la referencia genérica contenida en el artículo 8o.,²⁵ habrá que atender a la condición específica de reconocimiento añadida *ex* artículo 56, según la cual “La separación de cuerpos y el divorcio, obtenidos conforme a los artículos que preceden, surten efectos

²⁵ “Los derechos adquiridos al amparo de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de los efectos o consecuencias alguna regla de orden público internacional”.

civiles de acuerdo con la legislación del Tribunal que los otorga, en los demás Estados contratantes, salvo lo dispuesto en el artículo cincuenta y tres”. Y el artículo 53 a su vez dispone que “Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal”. Una norma en la que tiene perfectamente cabida un rechazo de la decisión extranjera de divorcio si éste se hubiera decretado por causas que no vengan admitidas por el derecho personal de los cónyuges.

b. Acuerdo del Mercosur

El Acuerdo del Mercosur, a diferencia del Código de Bustamante, es un instrumento internacional que afecta sólo al reconocimiento de decisiones entre los Estados contratantes. Entre las condiciones de reconocimiento establecidas en su artículo 20 se encuentran las siguientes:

- a. Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; b. Que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución; c. Que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional; d. Que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa; e. Que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada, y f. Que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución.

El Acuerdo del Mercosur, como se observa, no contempla el control de la ley aplicada como condición de reconocimiento ni el control de la identidad causal. Asimismo, en relación con la exigencia de orden público, este Acuerdo ampara una fórmula más evolucionada que la prevista en el Código de Bustamante, ya que mientras en el ámbito del Código de Bustamante la decisión extranjera proveniente de otro Estado contratante podría ser desconocida en el Estado parte requerido, en aquellos casos en los que la causa por la que se ha decretado el divorcio en el otro Estado no

es de las admitidas por ley personal de los cónyuges (artículo 56 en relación con el 53). Con base en el artículo 20. f) de este Acuerdo, en cambio, no sería posible justificar el desconocimiento de la decisión extranjera de divorcio por este motivo, a menos que la causal acogida por el divorcio extranjero comprometiera sustancialmente el orden público chileno, ya que esta disposición alude a una “manifiesta contrariedad” con los principios de orden público del Estado requerido.

Nos enfrentamos, por tanto, a una distinción de trato, que tendrá una señalada repercusión en el reconocimiento de las decisiones extranjeras de divorcio, sobre todo si tenemos en cuenta que el Acuerdo del Mercosur y el Código de Bustamante no sólo coinciden en su ámbito de aplicación material, sino también territorial, pues, al igual que Chile, Bolivia, Brasil y Venezuela, son Estados partes tanto del Código de Bustamante como del Acuerdo del Mercosur.

La convergencia material y territorial de ambos textos convencionales ha quedado, sin embargo, resuelta por la cláusula de compatibilidad recogida en el artículo 33 del Acuerdo del Mercosur, según la cual este Acuerdo “...no restringirá las disposiciones de las Convenciones suscriptas anteriormente entre los Estados Partes sobre las mismas materias siempre que sean más beneficiosas para la cooperación”. Y lo cierto es que el Acuerdo del Mercosur contiene un régimen visiblemente menos restrictivo y más concordante con las exigencias que inspiran los regímenes de reconocimiento más modernos que el previsto en el Código de Bustamante. Lo que, a priori, se traduce en que siempre que la decisión de divorcio provenga de Bolivia, Brasil, o Venezuela, el juez chileno requerido deberá aplicar el mencionado Acuerdo en lugar del Código de Bustamante.²⁶

Cuestión distinta sería que la decisión extranjera procediera de cualquier otro Estado parte del Código de Bustamante que no lo fuera del Acuerdo del Mercosur. Tal es el caso de Cuba, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y República Dominicana. En estos casos el problema que se puede plantear es otro, ya

²⁶ Cabe puntualizar, no obstante, que una correcta interpretación de esta cláusula impide la aplicación de ambos convenios en forma de mosaico; esto es, la elección en cada uno de ellos de aquellas normas que resulten más favorecedoras al reconocimiento. Lo que se trata de identificar en estos casos es cuál de los mencionados textos internacionales en su conjunto resulta más favorecedor al reconocimiento. Véase Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado...*, cit., pp. 39, 40, 206 y 207.

que, según vimos, Chile efectuó algunas reservas a este Tratado, a las que habrá que prestar especial atención antes de descartar su aplicación.

B. Régimen estatal

En el ordenamiento chileno, el tratamiento normativo de las decisiones extranjeras de divorcio debe ser observado antes y después de la promulgación de la LMC en 2004, por cuanto esta ley no sólo incorporó modificaciones de importante calado en esta materia, tras de ser aprobado el divorcio como causa de terminación del matrimonio, sino que introdujo un conjunto de normas de DIPr. que afectaron tanto al sector de ley aplicable como al reconocimiento de este tipo de decisiones.

Antes de la entrada en vigor de la LMC de 2004, en el reconocimiento de las decisiones extranjeras de divorcio tuvieron un papel decisivo los artículos 120 y 121 del C.c., y el todavía vigente artículo 15 del propio cuerpo legal. Según disponía el artículo 120 del C.c., “El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en Chile, mientras viviera el otro cónyuge”. Entretanto, el artículo 121, C.c., reconocía que “...el matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas”.²⁷

Los artículos 120 y 121 del C.c. fueron interpretados por la doctrina y por la jurisprudencia chilena en consonancia con lo dispuesto en el artículo 15 del C.c.,²⁸ de conformidad con el cual:

A las leyes patrias que regulan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero. 1o. En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para

²⁷ En relación con el derogado artículo 121 C.c. cierta doctrina sostuvo bajo su vigencia que esta norma alcanzaba tanto a los extranjeros como a los nacionales chilenos. Véase Ramírez Necochea, M., *Curso de derecho internacional privado...*, cit., p. 104, postura asimismo seguida por la jurisprudencia mayoritaria. Sobre esta y otras posturas en contra, véase Vial Undurraga, Ma. I., “Validez y alcance de las sentencias extranjeras de divorcio en Chile. Análisis legal y jurisprudencial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, núm. 4, 2001, pp. 716-726.

²⁸ Undurraga, Ma. I., “Validez y alcance de las sentencias de divorcio en Chile. Análisis legal y jurisprudencial”, *op. cit.*, p. 717.

ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile; y 2o. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

La exigencia impuesta a súbditos chilenos, *ex* artículo 15 del C.c., esto es, la aplicación de la ley chilena al estatuto personal de sus nacionales residentes en el extranjero, condujo a que el tratamiento de las decisiones extranjeras de divorcio variara en función de si éstas afectaban a extranjeros o a súbditos chilenos. Así, en el caso de decisiones extranjeras que disolvían el matrimonio celebrado entre cónyuges extranjeros, la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia chilena fue la de reconocer tales decisiones, aunque dicho reconocimiento se condicionaba al cumplimiento de lo dispuesto en el derogado artículo 120 C.c.; esto es, a que ninguno de los cónyuges pudiera contraer nuevo matrimonio en Chile mientras el otro cónyuge le sobreviviera.²⁹ En cambio, cuando lo que se pretendía reconocer en Chile era una decisión extranjera que disolvía el matrimonio celebrado entre nacionales chilenos o en el que al menos uno de los cónyuges lo fuera, la postura de la jurisprudencia se encontraba dividida entre los que aceptaban estas decisiones,³⁰ y los que la rechazaban,³¹ división observada asimismo en doctrina.³²

²⁹ A favor del reconocimiento de estas decisiones, véase Ramos Pazos, R., *Derecho de familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 63; Guzmán La Torre, D., *Tratado de derecho internacional*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 63). Contra esta postura, Ramírez Necochea, M., *Curso de derecho internacional privado chileno*, Editorial Cono Sur, 1990, p. 104; Gesche Mulle, B; Espinosa Iluffl, X. y Rittrhaussen Kläumig, K., *Jurisprudencia y tratados en derecho internacional privado chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 67.

³⁰ SSCSJ del 28 de enero de 1997; del 2 de diciembre de 1999; del 18 de marzo de 2000; del 28 de marzo de 2000 y del 22 de enero de 2001 (todas con votos particulares), en los que se invoca el artículo 15 del C.c. y los artículos 120 y 121 del C.c., así como los artículos 37 y 38 de la LMC de 1934 en la que el divorcio no era admitido.

³¹ SSCSJ chilena del 8 de abril de 1991; del 27 de abril de 1992; del 1o. de diciembre de 1999; del 2 de diciembre de 1999; del 5 de julio de 2000; del 22 de enero de 2001; del 20 marzo de 2001, y del 10 de abril de 2001 (con voto particular).

³² Acerca de las diferentes posturas doctrinales con relación a la interpretación del artículo 15 del C.c., Villarroel, C. y Villarroel, G., “Consideraciones sobre el estatuto personal en la legislación chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 15, núm. 2-3 (mayo-diciembre), 1988, pp. 358 y 362 3744; p. 358; Benzadilla, R., “Las personas”, en Hamilton, E. (dir.), *Solución de conflicto de leyes y jurisdicción en Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966, pp. 31 y 60; Alessandri, A., Somarriva, M. y Vadonovich, A., *Derecho civil*, t. 1, 5a. ed., Santiago de Chile, Ediar Conosur, 1988, pp. 270 y 271.

La aprobación del divorcio en Chile mediante la LMC de 2004 supuso un giro importante en relación con la postura anterior en dos direcciones concretas. Respecto de nacionales extranjeros, porque la derogación de los artículos 120 y 121 del C.c. implicó que una vez reconocida la decisión de divorcio en Chile los divorciados no tuvieran que esperar a que su excónyuge falleciera para contraer nuevo matrimonio. Respecto de nacionales chilenos, porque la admisión del divorcio como causa de terminación del matrimonio unificó en aquel ordenamiento el criterio dividido de la jurisprudencia chilena en este punto respecto a la posibilidad de reconocer decisiones extranjeras de divorcio cuando éstas afectaban a súbditos chilenos a causa de la limitación impuesta por el artículo 15 del C.c.

Por su parte, las normas del DIPr. introducidas por la nueva LMC quedaron plasmadas en el capítulo VIII “De la ley aplicable y del reconocimiento de las sentencias extranjeras”. Así, el párrafo primero del artículo 83 de la LMC establece que “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción”. Mientras el propio artículo 83 en su párrafo tercero hace una mención expresa a la contrariedad de las decisiones extranjeras de divorcio con el orden público chileno, previendo lo siguiente: “En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno”. Una disposición que, como seguidamente se verá, delimita la muy cuestionable exigencia contenida en el artículo 245, 1o. del CPC, que parece sujetar el reconocimiento de las decisiones extranjeras a que éstas no contengan nada contrario a las leyes chilenas.

Finalmente, el párrafo segundo del artículo 83 dispone que “las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil”, y estas condiciones se encuentran recogidas en el artículo 245 del CPC, y son las siguientes:

- 1a. Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; 2a. Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional; 3a. Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción.

Se constata, pues, que el régimen estatal chileno no contempla como condición de reconocimiento el control de la ley aplicada. Sin embargo, no debe perderse de vista que, si bien, por un lado, en aplicación del régimen estatal chileno no parece sustentable un eventual rechazo de la decisión extranjera de divorcio con base en la fórmula de la “oposición a las leyes del Estado requerido” acuñada por el artículo 245, 1a. del CPC, dado que en materia de divorcio el párrafo tercero del artículo 83 de la LMC rubrica claramente la fórmula de la “oposición al orden público chileno”. Por otro lado, es preciso tener en cuenta que el artículo 15 del C.c. mantiene plena vigencia, pues, según vimos hace un momento, esta norma impone la aplicación de la ley chilena al estatuto personal de sus nacionales. Quiere esto decir que es muy probable que el orden público chileno decline a favor de la imperatividad de esta exigencia si al divorcio decretado en el extranjero en el que al menos uno de los cónyuges sea nacional chileno le haya sido aplicada una causal de divorcio distinta de las previstas en los artículos 54 y 55 de la LMC chilena.

3. Perú

A. Régimen convencional

En el ámbito material en el que nos movemos, Perú se encuentra vinculado por varios textos internacionales; ellos son: a) el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, suscrito en Montevideo el 12 de febrero de 1889 (TDCI de Montevideo de 1889);³³ b) el Tratado de Derecho Procesal Internacional, suscrito en Montevideo el 11 de enero de 1889 (en adelante TDPI de Montevideo de 1889);³⁴ c) el Tratado sobre ejecución de actos

³³ Este Tratado fue suscrito por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

³⁴ Son Estados partes de este Tratado Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Chile y Brasil lo firmaron, pero no lo ratificaron. Véase Valladao, H., *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Río de Janeiro, Biblioteca Universitaria Freitas Bastos, 1970, p. 159, y Vieira M., “Nuevas tendencias codificadoras del derecho internacional privado”, ponencia presentada al segundo seminario sobre la Enseñanza del Derecho Internacional, Bogotá (II-SIDE/Doc.24/79), pp. 19 y ss., citados por Monroy Cabra, M. G., *Tratado de derecho internacional privado*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 2011, pp. 52-57, 298-300 y 397; Goldschmidt, W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2a. ed., t. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 16; Fernández Arroyo, D., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Editorial Eurolex, 1994, p. 93.

extranjeros, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911;³⁵ d) el Código de Derecho Internacional Privado, del 20 de febrero de 1928 (Código de Bustamante),³⁶ y e) la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979.³⁷

En el derecho peruano los tratados internacionales prevalecen siempre respecto del régimen estatal, lo que deviene de un mandato recogido en el artículo 2102 del C.c., al disponer que “Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos. Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos”.³⁸

a. TDCI de Montevideo de 1889; TDPI de Montevideo de 1889 y el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros de 1911

El TDCI de Montevideo de 1889 es un tratado que afecta dos sectores del DIPr.: la CJI y la LA.

De conformidad con este Tratado, la CJI en acciones de divorcio se encuentra recogida en el artículo 62 del título XIV, “De la jurisdicción”, y viene atribuida a los jueces del domicilio conyugal.

Por su parte, la norma de conflicto en materia de divorcio viene regulada en el artículo 13, inc. b), del título IV, “Del matrimonio”, según el

³⁵ Este Tratado fue ratificado además de por Perú, por Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

³⁶ Aprobado mediante orden gubernativa del 4 de noviembre de 1889.

³⁷ Adoptada en el marco de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II), en vigor desde el 10 de junio de 1981. Esta Convención fue aprobada además de por Perú (Decreto-Ley 22953, del 15 marzo de 1980), por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Véase Fernández Arroyo, D., *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 45-67; Boggiano, A., *Introducción al derecho internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires, La Ley, 1995, p. 57; Monroy Cabra, M. G., *Tratado de derecho internacional privado*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 2011, pp. 48, 49; 52-57, 298-300 y 397.

³⁸ Arriola Espino, M. T., “Comentarios a los arts. 2102 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil peruano*, t. X, 3a. ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 837.

cual “La ley del domicilio matrimonial rige: la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró”.

En el ámbito del TDCI de Montevideo de 1889, la exigencia de una convergencia entre la ley del domicilio conyugal y la ley del lugar de la celebración del matrimonio derivada del artículo 13, inc. b), tuvo por finalidad la preservación de la indisolubilidad del matrimonio en aquellos Estados partes en los que, habiéndose celebrado allí el matrimonio, el divorcio no era admitido.³⁹ Sin embargo, el término “causa” al que alude esta disposición —que parece referirse al divorcio como causa de terminación del matrimonio, no así a las causas por la que puede alcanzarse el divorcio—, ha sido interpretado por la doctrina como una exigencia que también alcanza los motivos o causales del divorcio.⁴⁰ Asimismo, la doctrina iusprivatista regional le ha atribuido al artículo 13, inc. b), del TDPI de Montevideo, una función añadida, que conduciría al rechazo de tales decisiones en el Estado de la celebración del matrimonio si el divorcio se hubiera decretado por causales que, previstas en la ley del domicilio conyugal, no vinieran admitidas por la *lex loci celebrationis*.⁴¹

Se trata, en nuestra opinión, de una interpretación equivocada del artículo 13, inc. b), no sólo porque esta disposición afecta a un sector distinto del reconocimiento, sino porque esta exigencia —como veremos a continuación— no encuentra respaldo positivo entre las condiciones de reconocimiento previstas en el TDPI de Montevideo de 1889 ni en ninguna otra disposición independiente,⁴² como sí sucede en el ámbito

³⁹ Debe tenerse en cuenta que al momento de la ratificación de los tratados de Montevideo de 1889 ninguno de los Estados contratantes admitían el divorcio vincular.

⁴⁰ Es, al menos, lo que parece advertirse de la interpretación dada por Goldschmidt, ratificada más tarde por Boggiano. Véase Goldschmidt, W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, 2a. ed., t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 464; Boggiano, A., *Curso de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, pp. 455 y 456.

⁴¹ “El fin de armonía internacional ha sido sacrificado al «fin sustancial» de favorecer territorialmente el divorcio en el país que lo decreta y en los países distintos de aquel en que se celebró el matrimonio. Sólo al país del lugar de celebración le confiere el Tratado la potestad de desconocer el divorcio decretado en otro país con jurisdicción internacional”. Boggiano, A., *Curso de derecho internacional privado*, cit., p. 456.

⁴² De hecho, el alcance de esta norma fue acotado más tarde en el Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo de 1940, tal y como se desprende del artículo 15, inc. b), cuando establece que “La ley del domicilio rige: b) La disolubilidad del matrimonio; pero

del Código de Bustamante.⁴³ Y es que el artículo 5o. del título III, “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”, del TDPI de Montevideo de 1889, sujeta el reconocimiento de las decisiones extranjeras y fallos arbitrales a las siguientes condiciones:

- a) Que la sentencia o fallo haya sido expedido por tribunal competente en la esfera internacional; b) Que tenga el carácter de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido; c) Que la parte contra quien se ha dictado, haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se ha seguido el juicio; y d) Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución.

su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal”. Nótese cómo esta disposición se refiere al divorcio como causa de disolución, no a las causas por la que puede alcanzarse el divorcio. Se advierte, por otro lado, que su reformulación introduce una condición de reconocimiento que no está presente en el artículo 13, inc. b) del TDCI de Montevideo de 1889, y cuya lectura implica que la decisión de divorcio proveniente de un Estado contratante debe ser reconocida en el Estado contratante del lugar de la celebración del matrimonio si este admite el divorcio. En consecuencia, no cabría sostener el rechazo de la decisión extranjera de divorcio en una falta de identidad entre las causales de divorcio previstas en la ley del domicilio y la ley del foro, incluso si el Estado requerido fuera el del lugar de la celebración del matrimonio. Tampoco cabría desconocer estas decisiones en aquellos Estados contratantes en los que no se hubiere producido allí la celebración del matrimonio, aunque en dicho Estado no fuera admitido el divorcio. Esta previsión, sin embargo, afectaría únicamente a Argentina, Paraguay y Uruguay, ya que Perú, que firmó este Tratado, no lo ratificó posteriormente. Al momento de la firma de este Tratado la delegación peruana realizó seis reservas en relación con este punto, ellas son: “1) Los artículos de este Tratado referentes a estado y capacidad de las personas físicas y jurídicas, se entenderán aprobados por el Perú sin perjuicio de lo dispuesto en su Ley Nacional respecto de los peruanos y personas jurídicas constituidas en el país; 2) Las reglas adoptadas en este convenio sobre competencia legislativa y judicial en todo lo referente a personas, derechos de familia, relaciones personales entre cónyuges y régimen de los bienes, no impedirán la aplicación de lo dispuesto por la ley peruana en favor de nacionales peruanos; 3) El artículo 11 de este Tratado debe entenderse aprobado sin perjuicio de lo prescripto en la última parte del artículo 22 del Código Civil del Perú. 4) El Perú no vota los artículos 15 y 22 de este Tratado por hallarse ligado a las normas que sobre ley aplicable en las materias matrimoniales y de filiación establece el Código Bustamante; 5) El artículo 3o., se entenderá aprobado sin perjuicio de la ley optativa que en cuando a la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos consagra el artículo XX del Título Preliminar del Código Civil del Perú; 6) El Perú se abstiene de votar los artículos 37 a 39 del este Tratado, por su implicancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil peruano”.

⁴³ Véanse pp. 189 y 190.

Condiciones éstas que fueron reproducidas literalmente por el artículo 5o. del Tratado sobre ejecución de actos extranjeros de 1911, Tratado que introdujo algunas modificaciones al TDPI de Montevideo de 1889.

Se observa, pues, que ninguna de las exigencias contenidas en el TDPI de Montevideo de 1889 y en el Tratado sobre ejecución de actos extranjeros de 1911, que lo modificó, imponen un control de la ley aplicada ni habilitan la búsqueda de una conformidad con las leyes del Estado requerido, así como tampoco el control de la identidad causal, como de forma segregada al orden público amparan los artículos 53 y 56 del Código de Bustamante.

b. Código de Bustamante

En relación con el contenido de este texto convencional, damos por reproducidas las consideraciones hechas *supra*,⁴⁴ excepto las relativas a la delimitación de regímenes, que, en este ámbito, como más adelante veremos, siguen otros derroteros.

c. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 es el último texto convencional multilateral suscrito por Perú en este ámbito material, y como su propia rúbrica indica afecta únicamente al sector del reconocimiento. Las condiciones de reconocimiento exigidas por el artículo 2o. de esta Convención son las siguientes:

- a) Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; b) Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto; c) Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto; d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competen-

⁴⁴ Véanse pp. 188-190.

cia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto; e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto; f) Que se haya asegurado la defensa de las partes; g) Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados; y h) Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

Esta Convención, según se advierte de esta norma, no contempla el control de la ley aplicada ni el control de la identidad causal. Aunque, en relación con la exigencia de orden público, se constata cómo la misma se decanta por la fórmula de la “contrariedad manifiesta”, lo que supone un paso de avance en relación con las normas de reconocimiento acogidas por el TDPI de Montevideo de 1889 —“Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución”—, y, sobre todo, con las previsiones del Código de Bustamante, pues este Código, si bien, por un lado, rubrica una cláusula de orden público que no plantea mayores dificultades a la hora de ser interpretada —“Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse”—, por otro lado, tal y como se ha visto ya al analizar el ordenamiento chileno, dicha excepción podría quedar mediatizada por la intervención de los artículos 53 y 56, cuando abre la posibilidad de denegación del reconocimiento de estas decisiones en el Estado parte requerido si el divorcio se ha decretado por causas que no vengan admitidas por la ley personal de los cónyuges.⁴⁵

Asimismo, conviene precisar que, del mismo modo que ocurre con Chile, Perú se encuentra vinculado por varios textos internacionales que afectan al reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, y al menos dos de ellos han sido ratificados por un mismo Estado. Así, mientras Argentina, Colombia, Paraguay y Uruguay son Estados partes del TDPI de Montevideo de 1889 y de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, Brasil, Ecuador y Venezuela son Estados partes del Código de Bustamante y de la Convención en cuestión. Bolivia, en cambio, al igual que

⁴⁵ Véase p. 190.

Perú, ha ratificado el TDPI de Montevideo de 1889, el Código de Bustamante y la Convención de 1979.⁴⁶

El problema que emana de esta convergencia es que los referidos instrumentos internacionales imponen exigencias de reconocimiento muy diversas⁴⁷ —diferencias que puestas en relación con la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, son claramente más acusadas en el Código de Bustamante que en el TDPI de Montevideo de 1889— y ninguno de ellos contiene cláusulas de compatibilidad, cosa que no sucede en Chile, donde esta problemática ha quedado satisfecha *ex* artículo 33 del Acuerdo del Mercosur.⁴⁸ Se trata, empero, de una dificultad que en plena concordancia con la naturaleza y función de las que vienen investidas las normas de reconocimiento podría quedar dogmáticamente zanjada aplicando el régimen de reconocimiento más favorable, lo que, como fácilmente se advierte, en la práctica comporta el mismo resultado que deriva de la aplicación del artículo 33 del Acuerdo del Mercosur.

En principio, el régimen más favorable al reconocimiento parece encontrarse en la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, ya que la misma acoge un sistema de reconocimiento más evolucionado, que conecta plenamente con las exigencias de reconocimiento contenidas en los regímenes más modernos.⁴⁹ Esto significa que, en el caso de decisiones provenientes de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela, se aplicaría la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranje-

⁴⁶ Así, Argentina, Colombia, Paraguay y Uruguay son Estados partes del TDPI de Montevideo de 1889, y de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979. Mientras Brasil, Ecuador y Venezuela son Estados partes del Código de Bustamante de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979. Y Bolivia, al igual que Perú ha ratificado los tres textos convencionales.

⁴⁷ Noodt Taquela, N. B., y Argerich, G., “Dimensiones institucional y convencional de los sistemas de reconocimiento de los Estados mercosureños”, en Fernández Arroyo, D. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 445.

⁴⁸ Véanse pp. 191 y 192.

⁴⁹ Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado...*, *cit.*, pp. 206 y 207.

ros de 1979 en lugar del TDPI de Montevideo de 1889, o del Código de Bustamante. Nótese que la aplicación de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 implica el desplazamiento de la exigencia de identidad causal contenida en los artículos 53 y 56 del Código de Bustamante, y por ende, el reconocimiento de aquellas decisiones extranjeras de divorcio decretadas por una causal distinta de las previstas en el artículo 333 del C.c. peruano.

Por lo demás, debemos señalar que en ningún caso se justifica la aplicación cumulativa de las condiciones de reconocimiento previstas en los distintos textos internacionales ni la búsqueda individualizada en cada uno de ellos de las condiciones más favorables, ni, por supuesto, añadir las exigencias previstas en el régimen estatal de reconocimiento, siendo de aplicación *mutatis mutandis* las mismas consideraciones que sobre este punto fueron advertidas ya en relación con Chile.⁵⁰

B. Régimen de estatal

Fuera del régimen convencional, antes de la entrada en vigor en 1984 del C.c., en Perú, no era posible el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio que afectaran a súbditos peruanos o a extranjeros domiciliados en dicho Estado. Esta limitación vino impuesta por el artículo 1158 del Código de Procedimientos Civiles⁵¹ (en adelante CPC), que disponía lo siguiente: “No tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú”.

La doctrina local de entonces sostuvo que de conformidad con esta norma los jueces peruanos disfrutaban de competencia exclusiva para conocer de acciones relativas al estado, a la capacidad y a las relaciones familiares en las que interviniera un nacional peruano, y la misma exclusividad fue reclamada en el caso de extranjeros cuando éstos estuvieran domiciliados en dicho país.⁵² Esta disposición fue rigurosamente respetada por la

⁵⁰ Véanse pp. 191 y 192.

⁵¹ Aprobado mediante Decreto Legislativo 768, del 28 de julio de 1993.

⁵² Cabello Matamala, C. J., “Comentarios a los arts. 2062 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil peruano*, t. X, 3a. ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 681.

jurisprudencia peruana,⁵³ salvo que se tratara de una decisión de divorcio proveniente de alguno de los Estados contratantes del TDPI de Montevideo de 1889 o del Código de Bustamante, los que, según vimos, contienen reglas CJI que atribuyen competencia a las autoridades de los Estados contratantes en materia de divorcio.

En plena concordancia con el artículo 1158 del CPC, el artículo V del título preliminar del C.c. de 1936 derogado, establecía que “El estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos. Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de éstos”.⁵⁴

Afortunadamente, la entrada en vigor del C.c. de 1984 introdujo modificaciones muy significativas en las normas de DIPr. y la unificación en un mismo cuerpo legal de diversas normas contenidas en distintas leyes (arts. 2046 al 2111).⁵⁵

La primera y una de las más importantes modificaciones introducidas por el C.c. peruano ha sido la derogación del artículo 1158 del CPC⁵⁶

⁵³ Todas las decisiones anteriores a 1984. Destacan por su indebido tratamiento las CSJ peruana del 4 de octubre de 1935, del 4 de octubre de 1935, 11 de marzo de 1981, 16 de noviembre de 1884 (cuando ya estaba en vigor en C.c. de 1984). Véase Mac Lean, R., *Las sentencias extranjeras en especial en el derecho peruano*, Lima, Fondo Editorial UNMSM, 1969, pp. 111-113, citado por Cabello Matamala, C. J., *Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en el Perú (1994-2014)*, tesis doctoral de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 64-68, disponible en: <https://www.google.es/search?q=tesis+doctoral+cabello+matamala&oeq=tesis+doctoral+cabello+ma&aqs=chrome.1.69i57j69i59.14947j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF8>; id. *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 461 y 462.

⁵⁴ García Calderón, M., *Derecho internacional privado*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1969, p. 547. (SCSJ peruana del 22 de julio de 1955; del 9 de septiembre de 1971; del 11 de marzo de 1981; 4 de enero de 1982; del 16 de noviembre de 1984, y del 23 de febrero de 1984, decisiones todas ellas cuyo reconocimiento fue rechazado en Perú por este motivo).

⁵⁵ Revoredo Marsano, D., “Derecho internacional privado”, en *Código Civil. Exposición de motivos y comentario*, t. IV, Lima, Okura Editores, 1985, p. 1024; García Calderón, M., “Art. 2104 del Código Civil”; en *Comentarios al Código Civil*, Gaceta Jurídica, 2007, p. 672; Cabello Matamala, C. J., *Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en el Perú (1994-2014)*, tesis doctoral de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 28.

⁵⁶ Aunque en algunas sentencias puntuales esta norma fue aplicada tras su derogación. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Superior de Justicia del 19 de agosto de 2014, fue denegado el reconocimiento de una decisión española de divorcio fundado en

y la consecuente atribución de CJI al juez del domicilio del demandado (artículo 2057 del C.c.).⁵⁷ La regla general del domicilio del demandado contenida en esta norma podrá excepcionarse cuando se trate de personas domiciliadas en el extranjero, en dos casos: a) si resultara de aplicación del derecho peruano, o b) en caso de sumisión expresa o tácita a los tribunales peruanos, si el supuesto presenta una vinculación efectiva con Perú (artículo 2062).

El cambio de orientación operado en las normas del CJI peruanas en materia de divorcio posibilitó, por otro lado, que el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio en Perú no quedara reducido al ámbito convencional, haciéndose extensivo a todas las decisiones extranjeras de divorcio, cualquiera que fuera el país en el que éstas se hubieran adoptado.

La segunda modificación incorporada por el C.c. peruano viene establecida en el artículo 2070 del C.c., según el cual “El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio”. Con esta regulación, el legislador peruano salva una injustificada distinción de trato entre nacionales y extranjeros, cuando a los mismos efectos el artículo V del C.c. de 1936 establecía para los extranjeros la aplicación la ley del domicilio, y para sus nacionales la aplicación de ley peruana.⁵⁸

una competencia exclusiva inexistente en esta materia desde 1984. Una decisión que fue revocada en apelación mediante sentencia de la CSJ del 23 de marzo de 2016, señalando que “nuestra legislación prevé supuestos en los cuales se establece una única y excluyente competencia de los jueces peruanos para conocer determinados asuntos, lo cual implica a su vez que existen otros asuntos en los que incluso siendo competente un juez peruano se permite que el asunto pueda ser asimismo ventilado por tribunales de otro Estado. Nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido una competencia «exclusiva» de los jueces peruanos para conocer de divorcios solicitados respecto de matrimonios celebrados en el Perú, y en tal sentido, es jurídicamente posible que un matrimonio realizado en nuestro país, pueda ser disuelto por un juez extranjero, por lo que, estando a que en el presente caso, la sentencia extranjera —emitida en España— cuyo reconocimiento se pide no ha resuelto sobre un asunto de competencia exclusiva peruana, se ha satisfecho la exigencia del inciso 1 del artículo 2104 del Código Civil, no pudiendo ampararse tal argumento invocado en la contradicción”. En la misma dirección véanse las sentencias de la CSJ peruana del 12 de junio y del 15 de octubre de 2012. Véase García Calderón, M., “Art. 2104 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Gaceta Jurídica, 2007, p. 672.

⁵⁷ “Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional”.

⁵⁸ Delgado Menéndez, Ma. A., “Art. 2070 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 710 y 711.

Trascendental ha sido, por otro lado, la incorporación por vez primera de una norma de conflicto en materia de divorcio y de separación de cuerpos en la que se ha visto asimismo reflejada la preferencia del legislador peruano por el punto de conexión “domicilio”. Según dispone el artículo 2081 del C.c., “El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal”,⁵⁹ ley a la que quedarán sometidas también las causas de divorcio y de separación (artículo 2082) y sus efectos, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que quedarán regidos por la ley del régimen patrimonial del matrimonio (artículo 2082, párrafo segundo).⁶⁰

Finalmente, en el libro X, título IV, bajo la rúbrica “Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y fallos arbitrales extranjeras”, del Código Civil, se establecen *ex*artículo 2104, las condiciones de reconocimiento exigidas en el régimen estatal peruano, y son las siguientes:

1. Que no resuelvan asuntos de competencia peruana exclusiva; 2. Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional; 3. Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse; 4. Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso; 5. Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia; 6. Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anterior-

⁵⁹ Según el artículo 36 del C.c., “El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron”. Véase García Calderón, M., “Art. 36 del Código Civil”; en *Comentarios al Código Civil*, Gaceta Jurídica, 2007, p. 669.

⁶⁰ Cabello Matamala, C. J., “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia familiar”, ponencia de la autora presentada en el Pleno Jurisdiccional de Familia 1999, realizado en Lima, los días 29, 30 y 31 de enero de 2000, p. 803, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6434/6490>; *id.*, “El reconocimiento de divorcios extranjeros: una visión comparativa entre el régimen latinoamericano y europeo: apuntes de la jurisprudencia peruana en el reconocimiento de divorcios no judiciales”, *Revista del Instituto de la Familia Facultad de Derecho (Persona y Familia)*, núm. 4 (1)-2015, pp. 27-45; *id.*, *Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en el Perú...*, *cit.*, p. 61.

mente; 7. Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres; y 8. Que se pruebe la reciprocidad.

Se advierte cómo en el régimen estatal peruano tampoco tiene cabida el control de la ley aplicada, aunque es cierto que el artículo 2104. 7 del C.c. acoge una formulación del orden público, que podría prestarse a cualquier clase de interpretación, dado que, al tiempo que exige que la decisión extranjera no se oponga al orden público, seguidamente añade que tampoco se oponga a las “buenas costumbres”.⁶¹

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES EXTRANJERAS DE DIVORCIO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA Y PERUANA: ¿ORDEN PÚBLICO O CONFORMIDAD CON EL DERECHO DEL FORO?

Definido el cuadro normativo que involucra a Chile y a Perú en el ámbito del divorcio, toca ahora analizar cómo la jurisprudencia local aborda en sede de reconocimiento las diferencias que pudieran derivar entre el derecho aplicado al divorcio decretado en el extranjero y las normas divorcistas internas.

En la jurisprudencia chilena y peruana hemos identificado los siguientes problemas:

Primero: inadecuada apreciación del relativismo temporal del orden público: utilización de la norma de conflicto.

Un ejemplo ilustrativo del tratamiento de esta problemática se aprecia en el voto particular del ministro Rodríguez Ariztía a la sentencia de la CSJ chilena del 24 de agosto de 2005, por la que se concedió el exequátur a una sentencia ecuatoriana (10 de marzo de 1987) que disolvía el matrimonio celebrado en dicho país entre un nacional ecuatoriano y una nacional chilena.⁶² El ministro disidente entiende que en la mencio-

⁶¹ Expresión que no ha pasado inadvertida para la doctrina peruana, que ha reclamado su modificación tanto en el sector de ley aplicable (artículo 2049 del C.c.) como en el sector del reconocimiento (artículo 2104. 7 del C.c.). Véase Delgado Barreto, C., “Art. 2048 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 630-633; García Calderón, G., “Art. 2104 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, Gaceta Jurídica, 2007, p. 852.

⁶² Error en el que más tarde incurrió la CSJ chilena en la sentencia del 22 de noviembre de 2006, cuando rechazó el reconocimiento de una decisión cubana de divorcio apoyada

nada sentencia, la Corte interpretó erróneamente el párrafo primero del artículo 83 de la LMC, norma que, como ya se vio, establece que “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción”.

En sus fundamentaciones, el ministro sostiene que:

La sentencia cuyo exequátur se solicita... data del 10 de marzo de 1987, esto es, estando vigente en Chile el artículo 15 del Código Civil y la mencionada Ley de Matrimonio Civil de 1884, aplicables a la relación matrimonial antedicha, en lo que toca a la cónyuge chilena; y en su vinculación con el artículo 15 Código Civil chileno donde se prescribe que los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, permanecerán sujetos a las leyes patrias que regulan las obligaciones y derechos civiles en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile.

Y la LMC de 1884 reitera: “...sólo permitía que el matrimonio se disolviera por la muerte natural de uno de los cónyuges y por la declaración de nulidad pronunciada en Chile por autoridad competente”, motivos estos por los que la sentencia ecuatoriana debió ser rechazada, en tanto

...contraviene las leyes de la República al disolver el matrimonio de una cónyuge chilena en una forma no permitida por nuestra legislación a la fecha en que se pronunció dicha resolución, legislación a la que dicha contrayente permanecía sujeta..., al no cumplirse en el caso de autos con lo que exige la circunstancia tercera del artículo 423 del Código de Derecho Internacional Privado...⁶³

Y en efecto, la sentencia de divorcio ecuatoriana fue dictada en un momento en el que la ley chilena no admitía el divorcio. Mas ello no resultaba impedimento alguno para desconocer la decisión de divorcio ecuatoriana, por varias razones.

Primeramente, es importante saber que para salvaguardar el orden público del foro en situaciones transitorias; esto es, cuando tiene lugar

do en el artículo 245. 1 del CPC, así como en los párrafos primero y segundo del artículo 83 de la LMC de 2004. En este caso el alto tribunal entendió que se había quebrantado en orden público chileno dado que al momento de dictarse la sentencia extranjera el divorcio no era admitido el ordenamiento chileno.

⁶³ Considerando sexto.

una modificación normativa entre el momento en que se dictó la sentencia y el momento en que tiene lugar su reconocimiento, el juez requerido se va a tener que enfrentar a la cuestión de saber a cuál de estas dos leyes tendrá que atender para determinar si su orden público se ha visto o no quebrantado.

Según tuvimos ocasión de adelantar al inicio de este trabajo, el orden público es un concepto que goza de relativismo temporal. Así, lo que en un determinado momento podría suponer una conculcación del orden público chileno, en otro momento no lo es. Ello explica por qué antes de la entrada en vigor en 2004 de la LMC las decisiones extranjeras de divorcio que afectaban a un nacional chileno fueron en su mayoría rechazadas en Chile,⁶⁴ ya que por aquel entonces la indisolubilidad del matrimonio civil constituía un principio básico del derecho matrimonial chileno. Superado este obstáculo normativo, lo que entonces fue una cuestión de orden público para el juez chileno dejó de serlo tras las modificaciones que tuvieron lugar en las normas divorcista chilenas en 2004. De ahí que en la sentencia del 24 de agosto de 2005 la Corte no viera motivo alguno para rechazar la decisión extranjera de divorcio, y en lugar de atender a lo dispuesto en la ley vigente al momento de adoptarse la decisión extranjera de divorcio, optara por la ley vigente al tiempo de la tramitación del *exequátur*,⁶⁵ ley que, como ya se viera, desterró definitivamente de aquella norma la indisolubilidad del matrimonio civil, aceptando el divorcio como una causa más de terminación del matrimonio.⁶⁶

Estas razones nos llevan a concluir que el ministro confunde la relatividad en el tiempo del orden público con un control inexistente de la ley aplicada, en tanto aprecia en el párrafo primero del artículo 83 de la LMC

⁶⁴ Recordemos que bajo la vigencia de la LMC 1884 parte de la jurisprudencia reconoció decisiones extranjeras de divorcio que afectaban a nacionales chilenos, y ello, pese a lo dispuesto en el artículo 15 C.c. y de no estar admitido el divorcio por entonces (véanse notas 29-31).

⁶⁵ En este sentido, afirma Remiro Brotons: “El orden público operativo es el del momento en el que el juez del *exequátur* debe resolver la solicitud de cumplimiento de la decisión extranjera y no, bajo ningún concepto, el orden público al dictarse ésta”. Remiro Brotons, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, cit., p. 238; Goldschmidt, W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*..., p. 210.

⁶⁶ “Art. 42. El matrimonio termina: 1o. Por la muerte de uno de los cónyuges; 2o. Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo siguiente; 3o. Por sentencia firme de nulidad, y 4o. Por sentencia firme de divorcio”.

(norma de conflicto en materia de divorcio) una norma que obliga al juez chileno requerido a efectuar una contrastación entre la ley vigente en Chile al momento de la interposición de la demanda de divorcio ante la autoridad extranjera y la vigente al momento de la tramitación del *exequatur*.⁶⁷ Un control que de haberse previsto en el ámbito del Código de Bustamante —exigencia que como sabemos no ha sido contemplada en dicho Código— tampoco cabía proyectarlo sobre el artículo 83 de la LMC, sino sobre el artículo 52 del referido Código, en tanto norma de conflicto en materia de divorcio acogida por dicho instrumento convencional.

Por todo ello, el único reproche que cabe realizar al alto tribunal en la sentencia del 24 de agosto de 2005 es el haber aplicado cumulativamente de las condiciones previstas en el Código de Bustamante, en el CPC y en la LMC, lo que demuestra que la aplicación jerárquica del Código de Bustamante respecto del régimen autónomo no ha sido bien entendida por la jurisprudencia chilena,⁶⁸ así como que se ha visto reflejado en múltiples decisiones de la Corte.⁶⁹

En sede chilena, en principio, la prevalencia del régimen convencional respecto del autónomo excluye la utilización de las normas de reconocimiento previstas en este último (artículo 242 del CPC).⁷⁰ Ahora bien, visto que Chile efectuó algunas reservas en este ámbito dando prioridad al derecho chileno de suscitarse algún conflicto entre la legislación chilena y la extranjera, lo correcto, en este caso, habría sido que la Corte, antes de recurrir a su normativa autónoma, previamente determinara si existía alguna contradicción entre la legislación chilena y la extranjera —reserva hecha por Chile al referido instrumento—, dado que era la única manera posible de saber si se aplicaban las exigencias del Código de Bustamante o las previstas en su normativa estatal; pero lo que no cabía en ningún caso

⁶⁷ Y ello, al margen de las carencias que esta norma refleja. Véase nota 79.

⁶⁸ Un práctica reiterada de la jurisprudencia chilena, según advierte el profesor Esplugues Mota. Véase Esplugues Mota, C., “Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. XLIII, 2o. semestre, 2014, pp. 302-304, 319 y 320.

⁶⁹ SSCSJ del 28 de junio y del 22 de noviembre de 2006; del 15 de julio y del 18 de agosto de 2008, y del 6 de mayo y del 29 de noviembre de 2010.

⁷⁰ Téngase en cuenta que a la fecha de la sentencia Chile no había suscrito aún el Acuerdo del Mercosur (2009), por lo que, en principio, resultaba de aplicación el Código de Bustamante.

era la aplicación cumulativa de las exigencias previstas en ambos regímenes de reconocimiento.⁷¹

Segundo: identificación del orden público con la exigencia de conformidad con las normas divorcistas internas: control de la ley aplicada y la aplicación de la ley nacional al estatuto personal.

La jurisprudencia chilena y la peruana entienden que la falta de correspondencia entre la causal aplicada al divorcio en el extranjero y las causales divorcistas internas violan su orden público, toda vez que las normas relativas al estado civil de las personas son normas de orden público.

En la jurisprudencia chilena esta exigencia está presente en todas las decisiones de CSJ, sean éstas positivas o negativas. Así, por ejemplo, en sentencias negativas este comportamiento se ha observado, entre otras, en las decisiones de la CSJ del 13 de febrero de 2012 y del 21 de octubre del 2013. En la primera de estas decisiones, “el fracaso irremediable de la relación” argüido en la decisión estadounidense resultó insuficiente para que la CSJ chilena accediera a su reconocimiento, al no encajar, según su parecer, con ninguna de las causales previstas en los artículos 54 y 55 de la LMC.⁷² Mientras, en la segunda decisión, proveniente en esta oportunidad de España, el rechazo vino originado por el hecho de no haberse acreditado en la sentencia ningún motivo por el que se alcanzó el divorcio en dicho país.⁷³

La necesidad de la búsqueda de una conformidad entre el derecho aplicado y las normas divorcista internas es un condicionamiento que

⁷¹ Véase p. 187.

⁷² “...en nuestra legislación no basta el mero consentimiento de los cónyuges para decretar el divorcio, sino que, además, es necesario, que se acredite una causal específica. Sin embargo, la sentencia materia de este exequátur no da cuenta de hechos ni circunstancias que fundamenten su decisión, y que permitan homologarlas a algunas de las causales de divorcio existentes en nuestra legislación”.

⁷³ Una exigencia que, por cierto, no es reclamada por el derecho español, que acoge un sistema divorcista objetivo. Las modificaciones introducidas al Código Civil español mediante la Ley 15/2005, del 1o. de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, del 9 de julio de 2005, en adelante, Ley 15/2005), supuso la acogida por el legislador español de un sistema de divorcista no causal, de conformidad con el cual los cónyuges podrán accionar la separación o el divorcio de forma unilateral, conjuntamente, o por uno de los ellos con el consentimiento del otro transcurridos los tres primeros meses desde la fecha de la celebración del matrimonio, y ello, cualquiera que fuera la forma de la celebración del matrimonio y sin necesidad de acreditar causa alguna (artículos 81 y 86 del Código Civil español).

tampoco ha sido bien comprendido por el ministro disidente que votó contra lo decidido por la CSJ chilena en una de las mencionadas sentencias (SCSJ del 21 de octubre de 2013). En sus fundamentaciones, pese a que se advierten leves tintes de flexibilización, al considerar que de esta convergencia no debe ser exigida respecto a los términos de caducidad, en ellos emerge más que una intención de excluir una inexistente violación del orden público chileno, el de encontrar en aquel ordenamiento una causal equiparable al motivo de divorcio que sirvió de fundamento a la decisión extranjera.⁷⁴

La misma idea es reproducida por la CSJ chilena en sentencias positivas. Así se advierte en la sentencia del 25 de enero de 2016, cuando la Corte reconoce la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, España, ya que la misma “...se fundamenta en la existencia de una causal que autoriza solicitar el divorcio... por mutuo consentimiento...”, razón por la que “...el fallo analizado no contraviene las leyes nacionales sustantivas...”, por cuanto “...las normas legales que regulan el estado civil de las personas son normas de orden público, de modo que si una sentencia de divorcio dictada en un país extranjero se fundamenta en circunstancias que la ley chilena no acepta como causas para decretarlo, resulta contraria a las leyes de la República”.⁷⁵

En ninguna de las sentencias analizadas los jueces chilenos entran a valorar si las decisiones extranjeras de divorcio contravienen principios

⁷⁴ En su voto particular, el ministro Ricardo Luis Hernán Blanco, si bien considera, por un lado, que la interrupción de la convivencia conyugal no contravenía las normas sustantivas chilenas desde que la legislación nacional contempla como causales de disolución del vínculo matrimonial el divorcio unilateral, de común acuerdo o culposo, por otro lado, incurre en similar error de apreciación que la Corte, en tanto busca en la causa que motivó el divorcio extranjero —la voluntad inequívoca de ambos cónyuges de interrumpir definitivamente su convivencia y el término transcurrido desde produjo el cese de la convivencia conyugal—, el cumplimiento de una de las causales previstas en el ordenamiento chileno, con exclusión, eso sí, de los términos de caducidad. Y concluye que “...la sentencia cuyo exequátur se pide, no contraviene las leyes de la República, ni tampoco se opone a la jurisdicción nacional, en la medida que significa la disolución del vínculo matrimonial por una causa prevista por la normativa vigente, por lo que el exequátur debió ser concedido en los términos reclamados”.

⁷⁵ Idea que es reproducida mecánicamente en todas las decisiones de la CSJ chilena al margen del sentido de la decisión. Véanse sentencias de la CSJ chilena del 7 de junio de 2006; del 28 de junio de 2006; del 30 de agosto de 2006; y del 28 de julio de 2008; del 3 de enero de 2011; del 3 de enero de 2011; del 5 de septiembre de 2011; del 18 y del 28 de noviembre de 2011; del 7 de mayo de 2012; del 11 de junio de 2012; del 8 de octubre de 2012; del 9 de septiembre de 2013, y 5 de noviembre de 2013.

y valores fundamentales del ordenamiento chileno. En sus motivaciones se detienen únicamente a controlar si existe alguna correspondencia entre la causal de divorcio aplicada a la decisión extranjera y alguna de las previstas en los artículos 54 y 55 de la LMC, exigencia que puede llegar a ser absoluta si, produciéndose esta correspondencia, no se cumpliera con el término de caducidad fijado en su regulación interna. Y cuando esta correspondencia no se produce, ello es interpretado como un ataque a su orden público interno.⁷⁶ Se trata de una conclusión a la que llegan unas veces imponiendo un control indirecto de la ley aplicada con base en la norma de conflicto del párrafo primero del artículo 83 de la LMC; otras veces apoyados en el artículo 15 del C.c. (aplicación de la ley chilena al estatuto personal de sus nacionales) y, en ocasiones, sin llegar siquiera a invocar alguna de estas disposiciones, sino simplemente aludiendo al apartado tercero del artículo 83, sin motivación alguna.

Nótese cómo la exigencia de conformidad con las normas divorcistas internas proyecta consecuencias más nocivas que las que derivan del alcance tradicionalmente atribuido al control de la ley aplicada. Un control que, según vimos, se configura si la norma de conflicto del Estado receptor acoge, por ejemplo, el “domicilio” como punto de conexión, siendo el “nacionalidad” el punto de conexión amparado por la norma de conflicto del Estado de origen de la decisión, o, en su caso, si se llegara a un resultado equivalente al que se habría llegado de haberse respetado esta exigencia.⁷⁷ Esto quiere decir que el control de la ley aplicada no se configura cuando al divorcio dictaminado en el extranjero no le sea aplicada la ley chilena, sino cuando la norma de conflicto del Estado de origen de la decisión en materia de divorcio contenga soluciones conflictuales distintas de las previstas en la norma de conflicto chilena.⁷⁸

⁷⁶ Véase nota 74.

⁷⁷ Véase pp. 184-186.

⁷⁸ De ahí que no entendamos muy bien la interpretación que de esta norma realiza el profesor Esplugues Mota, cuando cuestiona su inadecuada utilización por la jurisprudencia chilena, al sentenciar que “...el inciso primero del artículo 83 de la Ley 19.947 prescribe que el divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción, en este caso, a la jurisdicción de los tribunales de Brasil, lo que en la especie se cumple plenamente”. Y es que el inciso primero del artículo 83 de la LMC es la norma de conflicto chilena en materia de divorcio, tal y como demuestra su situación en el título en el capítulo VIII “De la ley aplicable y del reconocimiento de las sentencias extranjeras”. Al tratarse de una norma que afecta al sector de ley aplicable, en ningún caso

Comprendido el alcance de este control, una recta interpretación del mismo llevaría al juez chileno a verificar si el juez extranjero ha aplicado la ley del domicilio conyugal, que es la ley a la que parece remitir el párrafo primero del artículo 83 de la LMC.⁷⁹ Contrastado este extremo, se entiende cumplida su misión respecto a esta exigencia. Sucede, empero, que el juez chileno requerido se extralimita no sólo porque va más allá de un mero control de la ley aplicada, exigiendo la aplicación de una de las causales previstas en el ordenamiento chileno, en lugar de controlar la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto chilena (ley del domicilio conyugal), sino también porque está sujetando el reconocimiento de estas decisiones a una condición que no ha sido contemplada en su régimen estatal. De hecho, de haberse previsto el control de la ley aplicada en dicho régimen, en el caso de las decisiones mencionadas —del 13 de febrero de 2012 y del 21 de octubre del 2013—, la imposición de esta

debe ser utilizada ni para controlar la competencia legislativa de la autoridad extranjera, ya que se trata de un control excluido del régimen estatal chileno, y mucho menos para controlar la competencia judicial internacional del juez de origen de la decisión, que es a lo que parece referirse Esplugues Mota al referirse “a la jurisdicción de los tribunales de Brasil”. Una confusión que se ha visto reflejada en distintas sentencias de la CSJ chilena y que ha sido asimismo criticada por esta doctrina en su estudio. Véase Esplugues Mota, C., “Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras...”, *cit.*, pp. 338-345.

⁷⁹ Un análisis detenido del párrafo primero del artículo 83 de la LMC pone de relieve algunas carencias que dificultan su comprensión como norma de conflicto que es, ya que esta norma carece de punto de conexión. Las normas de conflicto, sabido es, no ofrecen una solución directa a las cuestiones litigiosas que puedan derivar de las distintas situaciones privadas internacionales, sino que el o los puntos de conexión por ellas acogidos son los encargados de identificar el ordenamiento aplicable al objeto del proceso, y será en este ordenamiento donde encontraremos las soluciones directas a las cuestiones litigiosas que allí se planteen (Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, *cit.*, pp. 138 y 139). Si no fuera por su ubicación —capítulo VIII, bajo la rúbrica “De la ley aplicable y del reconocimiento de las sentencias extranjeras”—, podría pensarse que nos encontramos ante una norma de derecho transitorio más que ante una norma de conflicto en materia de divorcio. Y es que el mencionado precepto únicamente contiene una referencia temporal: “El divorcio estará sujeto a ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción”. La ausencia de un punto de conexión (residencia, domicilio, nacionalidad, lugar de celebración del matrimonio...), parece traslucir que el legislador local presupone que el juez chileno competente para conocer de una demanda de divorcio —competencia que le viene atribuida por tener el cónyuge demandado su domicilio en Chile, tal y como dispone el artículo 87 de la LMC— aplicaría, en todo caso, su propia ley, en concreto, la vigente al momento de la interposición de la demanda.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 175-226.

exigencia posiblemente hubiera conducido a su reconocimiento, dado que en ambos casos el juez competente aplicó la ley correspondiente al domicilio conyugal.

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con exigencia de identidad causal, es preciso saber que una cosa es la aplicación de la ley chilena al estatuto personal de sus nacionales (artículo 15 del C.c.) y otra muy distinta es la utilización excepcional del recurso al orden público del foro en su vertiente sustantiva como condición para el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio en sede chilena. Una distinción que tampoco parece tener muy clara la jurisprudencia chilena, cuando, afincada en una postura excesivamente territorialista, rechaza las decisiones extranjeras de divorcio apoyado en el excepcional orden público, sin justificar alguna conculcación de principios y valores fundamentales del foro.

En relación con la utilización del artículo 15 del C.c., debe quedar claro como cuestión de primer orden que al rechazo de la decisión extranjera de divorcio por falta de convergencia material se llega no porque el derecho extranjero aplicado al divorcio conculque el orden público chileno, sino porque el ordenamiento chileno exige *ex* artículo 15 del C.c. la aplicación de la ley chilena al divorcio decretado en el extranjero si éste aflige a súbditos chilenos. Significa, pues, que en el ámbito material en el que nos movemos una lectura sistemática del artículo 15 C.c. no presupone su aplicación en todos los casos, en tanto esta norma tiene una limitada esfera subjetiva, que alcanza únicamente a aquellos supuestos en los que la decisión extranjera disuelve el matrimonio en el que al menos uno de los cónyuges ostente la nacionalidad chilena. De ahí que la decisión extranjera de divorcio fundada en causales distintas de las previstas en la norma chilena sólo tendría cabida cuando se trate de súbditos chilenos, no así cuando afecte a extranjeros.⁸⁰ Otro comportamiento supone una equiparación de las normas materiales imperativas con el orden público chileno, extendiéndolas a supuestos en los que su utilización no se encuentra justificada. Una conducta que supone preservar a toda costa la imperatividad de sus normas, otorgándoles un efecto universal del que carecen. Pero es que, tratándose incluso de nacionales chilenos, hay que tener presente que no todas las normas imperativas son de impe-

⁸⁰ Moreno Cordero, G., “La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio...”, *cit.*, pp. 18-23.

rativa aplicación al tráfico externo, ya que estas normas disfrutaban de una imperatividad excepcional, que se define en la noción del orden público internacional y frente al orden público interno.⁸¹ Actuar de otra manera implica desconocer la función que despliega el orden público cuando es el juez chileno quien conoce de un divorcio con elemento heterogéneo y la que cumple como juez requerido, en los casos en que un juez extranjero es quien conoce del fondo y resuelve aplicando el derecho al que conduce la norma de conflicto que le vincula en este ámbito material. Quiere esto decir que para la autoridad chilena requerida debería resultar indiferente que el divorcio dictaminado en el extranjero se haya alcanzado por una causal distinta de las previstas en los artículos 54 y 55 de la LMC, se trate a no de un nacional chileno, de una casual más o menos restrictiva que la chilena o sin alegar causa alguna,⁸² o incluso, si en la decisión extranjera el juez que conoció del fondo hubiera marginado cualquier valoración sobre la culpabilidad de uno de los cónyuges y su correlativa incidencia sobre ciertos efectos colaterales asociados a la disolución del vínculo matrimonial como consecuencia típica del divorcio-sanción.

Debe quedar claro que las meras diferencias normativas entre el derecho aplicado a la decisión extranjera de divorcio y las previsiones divorcistas domésticas no son capaces de movilizar por sí solas el excepcional recurso al orden público, a menos que se trate de causales divorcistas cimentadas en motivos evidentes de desigualdad entre los cónyuges⁸³ (sexo, religión, raza) o en aquellos otros que limiten el libre desarrollo de la personalidad. Una exigencia a la que claramente alude el párrafo tercero del artículo 83 de la LMC, cuando, en materia de divorcio, sujeta el reconocimiento de estas decisiones a que "...de otra manera se oponga al orden

⁸¹ Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado...*, cit., p. 114.

⁸² Así cómo es posible en algunos sistemas objetivos (*ad ex* artículo 83 del Código Civil español, artículos 51 y 52 del Código de Familia cubano, y más recientemente el Código Civil argentino (artículos 435-438). Con la entrada en vigor del nuevo Código civil argentino el 1o. de enero de 2016, ha quedado suprimida la figura de separación, y, por consiguiente, la exigencia de tres años de separación previa para instar el divorcio. El divorcio podrá accionarse de forma conjunta o unilateral, sin necesidad de acreditar causa. La acogida por el ordenamiento matrimonial argentino de un sistema divorcista no causal ha hecho desaparecer asimismo la incidencia negativa de la culpa sobre determinados efectos colaterales, así como las limitaciones derivadas de las normas de caducidad y de legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones.

⁸³ Así, por ejemplo, que la causal de adulterio pueda ser ejercitada por el hombre y no por la mujer.

público chileno”, frente a la fórmula de la mera contrariedad rubricada por el artículo 247, inciso 1o., CPC, y que asimismo asiente cierta doctrina local que clama por una interpretación restrictiva de esta norma, pero de la que hace caso omiso la jurisprudencia constante de la CSJ chilena.⁸⁴

La cooperación internacional se estructura desde el respeto por la diversidad de soluciones jurídicas. Ello explica por qué la barrera del orden público no se levante frente a cualquier resultado, sino que es necesario que ese resultado sea manifiestamente intolerable para el sistema básico de valores del Estado requerido.⁸⁵ El reconocimiento de las decisiones extranjeras no puede suponer un reexamen de lo ya decidido por un juez extranjero, ni un enjuiciamiento de las motivaciones que lo llevaron a adoptar una determinada decisión, porque al hacerlo se estaría articulando un control parcial del fondo de la decisión. Y la prohibición de la revisión del fondo de la decisión, según vimos, constituye un principio base de todo sistema de reconocimiento, al que, sorprendentemente, alude la jurisprudencia chilena en sus fundamentaciones para inmediatamente incumplirlo. El análisis de la decisión extranjera ha de efectuarse en abstracto; esto es, únicamente a efectos de verificar el cumplimiento de las condiciones de reconcomiendo exigidas en el concreto régimen de reconocimiento que nos vincule con el supuesto heterogéneo.

En la práctica, la postura irreductible de la CSJ chilena al exigir la conformidad del derecho aplicado con las regulaciones del foro, vengan del país que vengan y afecten o no a nacionales chilenos, provoca consecuencias muy negativas para el tráfico internacional de soluciones si tenemos en cuenta la diversidad de fórmulas divorcistas que el derecho comparado acoge.

Inexplicablemente, en este punto la jurisprudencia chilena adopta una postura más inflexible que la en su día consolidó al reconocer decisiones extranjeras que disolvían el matrimonio celebrado entre extranjeros, en un momento en el que en Chile el matrimonio era indisoluble, postura que en ocasiones llegó a alcanzar a sus nacionales, al margen de lo dis-

⁸⁴ Guzmán Latorre, D., *Tratado de derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 583 (cita 27), citado por Esplugues Mota, C., “Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras...”, *cit.*, p. 330.

⁸⁵ Virgós Soriano, M. y Garcimatin Alférez, F.J., *Derecho procesal civil internacional...*, *cit.*, 2007.

puesto en el artículo 15 del C.c. Tras la aceptación del divorcio en el derecho chileno no parece admisible ni el mantenimiento de una norma excesivamente territorialista como la del artículo 15 del C.c. ni, naturalmente, la muy criticable equiparación del excepcional recurso al orden público con situaciones que en ninguna de sus partes comprometen la estructura básica del Estado chileno.

A diferencia de lo que ocurre en Chile, en sede peruana la exigencia de conformidad con las normas sustantivas del foro sólo es exigida por una parte minoritaria de la jurisprudencia, jurisprudencia que también entiende que las normas relativas al matrimonio y a la familia son de orden público, y fundada en este motivo, proceden al rechazo de las decisiones de divorcio siempre que la causal por la que quedó disuelto el matrimonio en el extranjero no coincida con alguna de las causales previstas en el artículo 333 del C.c. peruano. Se trata de una conclusión a la que llegan imponiendo un control indirecto de la ley aplicada con base en las normas de conflictos recogidas en los artículos 13, inc. b), del TDCI de Montevideo de 1889, y 2081 del C.c. peruano.

Un claro reflejo de la búsqueda de la identidad causal en sede peruana lo encontramos en la sentencia de la CSJ del 16 de noviembre de 1984. En esta decisión, la Corte, para reconocer una decisión argentina de divorcio, tras controlar la CJI en cumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 50., a), del TDPI de Montevideo de 1889,⁸⁶ seguidamente acude a la norma de conflicto del artículo 13, inc. b), del TDCI de Montevideo de 1889, con la finalidad de justificar por qué la decisión en cuestión no violentaba el orden público peruano.⁸⁷

En esta decisión, la CSJ peruana yerra en dos cosas. La primera, porque obvia que la decisión procede de Argentina, procedencia que implicaba

⁸⁶ Al encontrarse el domicilio de los cónyuges en Argentina, tal y como exigen los artículos 56 y 62 del TDCI de Montevideo de 1889, del que son Estados partes tanto Argentina como Perú.

⁸⁷ “...si el art. 13 del mismo Tratado dispone que la ley del domicilio, o sea la argentina, rige la separación conyugal y la disolubilidad del matrimonio siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró, siendo así que el mutuo disenso está admitido tanto en la República Argentina, como en la República del Perú como causal y, por tanto como ambos cónyuges tienen la mutua condición de demandantes, por mutuo consentimiento tiene también la condición de demandados y como tales, han quedado sujetos a otro Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, también de 1889...”.

que entraran en juego dos textos convencionales: el TDPI de Montevideo de 1889 y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, vigente en Perú desde el 15 de marzo de 1980.⁸⁸ Por este motivo, el alto tribunal, antes de aplicar el TDPI de Montevideo de 1889, debió previamente determinar si el régimen contemplado en dicho Tratado era más favorable al reconocimiento de la decisión extranjera de divorcio que el previsto en la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.⁸⁹ La Corte, sin embargo, no hizo mención alguna a este extremo, y procedió, sin más, a aplicar el TDPI de Montevideo de 1889. La segunda, porque el alto tribunal —en el hipotético caso de que hubiera resultado de aplicación el TDPI de Montevideo de 1889—, tampoco tuvo en cuenta que en el ámbito de este Tratado no tiene cabida un control indirecto de la ley aplicada. La Sala entiende que se puede dar cumplimiento a la decisión argentina de divorcio en Perú porque la causa en la que ésta se fundó “el mutuo consentimiento” es una causal contemplada tanto en la ley argentina (ley del domicilio conyugal) como en la ley peruana (ley del lugar de la celebración del matrimonio). Así, pues, desconoce que los tratados de Montevideo de 1889 afectan sectores distintos del DIPr.: el TDCI de Montevideo 1889, los sectores de CJI y LA, mientras el TDPI de Montevideo 1889, el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Quiere esto decir que el artículo 13, inc. b), como norma de conflicto que es, en todo caso debió ser observada por la autoridad argentina que conoció del fondo del asunto, no así por la autoridad peruana. Y ello, puesto que ni el control de la ley aplicada se encuentra entre las exigencias previstas en el artículo 5o. del TDPI de Montevideo 1889 ni en dicho Tratado existe condición alguna de reconocimiento que faculte al juez peruano a desconocer las decisiones de divorcio con base en una falta de correspondencia entre la ley del domicilio conyugal y la ley del lugar de la celebración del matrimonio, así como es posible, por ejemplo, en el ámbito del Código de Bustamante. En todo caso, de resultar de aplicación este Tratado, el fundamento normativo que debió invocar la autoridad peruana requerida para concluir que su orden público matrimonial no había sido quebrantado era el artículo 5o., inc. d, del TDPI de Montevideo de

⁸⁸ Véase nota 37.

⁸⁹ Véanse pp. 200 y 202.

1889, en tanto norma que exige como condición de reconocimiento que la decisión extranjera “...no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución”. Pero en ningún caso la Corte debió apoyar la procedencia de la mentada decisión tomando por fundamento una norma que concierne a otro sector de problemas: el de ley aplicable.⁹⁰

Semejante comportamiento, también aquí, implica, por un lado, un control del fondo de la decisión y, por otro, la imposición de una condición de reconocimiento no permitida y más gravosa que las previstas en el artículo 5o. del TDPI de Montevideo de 1889. Téngase presente que de no haberse producido la correspondencia exigida por el artículo 13, inc. b, esto es, entre la ley del domicilio conyugal y la ley del lugar de la celebración del matrimonio, la imposición de este control posiblemente hubiera llevado a la autoridad peruana a desconocer la mentada decisión. Un comportamiento que, recordemos, coincide con la función que cierta doctrina atribuye al artículo 13, inc. b, el TDCI de Montevideo 1889 en sede de reconocimiento.⁹¹

El mismo comportamiento ha sido observado en la jurisprudencia peruana en aplicación del régimen estatal, y lo sorprendente es que ello se haya hecho patente en un momento posterior a la aprobación del Acuerdo núm. 1 del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 1999 —alcanzado por mayoría de simple de 30 votos contra 14—, en el que quedó claramente explicitado que esta falta de convergencia causal no ataca el orden público peruano.⁹²

Así, por ejemplo, en la sentencia del 21 de julio del 2006, la CSJ peruana entendió que una sentencia estadounidense (Nueva York) que disolvía un matrimonio celebrado en Perú entre nacionales peruanos “...no se ha sustentado en ninguna de las causales de divorcio que se encuentran

⁹⁰ Véase punto II.

⁹¹ Véanse pp. 197 y 198, especialmente nota 41.

⁹² El Acuerdo se sustenta en los siguientes presupuestos: “1. Que no es misión del exequátur analizar el fondo de la controversia resuelta sino únicamente la forma, es decir, verificar que la sentencia extranjera cuya homologación se solicita haya cumplido con los requisitos exigidos; 2. Que nuestra legislación permite el divorcio por la ley del domicilio; 3. Que con la homologación de una sentencia extranjera que declara el divorcio, se está resolviendo un problema socio-familiar, desde que las normas relativas al matrimonio y la familia, como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, son de orden público; y 4. Que el artículo 2049 del Código Civil, sólo excluye a la ley extranjera cuando su aplicación resulta incompatible con el orden público internacional”.

contenidas en nuestro ordenamiento jurídico nacional...”; en consecuencia, “...al inobservarse el artículo 2081 del Código Civil⁹³ también se ha contravenido lo dispuesto en el inciso 7o. del artículo 2104 del mismo Código”.⁹⁴ La CSJ entiende que el hecho que no haberse cumplimentado la exigencia del artículo 2081 del C.c. implica una violación de su orden público, por lo que, una vez más, levanta esta barrera para justificar una falta de correspondencia entre las causales de divorcio contempladas en la ley aplicada al divorcio y las previstas en su ordenamiento interno, sin que en ninguna de sus fundamentaciones exponga cuáles son esos principios y valores esenciales que podrían verse afectados de haberse reconocido en dicho país la decisión estadounidense. Como se observa, el control indirecto de la ley aplicada al que recurre la CSJ utilizando la norma de conflicto no sólo no tiene cabida en el régimen autónomo peruano, sino que le imprime un alcance más restrictivo que el que le ha sido dogmáticamente atribuido.⁹⁵ Se trata de un control que, para mayor desconcierto, tampoco hubiera conducido al desconocimiento de la decisión en cuestión, de haberse admitido como condición de reconocimiento en el régimen estatal peruano, ya que el juez norteamericano que conoció del divorcio aplicó la ley norteamericana, en tanto ley correspondiente al domicilio conyugal, punto de conexión éste que es precisamente el acogido por el artículo 2081 del C.c. peruano.⁹⁶

Los mismos argumentos son utilizados por la jurisprudencia peruana en sentencias positivas. Así, por ejemplo, en la sentencia del 7 de noviembre de 2005, la Corte consideró cumplida la exigencia de orden público “...toda vez que se ha aplicado la ley que corresponde de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 2081 del Código Civil”. Esto es, reconoce la decisión extranjera de divorcio porque se ha aplicado la ley designada por

⁹³ El mismo fundamento utilizado por la CSJ en las sentencias del 21 de diciembre de 1998; del 25 de octubre de 1996, y del 27 de abril de 2011, cuando en todas ellas denegó el reconocimiento entendiendo que no podía accederse al divorcio por causales distintas de las previstas en el ordenamiento peruano.

⁹⁴ Considerandos segundo y tercero.

⁹⁵ Véanse pp. 185-186.

⁹⁶ Recordemos que el artículo 2081 del C.c. peruano, a diferencia de la norma de conflicto prevista en el TDCI de Montevideo de 1889, no exige que la causa de divorcio contenida en la ley del domicilio se corresponda con algunas de las previstas en el ley del Estado de celebración [artículo 13 b)].

su norma de conflicto.⁹⁷ Una identificación en la que también incurre la doctrina que más profusamente ha abordado este tema en el ámbito peruano, en la crítica que hace a esta decisión.⁹⁸

Afortunadamente, frente a esta corriente se alza la jurisprudencia mayoritaria, cuyos defensores sostienen que no se entiende violentado el orden público peruano desde que la competencia exclusiva de los jueces peruanos en los procesos de divorcio quedó derogada de sus normas, y desde que al estado y a la capacidad de súbditos peruanos le es aplicada la ley del domicilio conyugal.⁹⁹ Sin embargo, en la actualidad, pese a que el comportamiento de la jurisprudencia peruana en relación con la

⁹⁷ En similar error incurre la CSJ en la sentencia del 14 de agosto de 2009. En este caso, la Corte declara fundada la decisión canadiense razonando que “el hecho que la sentencia cuya homologación se pretende no especifique la causal invocada por la impugnante, no implica que ésta vulnere el orden público”, lo que resulta correcto; pero, inmediatamente condiciona el orden público al hecho de haberse cumplido con lo dispuesto en el artículo 2081 del C.c.; esto es, porque al divorcio fue aplicada la ley correspondiente al domicilio conyugal. En el mismo sentido las sentencias de la CSJ del 18 y del 20 de diciembre de 1998.

⁹⁸ Al abordar un problema de reconocimiento, Cabello Matamala se apoya en una cita relativa a la exclusión del derecho aplicable en materia de divorcio, un error en el que más adelante parece reiterar cuando cuestiona la inadecuada utilización del artículo 2104 del C.c. con relación al control de la CJI, pero obvia en torno al control de la ley aplicada. Véase Cabello Matamala, C. J., *Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en el Perú...*, cit., pp. 162 y 344.

⁹⁹ Así, en la sentencia del 26 de abril de 2011 la CSJ peruana reconoce que el planteamiento de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, “...basado en que la sentencia de divorcio por la causal de “comportamiento irracional”, no se haya contemplado taxativamente en nuestra legislación nacional como causal de divorcio, no es el objetivo del exequátur”. Y reitera que el proceso de exequátur debe ceñirse a controlar los presupuestos procesales exigidos en el régimen de reconocimiento aplicable, “...”, pero de ningún modo, puede justificar el rechazo de la demanda en cuestiones de fondo...”. Así, “analizada la resolución recurrida fluye que la Sala ha declarado liminarmente improcedente la solicitud planteada, basado en que la sentencia de divorcio por la causal de «comportamiento irracional» cuya homologación se solicita, no se haya contemplada taxativamente en nuestra legislación nacional como causal de divorcio. ...sin embargo, no toma en cuenta que el numeral 2104 del Código Civil establece cuáles son los requisitos para que una sentencia extranjera sea reconocida en nuestro territorio nacional, entre ellos, —no ser contraria al orden público y las buenas costumbres—. ...”. En igual sentido véanse sentencias de la CSJ del 18 de diciembre de 1998; del 7 noviembre del 2005; del 21 de julio de 2006; del 12 de abril de 2011; del 28 de septiembre de 2015; del 1o. de abril de 2016; del 23 de marzo de 2016. Y las sentencias de la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima del 19 de agosto y del 23 de octubre de 2014.

exigencia de conformidad con las formulaciones de foro es cada vez más residual, es de lamentar que todavía hoy encontremos decisiones del alto tribunal en las que este error de apreciación permanece intacto. Así se constata en la última decisión de la Corte publicada hasta la fecha (22 de septiembre de 2016).¹⁰⁰ Decisión desconcertante no sólo porque aplica la norma de conflicto en materia de divorcio y de separación para controlar la ley aplicada al divorcio por el juez extranjero, sino también para controlar su CJI. Y el control de la CJI viene regulado de manera independiente en el régimen estatal peruano (artículo 2104. 1 C.c.), y que, para mayor agravio, no se estructura sobre el conocido método de bilateralización de los foros,¹⁰¹ sino que remite a los criterios de CJI¹⁰² que vinculan al juez extranjero en esta materia.¹⁰³

V. REFLEXIONES FINALES

El presente estudio ha puesto de relieve inconvenientes de distinta naturaleza en relación con la utilización de la cláusula de orden público como condición para el reconocimiento de decisiones de divorcio en sede chilena

¹⁰⁰ Considerando quinto.

¹⁰¹ “...nuestro Código adopta la teoría unilateral doble, esto es que el filtro jurisdiccional está dado por dos condiciones, que la sentencia extranjera no resuelva sobre un asunto de competencia peruana exclusiva... y que el tribunal extranjero tenga competencia en razón a sus normas de derecho internacional privado, esto es, del derecho del tribunal emisor del fallo, siempre que estas normas de competencia sean concordantes con los principios generales de competencia procesal internacional”. Véase Cabello Matamala, C. J., *Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en el Perú...*, cit., p. 132.

¹⁰² En la sentencia del 23 de marzo de 2016 la CSJ peruana abordó de forma muy satisfactoria la errónea interpretación que del artículo 2081 del C.c. ha venido haciendo la jurisprudencia peruana, al reconocer que “...debe tenerse en cuenta que el artículo 2081 del C.c. peruano, al disponer que el Derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rige por la ley del domicilio conyugal no está estableciendo reglas para definir cuál es el juez competente para conocer una demanda de divorcio, sino que está regulando un criterio para definir cuál es la norma aplicable —la ley peruana o la ley extranjera— para aquellos casos en los que un juez peruano deba resolver pretensiones referidas al divorcio y a la separación de cuerpos”. Y la misma postura la ratifica en la sentencia del 1o. de abril de 2016, no dando curso al motivo del recurso interpuesto por la actora, quien alegó, entre otras cuestiones, que en la decisión estadounidense objeto de reconocimiento no se acreditó el motivo del divorcio.

¹⁰³ “...según sus propias normas de Derecho internacional privado y los principios generales de competencia procesal internacional”.

y peruana, unos vinculados al contenido mismo de las normas, y otros, derivados de su concreta aplicación e interpretación por las autoridades de ambos países. Problemas unos y otros a los que puntualmente hemos intentado dar respuesta a lo largo de este trabajo.

El dato más relevante aportado por esta contribución es que la jurisprudencia chilena y parte de la jurisprudencia peruana utilizan el excepcional recurso al orden público frente a cualquier desigualdad, cosa que hacen sin razonar cuáles de los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos se han visto violentados. En la mayoría de las ocasiones las autoridades chilenas y peruanas llegan a tan cuestionable conclusión utilizando sus normas de conflicto en sistemas de reconocimiento, que no admiten un control de la ley aplicada, y otras veces aplicando la ley nacional al estatuto personal, como ocurre en el caso chileno. Y lo lamentable de este comportamiento no es sólo que no lo fundamenten, sino que en ninguna de las sentencias analizadas se haya observado que el derecho aplicado al divorcio dictaminado en el extranjero refleje el privilegio de alguno de los cónyuges por razón de sexo, raza o religión, o en los que se haga patente la quiebra del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En principio, la rigidez de la jurisprudencia chilena y peruana a la hora de valorar la excepción de orden público en este ámbito parece derivar de dos situaciones concretas. La primera, de la presencia tanto en el régimen estatal como en el convencional, de normas de DIPr. muy desfasadas y excesivamente territorialitas, que manifiestan una clara desconexión con los sistemas de DIPr. de nuestro entorno, y que están llamadas a ser adaptadas a la evolución experimentada en esta disciplina. En el caso chileno, un claro reflejo de esta circunstancia lo encontramos en el artículo 15 del C.c. cuando exige la aplicación extraterritorial de la ley chilena al estatuto personal de los chilenos, y en el artículo 245. 1a. del CPC, en tanto norma que condiciona el éxito de las decisiones extranjeras a que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Entretanto, en el caso peruano, el artículo 2104. 7o. del C.c. exige que las decisiones extranjeras no sólo sean contrarias al orden público, sino también a las buenas costumbres. En el régimen convencional, por su parte, la obsolescencia de las normas de reconocimiento en materia de divorcio se aprecia con nitidez en los artículos 53 y 56 del Código de Bustamante, cuando sujeta el pase de estas decisiones a que se haya fundado en una causal que venga admitida por ley personal de los cónyuges. Mientras, en el sector

de ley aplicable, se manifiesta tanto en el artículo 13, inc. b, del TDCI de Montevideo de 1889 como en el 52 del Código de Bustamante. Nos encontramos ante unas previsiones que en su día tuvieron la función de salvaguardar la indisolubilidad del matrimonio a través de la articulación de normas de conflicto que exigen una correspondencia entre la ley del domicilio conyugal y ley personal o a la ley del lugar de la celebración del matrimonio, pero que carecen de toda utilidad desde que en los ordenamientos de los Estados contratantes de ambos textos internacionales el divorcio es admitido como una causa más de terminación del matrimonio.

A los problemas que pudieran derivar del contenido de estas normas se suma una segunda circunstancia: su inadecuada interpretación y aplicación. En el comportamiento de esta jurisprudencia, y también de la doctrina, se aprecia un preocupante desconocimiento de la disciplina del DIPr. Esta circunstancia limita de manera sustancial la identificación de las claves más elementales para abordar adecuadamente la función que la excepción de orden público cumple en los distintos sectores del DIPr. y su distinción con situaciones vinculadas a otros tipos de controles. En la jurisprudencia consultada no se identifica una intensión de flexibilización de su particular visión del orden público, a través de la utilización de los recursos que ofrece el DIPr., tales como la adaptación, la equivalencia, o la apreciación atenuada de esta excepción. Tampoco esta jurisprudencia respeta la jerarquía del régimen convencional frente al régimen estatal, ni saben delimitar siquiera la prevalencia entre los distintos instrumentos convencionales que convergen material y territorialmente. Se trata, sobre todo en este último caso, de una cuestión que en modo alguno resulta insustancial, si tenemos en cuenta las enormes diferencias advertidas entre los regímenes de reconocimiento amparados en los textos convencionales más antiguos, como es el caso del TDPI de Montevideo de 1889, y del Código de Bustamante, frente a las previsiones acogidas en el Acuerdo del Mercosur (en el caso de Chile) y en la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 (en el caso de Perú). Y es que, en muchos de los casos analizados, una correcta identificación de la primacía de los regímenes acogidos en los instrumentos internacionales más modernos, posiblemente hubiera evitado el fracaso de la decisión extranjera de divorcio en estas sedes.

Ahora bien, esta problemática, vista en su justa dimensión, nos lleva a admitir que la denuncia de estos convenios o una eventual modifica-

ción de sus regulaciones o, en su caso, de las previstas en los regímenes internos de estos Estados, probablemente presente una utilidad muy limitada si el intérprete local sigue viendo en las formulaciones divorcistas extranjeras distintas a las acogidas por su sistema jurídico una conculcación del orden público del foro. De ahí que el impacto esperado con esta contribución sea, en lo fundamental, ofrecer las herramientas necesarias para corregir posturas jurisprudenciales y doctrinales vinculadas con el tratamiento de esta excepción en los ordenamientos elegidos. Y ello, con la finalidad última de evitar que situaciones jurídicas válidamente constituidas en el extranjero claudiquen innecesariamente, obligando a las partes a acudir ante las autoridades locales a replantear un asunto ya resuelto en el extranjero. En la práctica, ello genera duplicidad de procedimientos y de soluciones; pero, sobre todo, una situación transitoria de inseguridad jurídica respecto al estado civil de las personas (divorciado en el extranjero y casado en su país de origen).

Por último, y al margen de las propuestas que puedan afectar situaciones vinculadas al DIPr., sean éstas normativas o interpretativas, el presente estudio permitirá, desde la siempre edificante perspectiva comparada, un acercamiento a soluciones materiales divorcistas más liberales. En el derecho comparado se aprecia una tendencia cada vez más creciente a optar por la fórmula de divorcio no causal, toda vez que representa ese grado más en la eliminación de cualquier barrera para alcanzar el divorcio. Una fórmula que en el ámbito latinoamericano fue acogida hace más de tres décadas por el ordenamiento cubano y, en fecha muy reciente, por el derecho argentino.

El acogimiento de sistemas divorcistas no casuales es, en nuestra opinión, la única fórmula capaz de asegurar el goce efectivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad como núcleo que irradia el derecho a la intimidad y a la dignidad familiar y personal. En el ordenamiento chileno y peruano, así como en muchos otros ordenamientos latinoamericanos que amparan sistemas divorcistas causales, el ejercicio real de estos derechos se ve continuamente frenado por la necesidad de acreditar una causa para alcanzar el divorcio, por las limitaciones que imponen las reglas de legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones al cónyuge culpable, así como por los inconvenientes derivados del efecto negativo de la culpabilidad de uno de los cónyuges en la determinación de efectos conexos al divorcio. No alcanzar el divorcio por el solo hecho de no poder acreditar

una causa o por no estar legitimado para ello es un signo que debilita más que cuestiona el ejercicio pleno del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad consagrado en las Constituciones políticas de estos Estados.

El matrimonio nace de la mutua voluntad de los cónyuges, cuando esta voluntad quiebra, aunque sólo sea la uno de ellos; esto significa que cualquiera que sea el motivo que la haya originado, el matrimonio ha perdido ya todo su sentido para los cónyuges, para los hijos y para la sociedad. Es ésta la razón principal por la que deberán ser los propios cónyuges quienes en el ejercicio pleno de esa autonomía puedan disponer de la misma oportunidad para decidir de conjunto o separadamente la resolución posterior de ese vínculo, sin más condicionamientos que el de su propio y libre deseo de hacerlo. Mas debe quedar muy claro que para reconocer los divorcios dictaminados al abrigo de sistemas divorcistas no causales no es preciso que opere esta transformación. Lo que resulta valioso comprender es que las diferencias propias que aporta el derecho comparado al tratamiento de los distintos institutos del derecho privado, entre ellos el divorcio, es una circunstancia trivial desde la perspectiva del juez requerido y presupuesto del que parte el DIPr. en un ejercicio de tolerancia y respeto por los valores sociales, culturales y religiosos contenidos en las normas internas de cada soberanía.