

La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado Español

Colaboración realizada en el marco del Proyecto de investigación P 265/72 titulado "Derecho islámico, familia y conflicto de civilizaciones"

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO

Área de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de Zaragoza

1

MERCIER, P., *Conflicts de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève 1972. DÉPREZ, J., "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspect méthodologiques" en *Recueil des Cours*, 1988, t. 211, pp. 19-338.

2

Serán estas situaciones las que den lugar a los conflictos denominados por BORRAS "Conflictos ocultos". BORRAS, A., "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel" *Recueil des Cours*, T. 249, (1994-V), pp. 149-364 en especial p. 225 y ss. y "La sociedad europea multicultural. La integración del mundo árabe" VV.AA. *El islam jurídico y Europa*, Barcelona, 1998, pp. 163-198.

3

De hecho, las migraciones dan una nueva vitalidad al Derecho Internacional privado que vislumbra nuevos horizontes LÁZARO GONZÁLEZ, I., "Inmigración y Derecho Internacional Privado español. Apuntes para un estudio" VV.AA. *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, pp. 97-139.

4

ASÍN CABRERA, A., "La mujer y el Derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración" en VV.AA. *La construcción cultural de los femenino*, La Laguna, 1998, pp. 127 y ss. VV.AA. *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, Barcelona, 1999. FAHMY, M., *La condition de la femme dans l'Islam*, París, 1990.

5

V. legislaciones en Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa, *Dossier Mondo islamico* 4.

6

Para un acercamiento a las instituciones del Derecho islámico v. en general LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de droit musulman comparé*, París, 1965. ALAMI, D.S., El y HINCHCLIFFE, D., *Islamic Marriage and divorce Laws of the Arab world*, *Kluwer Law International*, 1996, y PEARL, D., y MENSKI, W., *Muslim family Law*, London, 1998.

7

GHASSAN, A., *Marriage, polygamie et répudiation in islam (justifications des auteurs arabomusulmans contemporains)*, París, 1998.

8

Así "el respeto a la identidad cultural y la garantía de la convivencia intercultural se convierten, hoy, en objetivos fundamentales", FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional privado*, Madrid, 1999, p. 36. V. sobre este tema en general JAYME, E., "Società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato" en *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 1993, pp. 295-304 y "identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne" *Recueil des Cours* 1995, p. 9 y ss. SÁNCHEZ LORENZO, S., "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado" en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, p. 557 y ss. y "Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional privado de fin de siglo" en VV.AA. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1997, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional privado" en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1998. DIAGO DIAGO, M.ª P., "Respeto a la identidad cultural, derecho a la vida privada y familiar". Una aproximación de Derecho Internacional privado, en Inmigración y Derechos. *Segundas Jornadas Internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales*, celebradas el 9 y 10 de noviembre de 2000 en Zaragoza.



1. INTRODUCCIÓN

Las sociedades democráticas occidentales se asientan sobre valores fundamentales, aceptados unánimemente, y que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas referentes a los derechos humanos y sus correspondientes secuelas: igualdad de sexos, libre manifestación del consentimiento, interés superior del y de la menor... Sin embargo, tales valores no son admitidos en otros ámbitos culturales. Esto es lo que ocurre precisamente respecto del mundo islámico. La configuración de la sociedad musulmana se apoya en algunos principios inaceptables desde una perspectiva occidental actual: la institución patriarcal del mundo árabe y la clara desigualdad de sexos no son más que dos ejemplos de ello.

Desde estas premisas cabe comprender que el Derecho en cuanto producto cultural de un pueblo, sea otro de los marcos en los que estas diferencias se revelan con más fuerza. Ahora bien, esto no tendría muchas más repercusiones que la sola constatación de la diferencia que a nivel de Derecho Comparado se produce entre distintos ordenamientos jurídicos, si no fuera por la realidad sociológica actual, que pone en contacto civilizaciones distintas. En efecto, es ya habitual hablar de la generación de sociedades multiculturales que se caracterizan por la convivencia de personas procedentes de culturas diferentes y cuyo motor de arranque fundamental es la inmigración. En este contexto es normal que surjan relaciones privadas internacionales, que son detonantes no sólo del conflicto de civilizaciones^[1] sino también, de conflictos normativos especialmente intensos en el Derecho de familia.

Así la llegada de inmigrantes de países islámicos frecuentemente acompañados de sus familias y muchas veces sin espíritu de retorno, hacen que cada vez sea más habitual el que los Tribunales tengan que enfrentarse a instituciones desconocidas por sus ordenamientos, así como el que tengan que dirimir cuestiones en las que aparezcan implicados sus propios nacionales^[2]; lo que ocurre significativamente en el caso de matrimonios mixtos entre cónyuges de diferentes nacionalidades y/o dispares, de diferentes confesiones religiosas. Aquellos deberán de tomar en consideración orde-

namientos extranjeros que chocarán muchas veces con nuestros propios valores, o que remitirán a figuras que exigirán de adaptación a nuestro sistema. Piénsese en la aplicación de la ley nacional islámica al matrimonio polígamo para su disolución a través del repudio, o la aplicación de la ley nacional del causante que deja fuera de la sucesión al hijo ilegítimo o la aplicación a la capacidad para contraer matrimonio de la ley nacional islámica que prohíbe el matrimonio de musulmana con no musulmán.

Es fácil prever que en la medida en que el fenómeno de la inmigración parece imparable y la sociedad multicultural encuentra mayor asiento en nuestro país, la producción de esta problemática se agravará^[3], exigiendo respuestas en cuya búsqueda deben implicarse todas y todos los operadores jurídicos.

2. EL DERECHO ISLÁMICO Y SU PECULIAR CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA

En el ámbito del Derecho de familia, las divergencias que el Derecho islámico presenta respecto del occidental, bien pueden calificarse de abismales. La estructura patriarcal que caracteriza a estas sociedades, lleva a que la autoridad máxima de la familia recaiga en el padre y o marido, lo cual resulta coherente con la preeminencia del hombre sobre la mujer que es establecida en el mismo Corán 4: 34 *Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan* (en el mismo sentido 2:228). No debe olvidarse al respecto, que el Derecho islámico proviene de fuente divina y la norma suprema es el Corán y la Charia y que aquella preferencia, resultará ser el eje sobre el que giran instituciones jurídicas islámicas.

La desigualdad entre el hombre y la mujer es una constante del Derecho familiar islámico^[4], y el mismo Derecho matrimonial viene a incumplir reiteradamente, como a continuación se verá *grosso modo*, el artículo 16 del Convenio relativo a la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 (BOE de 21 de marzo de 1984) que establece que los Estados asegurarán *en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución*.

Tal discriminación aparece ya, en la misma aptitud para contraer matrimonio. Entre los diferentes impedimentos para la celebración de aquél, está la prohibición para la mujer musulmana de contraer matrimonio con un no musulmán. Asimismo el matrimonio con varias mujeres a la vez, es aceptado por las normas islámicas, si bien las legislaciones limitan el número de mujeres a cuatro y Túnez prohíbe la poligamia^[5]. Estas normativas (a excepción de Túnez) también conocen formas de disolución del matrimonio totalmente desconocidas para nuestro sistema y ciertamente discriminatorias para la mujer. Se trata del repudio que no es sino la disolución extrajudicial del matrimonio, que puede ser pronunciado por el marido a su arbitrio y del *rachat* que permite a la mujer negociar con su marido la disolución del matrimonio, a cambio del pago de una compensación^[6].

El Derecho sucesorio islámico presenta igualmente, discriminaciones no sólo por razón de sexo, sino también por causa de religión e incluso por causa del origen legítimo o ilegítimo de los hijos e hijas. Así el marido hereda de su mujer fallecida el doble de lo que ella heredaría de su marido en caso de fallecer, mientras que un musulmán no puede heredar de un no musulmán y al revés, o una hija o hijo ilegítimo no hereda de su padre biológico.

Todas estas instituciones que nos resultan sorprendentes aquí, son objeto de una exhaustiva regulación por el Derecho islámico y desde éste, todas ellas son debidamente justificadas, unas veces por causa de la religión y otras veces por su propia estructura social que consagra la preeminencia del marido en el seno de la familia y por ende su autoridad sobre la mujer y sus hijas e hijos^[7]. A través de ellas se teje un estilo de vida diametralmente opuesto al nuestro, pero cuyo respeto es exigido como manifestación de la identidad cultural del pueblo islámico que como es sabido, estará formado por todas las personas musulmanas del mundo, sea cual sea el lugar donde se encuentren.

La convivencia pacífica en una sociedad multicultural exige que no haya culturas dominantes y que todas estén en un plano de igualdad, lo que inexorablemente implica el respeto a la identidad cultural de las minorías^[8]. Este es precisamente uno de los objetivos del Derecho Internacional



privado actual que ya no excluye el Derecho extranjero en cuanto que es diferente al nuestro, sino que trata de buscar soluciones materialmente justas. Así pues, vienen aceptándose efectos jurídicos a situaciones que en principio chocan con nuestros valores fundamentales, a condición de garantizar una solución justa al caso concreto. Un ejemplo de ello es la equiparación del repudio aceptado por la mujer a un divorcio por consentimiento mutuo o en caso de matrimonio polígamo, reparto de la pensión de viudedad entre las diferentes esposas⁹.

No obstante, el respeto a este peculiar estilo de vida y el Derecho a la identidad cultural que aparece proclamado en el artículo 8 del Convenio europeo de salvaguardia de los derechos del hombre (respeto a la vida privada y familiar)¹⁰, produce una fuerte tensión con el derecho a la igualdad que como se ha visto, es frecuentemente conculcado por las diferentes instituciones de Derecho islámico¹¹. Es por ello por lo que debe establecerse límites a la tolerancia que implica el respeto a la identidad cultural y que no debe sobrepasar la frontera de los derechos fundamentales.

3. CONSECUENCIAS DE LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS MIXTOS

La sociedad multicultural es el marco en el que se desarrolla la convivencia entre personas procedentes de culturas diferentes. Es lógico que de esa convivencia surjan relaciones privadas que reclamarán la atención del Derecho Internacional privado. Esto es lo que ocurre muy significativamente, con los matrimonios entre cónyuge español y nacional islámico/a, cuyo número se ha visto incrementado en los últimos años. Debe tenerse en cuenta que el ser el país europeo más cercano a África, condiciona el origen de las migraciones. Así en nuestro país residen legalmente 150.000 marroquíes, 7.050 argelinos y argelinas y 6.680 senegaleses y senegalesas aparte de las y los inmigrantes procedentes de países iberoamericanos y de otras partes del planeta: 20.698 chinos y chinas o 13.540 filipinos y filipinas por ejemplo¹².

Sin embargo, el número de población inmigrante total es sensiblemente inferior al de otros países de Europa donde los porcentajes llegan al 9% de Bélgica o al 8'9% de

Alemania y donde la población inmigrante activa llega al 24% como ocurre en Suiza. Estos países han recibido con anterioridad y más intensidad los flujos migratorios y en ellos, hace tiempo que se han planteado y continúan planteándose los conflictos que genera la sociedad multicultural emergente. Precisamente, el ámbito familiar es el mayor protagonista de aquéllos y dentro de él, cobra especial relevancia las relaciones matrimoniales mixtas. Es por ello por lo que conviene acercarnos a esta problemática, que ya empieza a plantearse en España en la medida en que aumenta este tipo de uniones matrimoniales.

Cuando los esposos contraen matrimonio, surge entre ellos una comunidad de vida. Esta da lugar a relaciones personales y patrimoniales que si no existe ningún elemento de extranjería ni externo, pasarán a regirse por la ley nacional de ambos. Se trata por tanto de una situación interna que carece de interés para el Derecho Internacional Privado. Ahora bien, bastará que uno de los cónyuges tenga una nacionalidad extranjera para que esta situación reclame la atención de esta disciplina. En el caso en que la nacionalidad de uno de ellos sea la correspondiente a un país islámico, se producirá un choque de ordenamientos jurídicos cuya incompatibilidad manifiesta, puede dar lugar a muchos problemas en caso de litigio.

Pensemos en el matrimonio entre nacional marroquí y española que deciden, por motivos de trabajo, establecer su residencia en Marruecos. En este caso los efectos del matrimonio se regirán por la ley que determine el 9.2 del Código Civil (en adelante CC), sin perjuicio de que los cónyuges decidan celebrar capitulaciones que regulen sus relaciones patrimoniales al amparo de una de las leyes señaladas en el 9.3 del mismo cuerpo legal. En el caso en que no hagan ningún pacto ni ningún tipo de elección de ley aplicable, verán sometidos los efectos de su matrimonio a la ley de la residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración, esto es, la marroquí. La posible separación o divorcio se regirá también por esta ley según lo establecido en el artículo 107 CC. ¿Querrá esto decir que el régimen económico matrimonial será el establecido en el Derecho islámico y que éste regirá también las relaciones personales entre cónyuges o incluso que el marido podrá repudiar a su mujer según esa misma

9

V. en general CAMPIGLIO, C., "Matrimonio polígamico e repudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo" en *Rivista di diritto internazionale e processuale*, 1990, p. 853 y ss. BOURDELOIS, *Marriage polygamique et droit positif français*, París, 1993. ZAMORA CABOT, F.J., "El Derecho Internacional privado ante el matrimonio polígamico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España" en *Revista de Derecho Privado*, 1998, p. 111 y ss. EL-HUSSEINI, R., "Le droit international privé français et la répudiation islamique" en *Revue critique de droit international privé*, 88, (3), 1999, pp. 427-492.

10

V. Decisión de la Comisión para la protección de los derechos del hombre de 3 de octubre de 1983. Asunto n.º 9278/81 y 9415/71, DR, 35 p. 35; y SALERNO, F., "Sulla tutela internazionale dell'Identità culturale delle minoranze straniere" en *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 257 y ss.

11

ZABALO ESCUDERO, E., "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural" en VV.AA. *Estado personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 9-25.

12

Datos de la Dirección General de Policía. V. más datos en el Anuario de migraciones 1999.

13

ALDEEB ABU SAHLIEH, S., *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, 1996. "Musulmans en terre européenne. Conflit entre foi et droit" *Aktuelle juristische Praxis*, 1996, pp. 42-53. "Droit religieux et droit séculier. Défi du droit musulman en Suisse" en VV.AA. *Islamic Law and its reception by Courts in the West, Köln, Berlin, Bonn, München*, 1999, pp. 83-106.



ley? ¿qué efectos tendrían estas decisiones en España? y a la inversa ¿qué posibilidades de reconocimiento tendrán las decisiones tomadas en un país islámico según su ley? El planteamiento de estas y otras muchas cuestiones, exige la búsqueda de soluciones concretas.

Por último, debe ponerse de relieve que el aumento de la celebración de este tipo de uniones va acompañado a veces, de una picaresca que ha sido denunciada por ALDEEB¹⁴ respecto de las uniones de este tipo que se celebran en Suiza. Parece ser que la carga de la dote cuya obligación de pago surge con el matrimonio según el Derecho islámico, lleva a jóvenes musulmanes a contraer matrimonio con occidentales, lo cual les será además muy provechoso para regularizar su situación en el país de acogida. En unas ocasiones, una vez lograda la estabilidad de su situación, repudian a su mujer occidental y contraen matrimonio con islámica pidiendo después el permiso de residencia para ella. En otras ocasiones, ya están casados en su país de origen, hecho que ocultan para poder celebrar otro matrimonio que les permita conseguir el permiso de estancia. Por otro lado, debe señalarse que los musulmanes chiítas aceptan el matrimonio a término de duración determinada (desde una noche) y cuya celebración les permitiría mantener su unión en el país occidental, hasta su regreso al país de origen.

Sin duda, los matrimonios mixtos con islámicos-as, son susceptibles de dar lugar a litigios para los que los ordenamientos jurídicos no están preparados, pues las normas de conflictos de leyes no están dirigidas a resolver estos supuestos y la incidencia de la multiculturalidad no se ha dejado sentir todavía en la regulación¹⁵.

4. SOLUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La incompatibilidad con los valores del foro que como se ha visto, presentan determinadas instituciones de Derecho islámico, se ha venido resolviendo mediante el recurso a la tradicional excepción del orden público internacional¹⁶ (12.3 CC). En efecto, la ley extranjera era inmediatamente excluida cuando resultaba contraria al orden público y esto es lo que ocurrirá con la ley islámica que resulta ser discriminatoria con la mujer: poligamia, repudio, dote...

No obstante, uno de los objetivos al que ya nos hemos referido, que impone la nueva realidad social es el respeto a la identidad cultural, que se debe extender al respeto a su propio derecho y por ende, al esfuerzo de no excluirlo más que en los casos en que, como se ha señalado anteriormente, sobrepase los límites trazados por el respeto a los principios fundamentales. Ello obliga a reorientar esta excepción, que deberá de actuar no cuando la norma extranjera en abstracto es contraria a los valores del foro, sino cuando la aplicación del Derecho extranjero al caso concreto, da lugar a una efectiva vulneración del principio fundamental¹⁷.

Desde esta perspectiva es desde la que debe entenderse “la relativa aceptación” de instituciones como el repudio, que si bien conculcan el derecho fundamental a la igualdad y por ello no recibirán validez en el foro, si que podrán sin embargo, producir ciertos efectos jurídicos en aras a la consecución de la ya mencionada justicia del caso concreto. Bien entendido, que el orden público no aceptará excepciones cuando el resultado de la aplicación de la ley extranjera al supuesto en cuestión, implique una violación del núcleo duro de los Derechos humanos que cada vez más, viene a identificarse con un orden público europeo¹⁷.

La adopción de este tipo de soluciones, parte de la aceptación de que en el contexto actual de la diversidad no caben soluciones únicas y generales. Es por ello que se opta por una flexibilización de aquellas, con el fin de alcanzar ese objetivo de justicia material al que todo sistema jurídico debe tender¹⁸. No obstante debe señalarse también, el peligro que la introducción de la flexibilidad puede entrañar y que es la eventual merma de la seguridad jurídica.

La doctrina se ha esforzado por buscar estas y otras soluciones a los complejos problemas que surgen en el marco de la multiculturalidad. Así se aboga por el juego del orden público en los términos descritos, por la aprobación de normas con un determinado contenido material o la celebración de Convenio bilaterales con los países de origen de los inmigrantes, como es el Convenio franco-marroquí relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación jurídica¹⁹ de 10 de agosto de 1981. Sin embargo, pocas veces se buscan

14

ABARCA JUNCO, P., “La regulación de la sociedad multicultural” en VV.AA. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 163-179 en concreto p. 165.

15

Respecto de Francia v. LAGARDE, P., “La théorie de l'ordre public interantional face à la polygamie et à la repudiation. L'expérience française en VV.AA. *Nouveaux itinéraires en droit Hommage a François Rigaux*, Bruxelles, 1993.

16

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas” en VV.AA. *Derecho Internacional y relaciones internacionales en el Mundo Mediterráneo*, Madrid, 1999, pp. 191-194 y *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000, p. 61 y ss.

17

ABARCA JUNCO, P., op. cit. p. 177.

18

GONZÁLEZ CAMPOS lo explica así “El D.I. Pr: ha de establecer soluciones ajustadas y flexibles que no desconozcan ni los derechos y libertades fundamentales en esta materia que es preciso garantizar a todos, ni tampoco la relevancia social y jurídica, de otras culturas y concepciones de la familia” en “Derecho de familia. El matrimonio” VV.AA. *Derecho Internacional Privado*. Parte especial, Madrid, 1995, pp. 289-328, en concreto p. 290.

19

Revue critique de droit international privé, 1983, p. 532 y ss.



vías de solución preventivas que traten de evitar o al menos mitigar la generación de problemas futuros. Sin duda, la prevención es muy difícil, pero también es la mejor manera de “resolver” los problemas. Precisamente, esta vía preventiva puede intentarse respecto de los que surgen de la celebración de matrimonios mixtos.

A Vía preventiva: pactos entre cónyuges y futuros cónyuges

Hace ya mucho tiempo que en el ámbito del Derecho de familia, se ha producido una progresiva penetración de la autonomía de la voluntad²⁰ a todos los niveles, tanto conflictual como material. Ello ha sido especialmente significativo en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, así ordenamientos como el español (art. 9.3) o el alemán (art. 15²¹) permiten a los esposos o futuros esposos elegir, dentro de las normas que se consideran vinculadas con la relación matrimonial, la que consideran idónea, y siempre que ésta lo permita y en las condiciones que ella establezca, pactar su economía matrimonial. El ordenamiento español permite además, que los cónyuges puedan elegir la ley aplicable a los efectos del matrimonio, en condiciones determinadas: en defecto de ley personal común de los cónyuges, elección realizada en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio y opción limitada a la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos (art. 9.2).

Esta posibilidad de autorregulación que los ordenamientos ofrecen a los cónyuges²², bien podría extenderse a otras materias que también provocan el choque de civilizaciones, de forma que sean los propios cónyuges los que traten de conseguir un punto de equilibrio entre los ordenamientos de sus respectivos países de origen. Se trataría pues, de posibilitar que los esposos no sólo pactasen cuestiones relativas a sus relaciones patrimoniales, sino también sobre las personales y ello a la luz de la ley que designarán como aplicable.

Las ventajas que entrañaría la celebración de estos pactos son evidentes, no sólo tendrían un efecto preventivo sobre futuros litigios, sino que orientarían a los tribuna-

les en caso de que éstos se produjesen; además haría que los cónyuges fueran conscientes de sus propias diferencias culturales y jurídicas²³. Ahora bien, para que esta propuesta fuera plenamente operativa, se necesitaría que tales cláusulas fueran aceptadas por las legislaciones de los países de origen de ambos cónyuges y que éstos estuvieran en disposición de pactarlas. Sólo así podrían desplegar todos sus efectos.

La mayor dificultad va a ser precisamente, el que estas dos condiciones se cumplan. Como se verá a continuación, cláusulas de renuncia a la poligamia y aún al repudio, pueden llegar a ser aceptadas por el Derecho islámico, pero no será así, cuando lo que se pacte sea la tutela, la religión de los hijos e hijas o la sucesión, cuestiones de regulación imperativa, que no aceptará ninguna excepción. También debe señalarse que no siempre los cónyuges tendrán la libertad para celebrar tales pactos.

Una de las críticas que se ha formulado a la aplicación de la autonomía de la voluntad en este tema, es que puede llegar a dudarse de la validez de este acuerdo cuando los dos miembros de la pareja pertenecen al mundo islámico²⁴. Conocida la superioridad que aquel otorga al hombre respecto de la mujer, es fácil imaginar que ésta puede verse abocada a aceptar una elección y unos pactos que le serán en realidad, impuestos. En principio, este problema no tiene por qué plantearse cuando el matrimonio sea mixto, al menos no más a menudo de lo que podría ocurrir con un matrimonio de nacionales españoles, pero el verdadero problema se plantea cuando la mujer es islámica. En este supuesto nada de lo que acuerde con su marido tendrá efecto en su país de origen, habida cuenta que éste no reconocerá ni el matrimonio de una musulmana con un no musulmán, ni ninguno de los efectos a los que diera lugar. Pese a ello, convendría que también estas parejas realizaran pactos, en especial sobre su régimen económico matrimonial, sometándolo a alguno de los regímenes que nuestra ley prevé, pues en estos casos la elección de la ley nacional española requiere de poca reflexión. De esta forma se pondría fin a la incertidumbre a cerca de su economía matrimonial, lo cual es interesante no sólo de cara a posibles litigios, sino también para los propios cónyuges.

20

GANNAGÉ, P., “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille” *Revue critique de droit international privé*, 81, (3), 1992, pp. 425-454. CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992.

21

Ley de 25 de julio de 1986 de reforma de Derecho Internacional Privado Bundesgesetzblatt, 30 julio 1986, n.º 37 p. 1142.

22

DIAGO DIAGO, M.ª P., *Pactos o capitulaciones en Derecho Internacional privado*, Zaragoza, 1999; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional privado*, Granada, 2000.

23

V. esta propuesta en CARLIER, J.-Y., “Les contrats de mariage internationaux: aspect particulier des clauses relatives aux relations personnelles” en VV.AA. *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, pp. 277-300; “Les conventions en matière matrimoniale et successorale au regard des droits marocain, algérien, tunisien et turc” en VV.AA. *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Anvers, Maklu, 1995, pp. 689-705. “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en VV.AA. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 27-38. Por otro lado ALDEEB ABU SAHLIEH ha confeccionado una interesante lista de cláusulas que deberían ser pactadas por los cónyuges *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne 1996 y en la doctrina española GARCÍA RODRÍGUEZ propone también otro elenco de cláusulas a incluir en capitulaciones matrimoniales, antes de la celebración del matrimonio entre personas de distinta creencia o religión en *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999, pp. 307-308.

24

FLOBETS, M.-C., “Conflits conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle? En *Annales de droit de Louvain*, vol 59, 1999, pp. 66-67; y Faut-il autoriser le droit familial marocain en Belgique? Y Quelques propositions concrètes en vue de consolider la situation familiale de la femme marocaine immigrée en Belgique: le mariage et le divorce En VV.AA. *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration? Quelles solutions juridiques appropriées?* Maklu-Uitgevers, 1998, pp. 25-58 y 213-296.

25

ALDEEB ABU SAHLIEH, S., *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, 1996, p. 14.

26

LAPANNE-JOINVILLE, J., “Les conventions annexes aux contrats de mariage en droit malékite” en *Rev. alg. Tun. mar. légis et jur.*, 1954, pp. 112-125; PROUVOST, L., *Le contrat de mariage*, Collection études et documents *Série Droit*, n.º 13, 1988, p. 7 y ss.

27

CARLIER, Y.-V., *Quelques principes généraux du droit international privé belge de la famille au regard des projets de conventions entre la Belgique et le Maroc en De wenselijkheid van een bilateraal verdrag tussen Marokko en Nederland over conflicten aangaande het internationaal familerecht. Bijdragen aan de studiedag van 21 februari 1992 en de reactie van het NCB*, Utrecht, juli 1992, pp. 30-39 en especial p. 37.

**B****Régimen económico matrimonial, repudio y poligamia**

Estos son los tres temas fundamentales sobre los que deben recaer los pactos entre cónyuges y ello por varios motivos. En principio porque ellos son manifestaciones de la divergencia que los ordenamientos en presencia plantean. Así, el régimen económico matrimonial no existe en realidad para el Derecho islámico y al revés, el repudio y la poligamia no existen ni para el Derecho español, ni para el resto de Derechos occidentales. Sin embargo no es este el motivo fundamental, pues hay otras muchas cuestiones que también revelen esa divergencia. No obstante, el éxito de cláusulas que versen sobre ellas es casi imposible, pues no serán aceptadas por el Derecho islámico, mientras que existe la posibilidad de que cláusulas relativas al régimen económico matrimonial, repudio o poligamia si lo sean, como también podrán ser aceptadas por nuestro ordenamiento.

En definitiva, se lograría que la voluntad de los cónyuges fuera respetada en el marco de los dos ordenamientos en presencia, mediante el reconocimiento de estos pactos. De esta forma se evitaría la producción de situaciones claudicantes, esto es, válidas para un sistema e inválidas para otro. La armonía internacional de soluciones es un valor especialmente importante en este contexto y esta vía es idónea para su consecución.

La afirmación de que en Derecho islámico no existe el régimen económico matrimonial, puede sorprender, pero es así, puesto que el matrimonio no produce ningún efecto sobre el patrimonio de los cónyuges. La mujer conservará sus bienes y no necesitará autorización del marido para gestionarlos, manteniéndose así una total independencia patrimonial. Suele decirse que el régimen es el de separación de bienes y en cierta medida es verdad, pero con una importante diferencia: en caso de disolución del matrimonio, la mujer no tendrá derecho a ninguna participación en los bienes del marido y ello aún cuando haya abandonado su trabajo para dedicarse al cuidado de la descendencia y del hogar. Ello es especialmente grave cuando es el marido el que prohíbe a su mujer traba-

jar. En este contexto, se comprende perfectamente la importancia que la dote islámica reviste, pues en caso de disolución del matrimonio no hay lugar a compensación económica, ni a pensión de alimentos. De ahí la importancia de que el marido pague a su esposa la dote, lo que constituye para él una obligación que nace del matrimonio, lo mismo que durante el mismo deberá de mantener a la mujer.

En el caso en que el matrimonio mixto establezca su primera residencia en uno de los países islámicos y no realice ningún tipo de pacto, éste será el régimen que les corresponderá en la medida en que la ley aplicable será la islámica. En este caso los desajustes que este sistema presenta, se verán además, agravados por el hecho de que los cónyuges no habrán pactado ninguna dote. Ahora bien, existen dos vías para evitar este resultado. La primera es la celebración del pacto. Como ya se ha comentado, el artículo 9.3 permitirá elegir la ley nacional del cónyuge español y conforme a ella se podrá, si se quiere, mantener el sistema de separación, pero con los mecanismos de corrección establecido en nuestra norma, lo que le separa definitivamente del régimen islámico.

Existirá sin embargo, la posibilidad de que tal pacto no sea aceptado en el país islámico de referencia y aunque éste se haya celebrado, no se le dé ningún efecto. Ello obliga a buscar otras soluciones. La primera puede no ser muy ortodoxa, pero permite la consecución de un fin: evitar que la mujer quede en una situación de desamparo. Así se establecerá que si los efectos del régimen matrimonial deben desplegarse en un país islámico en el que no se reconozca tal pacto, el marido quedará obligado al pago de una cantidad de dinero en concepto de dote, que le será entregada en caso de disolución del matrimonio²⁵.

La otra solución consiste en la confección de una cláusula al calor del Derecho musulmán que establezca el régimen o las condiciones con las que los cónyuges quieren que se rija su economía familiar y que no se separará del espíritu mismo que inspiraba la elección de ley y el pacto conforme al Derecho español (9.3 CC). Estas cláusulas en principio, deberían de ser aceptadas por el Derecho islámico pues nada

se establece en contra de ellas, y con este u otro contenido son aceptadas en el Derecho musulmán clásico con el nombre de *Shurūt*²⁶. El Código argelino de la familia las acepta cuando establece: art. 19 “ambos cónyuges podrán incluir en el contrato de matrimonio cualquier cláusula que juzguen útil, siempre que no sea contraria a las disposiciones de la presente ley”. Eso sí, se exige que tales pactos no sean contrarios a los fines o metas del matrimonio. El artículo 38 del Código marroquí así lo indica “si el contrato matrimonial incluye una cláusula incompatible con su esencia legal o con sus objetivos, la cláusula se considera nula y el matrimonio es válido”.

El que las relaciones familiares puedan ser objeto de este tipo de cláusulas, ha llevado a que autores del Magreb hayan propuesto la idea de crear un estatuto personal individualizado, mediante la modulación del Código del estatuto por tales cláusulas e incluso apunten la posibilidad de optar entre un derecho familiar laico o religioso²⁷.

Estas especiales cláusulas pueden jugar un papel crucial, en la otra esfera de relaciones que surgen del matrimonio, las personales y en especial, respecto de la poligamia y el repudio. En efecto, si a través de ellas el marido renuncia a contraer matrimonio con otras esposas y a no repudiar a su mujer, se lograría una homologación del matrimonio en sus efectos, con el occidental. Ello resultaría determinante para cerrar la posibilidad del planteamiento de problemas derivados de las distintas concepciones matrimoniales en estas dos instituciones: la mujer no sería objeto de repudio en el país de origen del marido y éste no podría contraer matrimonio con otras mujeres.

La poligamia que como ya se ha señalado, está prohibida en Túnez, también esta sometida a ciertas limitaciones en otros ordenamientos islámicos. Así, es habitual el que se pueda incluir en el contrato matrimonial una cláusula, por la que el marido se compromete a no contraer un segundo matrimonio o al menos, a no hacerlo sin el consentimiento de su primera esposa. El artículo 31 del Código marroquí es una muestra de ello “La mujer tiene derecho a exigir como condición en el contrato matrimonial que su esposo no se case con



otra y si el esposo no cumple la obligación, la esposa tiene derecho a pedir la anulación del matrimonio”.

En cuanto al repudio, eliminado igualmente de la legislación tunecina, podría ser también objeto de una cláusula de exclusión por parte del marido. No obstante, esta posibilidad es más controvertida, pues sólo se aceptará si se entiende que no es contraria a la esencia legal o los objetivos del matrimonio. Sin embargo, sí que se reconoce la posibilidad de incluir en el contrato matrimonial, el derecho de la mujer de repudiar al marido, lográndose así, un tratamiento de paridad de los dos cónyuges. El Código marroquí así lo prevé art. 44 “El repudio es la disolución del contrato matrimonial realizada por el esposo, su delegado, por aquel en que confie para ello, por la esposa, que posea este derecho, o por el juez”.

Estas cláusulas como hemos visto, serán aceptadas por el Derecho musulmán y su pacto es básico cuando el matrimonio que se celebra es mixto, pero ¿podrán pactarse tales cláusulas a la luz del Derecho español? Sin duda es sorprendente un pacto entre cónyuges sobre la renuncia a la poligamia o al repudio cuando tales instituciones no sólo no existen en nuestro sistema, sino que son contrarias a los valores del foro. Sin embargo, las peculiaridades de la situación y el objetivo de evitar problemas futuros, deberían ser suficientes para justificar la validez de tales pactos. Por otro lado, debe reconocerse que esas cláusulas no comportarán ningún atentado a nuestro orden público²⁸, sino más bien al contrario, producirán el efecto de salvaguardarlo, aún cuando la norma que haya sido elegida por las partes sea la islámica.

Los cónyuges entonces, podrán dentro de las condiciones establecidas por el 9.2 CC, pactar estos extremos de acuerdo a la ley que elijan: la española o la islámica y tales pactos podrán surtir efectos en ambos sistemas²⁹. Ello resultará especialmente importante, cuando los cónyuges residen en el país del marido pues a falta de estipulación en contrario, la poligamia se permite así como el repudio, los efectos no serán sin embargo, tan importantes en el caso en que el litigio se plantee en España pues se hará jugar la excepción del orden público internacional.

C

Otros pactos

Existen otras muchas cuestiones que también podrían ser objeto de pacto, pero cuyas posibilidades de éxito en caso de plantearse un litigio en país islámico serían nulas, pues el Derecho de aquel Estado, nunca aceptaría una flexibilización emanada de la voluntad de los cónyuges. Pero, pese a la falta de repercusión legal de tales acuerdos, que podría plantearse también en nuestro sistema, el que los cónyuges reflexionen sobre estos temas e incluso tomen la iniciativa de comprometerse en un proyecto común, debe ser valorado muy positivamente y debería de animarse a las parejas mixtas a adoptar no sólo acuerdos sobre el régimen económico matrimonial, el repudio y el divorcio si no también sobre cuestiones sobre las cuales la falta de acuerdo, puede enturbiar su convivencia futura. Por otro lado, el hecho mismo de la conclusión de tales cláusulas y su propio contenido, siempre puede ser considerado como dato sociológico susceptible de orientar la decisión de la jueza o del juez³⁰, aún cuando la norma de conflicto ya haya designado la ley aplicable.

Algunas de estas cláusulas podrían versar sobre cuestiones religiosas. El tema religioso es una cuestión muy delicada para las personas islámicas, que se ven sometidas a rígidas normas de obligado cumplimiento, sea cual sea el lugar en que se encuentren y que repercutirán en la educación de su descendencia. Las hijas y los hijos de una persona musulmana son musulmanes y tendrán que ser educados en la religión del padre o de la madre, con independencia de que el otro progenitor profese otra religión. Por otro lado, el marido y padre será considerado el guardián de la moral de la familia y puede obligar a su mujer y a sus hijos e hijas a cumplir las normas religiosas (ayunar en el Ramadán, no comer cerdo, orar...), y seguir estrictas normas sobre la indumentaria.

Para evitar problemas en este terreno algunos autores han postulado la necesidad de confeccionar dos cláusulas, una sobre la libertad religiosa de los esposos y otras sobre la educación religiosa de la descendencia³¹. La primera tendrá como objetivo el que los cónyuges se comprometan a respetar la libertad religiosa del otro y a no imponerle normas que afecten al modo de vestir, alimentos, integridad física o libertad individual social,

28

Así lo entiende también CARLIER Y.-V., “El estatuto personal y la sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad” en VV.AA. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 27-38 en concreto p. 35.

29

Debe tenerse en cuenta que el Derecho musulmán exige que tales pactos se incluyan en el contrato de matrimonio.

30

Aún después de haber sido designada la ley aplicable por la norma de conflicto (Derecho Internacional privado oculto) JESSURUN D’OLIVEIRA, “Krypto-IPR” en VV.AA. *Estudios J. Offerhaus, Deventer*, 1985, en especial p. 30.

31

ALDEEB ABU SAHLIEH, S., *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, 1996, pp. 25 y 27 GARCÍA RODRÍGUEZ, I., en *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, 1999, p. 307.

32

ALDEEB ABU SAHLIEH, S., *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, 1996, p. 27.

33

Reglamento n.º 1347/2000 de 29 de mayo de 2000. DOCE 30-6-2000. Entrada en vigor el 1 de marzo del 2001.

34

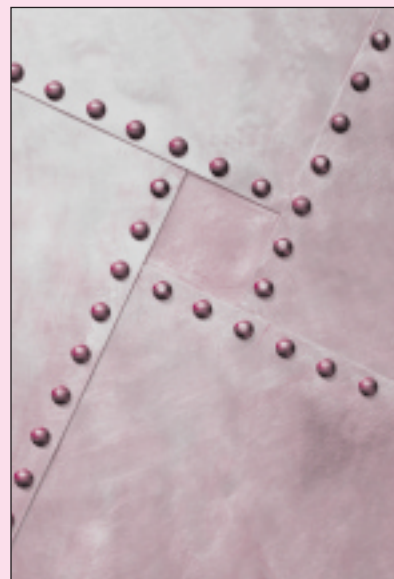
BOE n.º 199, de 20 de agosto de 1987.

35

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., en *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999 p. 308.

36

CARLIER advierte sobre el mismo “Le notaire, fréquemment consulté par les futurs époux relativement à leurs biens, trouvera ici un nouveau terrain dans lequel déployer ses qualités de conseiller privilégié, en tissant pour les futurs époux un nid de clauses juridiques favorables tantôt au meilleur épanouissement de leur amour, tantôt au règlement pacifique de leur séparation”. Les conventions en matière matrimoniale et successorale au regards des droits marocain, algérien, tunisien et turc” en VV.AA. *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Anvers, Maklu 1995 p. 705.





laboral o económica. La segunda vendría a expresar el compromiso de los cónyuges de educar a sus hijos e hijas en una determinada religión. Ahora bien, cuando ésta fuera la islámica, las hijas y los hijos no se verán obligados por reglas relativas a la indumentaria o a los alimentos que pueden afectar a su integración social y escolar en España, ni a las reglas que afectan a la integridad física. Se evitaría de esta forma problemas como los que se plantearon en Francia con el famoso tema del velo.

Otra previsión que también debería tenerse en cuenta, es la tutela de la descendencia. Habida cuenta de que el Derecho islámico priva a la madre no musulmana de la guardia de las hijas e hijos, cuando éstos tienen una determinada edad (normalmente cinco años), pues entonces y según aquel Derecho, existiría el riesgo de que influyera en el plano religioso, no estará de más incluir una norma de Derecho Internacional Privado acompañada de un compromiso moral. La norma sería la sumisión a Tribunales españoles en esta materia y la aplicación de su ley. El compromiso, el de no sustraer a la o al menor por razones religiosas cuando aquel es atribuido a su madre⁶².

Lo cierto es que siempre que los órganos jurisdiccionales españoles sean competentes para resolver el divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio (lo más habitual es que ambos cónyuges tengan su residencia en España) tendrán también competencia en cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre el hijo o la hija común que reside también en España. Así viene a establecerlo el reciente Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos e hijas comunes⁶³ (art. 2 y 3). Además se adoptarán las medidas previstas en la ley española, como así lo indica el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961⁶⁴ (art. 13 y 2) que continúa en vigor por lo que se refiere a la ley aplicable.

La sucesión es también un tema muy complicado para las parejas mixtas. Debe tenerse en cuenta que el Derecho islámico prohíbe la sucesión entre musulmán y no

musulmán y a la inversa. Ello dará lugar a graves consecuencias para los cónyuges y sus descendientes, ya que el no musulmán no heredará de su pareja y sus hijos y sus hijas que serán musulmanas por serlo el otro progenitor, podrán no heredar de él, cuando el juez o la jueza competente sea islámica y rechace la aplicación de la ley española. Es evidente el interés en descartar la aplicación del Derecho islámico en la sucesión y éste podría ser el objetivo de una cláusula que determine además “que si fuera competente un juez extranjero que rechace la aplicación del Derecho español, cada cónyuge reconoce en ese momento al cónyuge superviviente los mismos derechos que se le conceden en el Derecho español que les fuera aplicable”⁶⁵.

5. CONCLUSIONES

Consecuencia del conflicto de civilizaciones, es el conflicto de culturas jurídicas que se pone en marcha cuando nacionales de países islámicos contraen matrimonio con españoles o españolas. Las divergencias en su ordenamientos jurídicos de origen versan sobre cuestiones de vital importancia para el desarrollo de su vida en común, en especial respecto de las relaciones patrimoniales y personales que han de surgir del matrimonio y la tutela y educación de los hijos comunes. Esto da lugar a una gran incertidumbre jurídica que hará que la pareja desconozca aspectos tan básicos como cual será su régimen económico matrimonial, o los efectos que pueden surgir de un repudio unilateral.

La situación se verá agravada además, cuando los litigios se planteen ante Tribunales de países islámicos. En estos casos el cónyuge español y en concreto la mujer española quedará desprotegida frente a la normativa aplicable, que aceptará su repudio o el que su marido contraiga matrimonio con otras mujeres.

Evitar la producción de estos problemas, es el objetivo que debe guiar la celebración de pactos sobre tales cuestiones. En su confección la/el notario ha de jugar un papel fundamental⁶⁶, si bien todas y todos los operadores jurídicos deben verse implicados en aquel fin. Tres son las cláusulas que tales acuerdos deben contener especialmente, y cuya eficacia es susceptible de producirse en Derecho islámico,

al ser admitida su inclusión en el contrato de matrimonio. Ello les confiere especial importancia en la medida en que pueden evitar situaciones claudicantes, esto es, no aceptadas por uno de los ordenamientos implicados.

La primera previsión debe determinar cual será el régimen económico del matrimonio. A la luz del artículo 9.3 los cónyuges podrán elegir como aplicable la ley española o la islámica. En el primer caso podrán a su vez, designar uno de los regímenes aceptados por nuestro sistema y en el segundo podrá intentar corregir los desequilibrios a los que lleva el Derecho islámico, si bien sería aconsejable pactar una dote pare el caso en que aquel intento fracasase ante tribunales musulmanes.

La segunda y tercera previsión debe versar sobre la poligamia y el repudio. Cuando la ley aplicable sea la islámica se puede pactar la exclusión de tales figuras en el contrato de matrimonio. En el caso en que la exclusión del repudio plantee dudas, distintos ordenamientos islámicos prevén que éste pueda ser también pronunciado por la mujer. Más problemas puede plantear su exclusión cuando la ley aplicable sea la española. El hecho de que se desconozcan estas instituciones, hace que pueda dudarse de la validez de tales pactos. Sin embargo, el no contravenir los valores del foro sino más bien reforzarlos en situaciones especiales, podrían ser argumentos a favor de su aceptación.

Además de estos pactos, podrían también acordarse otras cuestiones como la libertad religiosa de los esposos, la educación de los hijos y de las hijas o su tutela, así como la sucesión. No obstante, se debe ser consciente de que estas cláusulas serán más una exposición de buenos deseos, cuyo incumplimiento no traerá en principio mayores consecuencias, si bien podrán aportar datos que quizás pueden llegar a ser relevantes para el juez o la jueza.

En definitiva, debe afirmarse que la conclusión de estos pactos puede evitar el planteamiento de los problemas que surgen de este tipo de matrimonios o en su caso, puede ayudar a clarificarlos. Ello será muy importante no sólo para los cónyuges, sino también para el juez o la jueza que deba conocer los litigios que de ellos surjan para la seguridad jurídica en general.