

El estatuto personal ante los tribunales Un reconocimiento

POR MARIE-CLAIRE FOBLETS

Profesora de Derecho y Antropología de
las Universidades belgas de Lovaina (KUL),
Bruselas (KUB) y Amberes (KIA).
Abogada honoraria de la Orden francesa
de abogados del Tribunal de Bruselas.

TRADUCCIÓN:

CONCHA GAUDÓ.

Catedrática de Historia de Bachillerato.
IES Pilar Lorengar, Bachiller Bilingüe de Francés.

Y MARÍA ELÓSEGUI.

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.
Directora del Programa de Doctorado de
Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.



musulmán europeos condicional¹

1

Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el viernes 24 de febrero de 2006.

2

Véanse entre otros: BENSALAH, N. (dir.), *Familles turques et maghrébines aujourd'hui. Evolution dans les espaces d'origine et d'immigration*, Louvain-la-Neuve/Paris, Academia/Maisonneuve Larose, 1994; RUDE-ANTOINE, E., *La vie des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, Paris, O. Jacob, 1997.

3

Desde hace algunos años, numerosos autores se interesan por la cuestión de la aplicación, en Europa, del derecho de familia musulmán.

En Francia pueden verse, entre otros: BOURDELOIS, B., *Mariage polygamique en droit positif français*, Paris, GLN-Joly, 1993; DEPREZ, J., "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1988-IV, 9-372; DEPREZ, L., "Au carrefour de droit comparé et du droit international privé, quelle place pour le droit musulman?", en HENRY, J.-R. (dir.), *L'enseignement du droit musulman en France*, CNRS (Cahier du CREM, 1989, 17-92; ELGEDDAWY, A.K., *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1971; JAHEL, S., "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français", *Revue internationale de droit comparé*, 1994, 31-58; MONEGER, Fr., "Les musulmans devant le juge français", *Jurisclesseur Pénant*, 1994, 344-374; RUDE-ANTOINE, E., *Le mariage maghrébin en France*, Paris, Karthala, 1990.

En Bélgica, pueden verse, entre otros: CARLIER, L.-Y., "Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives?", en FOBLETS, M.-C. (dir.), *Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, Karthala, 1996, 20-32; FOBLETS, M.-C., *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Paris, Karthala, 1994; FOBLETS, M.-C. (dir.), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration: quelles solutions juridiques appropriées?*, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1998; LARDINOIS, Ph., "Réflexion critique sur la réception du statut personnel musulman en Belgique, ou de la négociabilité de l'ordre public dans une société plu-

ri-culturelle", en: GERARD, P., OST, Fr., VAN DE KERCHOVE, M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 605-629; ROMMEL, G., "Le statut personnel marocain", *Journal des Juges de Paix et de Police*, 1980, 193-243; ROMMEL, G., "Over Moslimimmigranten, het sociaal beleid van de vrederechter. Van paternalisme naar bevrijding", en: VAN DER VORST, P. (dir.), *Honderd Jaar Belgisch sociaal recht*, Bruxelles, Bruylant, 1986, 604-620; TAVERNE, M., *Le droit familial maghrébin (Algérie, Maroc, Tunisie) et son application en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1981; VAN DEN EECKHOUT, V., "Voyage sur les canaux du droit international privé belge et marocain: le gouvernail de la filiation paternelle dans le mariage", *Revue du droit des étrangers*, 1996, n° 89, 317-340.

En los Países Bajos, véase: BUSKENS, L., "Marokkaans familierecht in Nederland", in BUSKENS, L., *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaak, 1999, 536-560; JORDENS-COTRAN, L., *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak*, Utrecht, Forum, 2000; RUTTEN, S., *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, Kampen, Kok, 1988; RUTTEN, S., *Erven naar Marokkaans recht. Aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Maastricht, Intersentie, 1997.

En Austria: SCHMIED, M., *Familienkonflikte zwischen Scharia und Bürgerlichem Recht. Konfliktlösungsmodell im Vorfeld der Justiz am Beispiel Österreichs*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999.

En Italia: MANCINI, L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, Milano, Giuffrè, 1998.

Para un estudio comparativo, véase: CARLIER, J.Y. & VERWILGHEN, M. (dir.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992; ALDEEB, S., BONOMI, A. (dir.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Institut suisse de droit comparé, Zürich, Schulthess, 1999; BAR (von), Chr. (dir.), *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West* (Congress, Osnabrück, 23-24 October, 1998), Köln, C. Heymanns, 1999; FERRARI, S., BRADNEY, A. (dir.), *Islam and European Legal Systems*, Ashgate, Dartmouth, 2000.

Esta lista de trabajos actualmente disponibles está lejos de ser exhaustiva.

I. INTRODUCCIÓN: LA APLICACIÓN DEL DERECHO MUSULMÁN DE FAMILIA EN LOS PAÍSES EUROPEOS. UNA CUESTIÓN ESPINOSA

La cuestión del *Islam en Europa* es un tema candente. En la organización de la vida de las familias musulmanas establecidas en Europa, la presencia del Islam revela una vasta problemática que preocupa desde hace algunos años a los juristas: tener en cuenta, en virtud de las reglas del derecho internacional privado, instituciones familiares extranjeras en nuestra tradición jurídica. ¿Qué efecto legal atribuir a una institución familiar de origen musulmán, cuando los valores vehiculados por ésta chocan, por ejemplo, con los grandes principios fijados por las Convenciones en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales?

Nos vamos referir aquí, exclusivamente, a los aspectos ligados a la inmigración de comunidades *musulmanas* a Europa a partir de los años 60 y 70 y, en particular, al reconocimiento en estos últimos años por los juzgados y tribunales del derecho musulmán de familia. Desde hace treinta años Europa conoce una ola de inmigración musulmana sin precedentes. Se estima que en la actualidad están instalados en Europa entre 15 y 20 millones de personas de religión musulmana.

Llamados a intervenir en las relaciones de derecho privado que conciernen a nacionales de países de derecho musulmán, las autoridades judiciales o administrativas de los estados europeos deben aplicar, a veces, reglas derivadas del derecho musulmán o deben enfrentarse al reconocimiento de instituciones jurídicas musulmanas, que producen efectos en el derecho interno. Puede suceder que estas instituciones sean desconocidas en Europa o que difieran sensiblemente de las instituciones correspondientes de los sistemas jurídicos occidentales². La aplicación en el derecho interno de los países europeos de instituciones inspiradas en el derecho musulmán de familia –se trate de la dote, del tutor matrimonial o del repudio, por no citar más que estos ejemplos– afecta a una amplia problemática, compleja y técnica. Ésta engloba un gran número de cuestiones ligadas a la aplicación de un derecho de origen no-occidental en comportamientos y prácticas que determinan la posición familiar de un grupo de justiciables que no cesa de crecer en Europa³.



La experiencia en toda Europa, en estos últimos años, muestra que estas situaciones se han presentado sobre todo en los asuntos que competen al derecho de las personas, de la familia y de sucesiones. Los conflictos con las legislaciones de tradición occidental se manifiestan de manera más brusca en el dominio de lo que en derecho se llama el *estatuto personal*. Algunos lo consideran una parte del “conflicto de civilizaciones”⁴. Para el jurista, la cuestión de la aplicación de reglas del derecho musulmán de familia en la regulación de comportamientos y prácticas cotidianas, y sobre todo, en todo lo que concierne a la situación matrimonial y a sus efectos, plantea el problema de la aplicación de criterios de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La posición jurídica de los musulmanes en la emigración constituye hoy en Europa, cincuenta años después de la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, uno de los nuevos ámbitos de su puesta en práctica. El derecho musulmán, de origen religioso, conoce instituciones que son a veces incompatibles con los principios que inspiran esta Declaración y con ella la Convención Europea de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH)⁵. Estos principios son imperativos; afectan, desde hace casi medio siglo, a la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales.

En esta breve contribución, intentamos presentar algunos de los factores que, ante la cuestión de la aplicación del derecho musulmán como derecho de familia, incitan a los tribunales tanto a rechazar la importación de instituciones que se enfrentan a criterios de protección de Derechos Humanos y de libertades fundamentales –por ejemplo, amparándose en el orden público– como, al contrario, a consagrar en nombre de estos mismos criterios (por ejemplo, el interés del niño) ciertas reglas conocidas del derecho musulmán de familia.

En el estudio de la jurisprudencia de los últimos años en toda Europa, apa-



recen similitudes y diferencias: las soluciones legales y jurisprudenciales divergen no sólo según el país sino también según la institución del derecho de familia, y, a veces, según los objetivos defendidos por el juez competente. Para comprobarlo, basta hacer un análisis de la jurisprudencia sobre la poligamia y el repudio, o prestar atención a algunas reglas en particular, menos conocidas, como el impedimento del matrimonio por motivos de religión, la atribución al padre de la patria potestad sobre los hijos, la prohibición de investigar la filiación natural o de proceder a una adopción, o incluso las diferencias entre herederos por razón de su religión o de su sexo. Las dificultades se presentan en dos aspectos:

1º

Las diferencias entre el derecho musulmán de familia y los sistemas de derecho familiar de los países europeos son causa de numerosas complicaciones, tanto en el plano de la calificación (véase II: “La calificación”), como en relación al derecho aplicable, es decir, la cuestión de la conexión; (*cf. infra*: III, “La conexión”), y particularmente la cuestión de la aplicación del derecho extranjero (*cf. infra*: IV. “La excepción del orden público”).

4

Véase: MERCIER, P., *Conflicts de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève, 1972; DEPPEZ, L., “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, en: *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, vol. 211, 1988-IV.

5

Para un estudio más profundo de esta Convención y un examen sistemático de jurisprudencia, véase: PETITI, LE., DECAUX, E., IMBERT, P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1995.

6

Cf. supra nota 2.

7

Para un análisis de las cuestiones que puede suscitar la dificultad de ‘cualificación’ en derecho francés de una institución de derecho musulmán de familia, véase: HOCHART, C., Nota *infra*: Cour d'Appel París, 8 décembre 1992, Dalloz 1994, 11.272. En este caso se trataba de dar una interpretación jurídica lo más correcta posible en derecho francés de las liberalidades que acompañan al matrimonio musulmán.

8

Por otra parte, no es posible proceder de otro modo, en particular cuando el derecho del foro ignora la institución extranjera en cuestión.

9

Sucede que, para ser oponible, el repudio deber ser notificado al cónyuge delante del juez. Es el caso, por ejemplo, en derecho marroquí (art. 48 *Mudawwana*). *Cf. infra* nota 12.

**2º**

Los tribunales eligen caminos diferentes –para llegar a veces a resultados parecidos– al tratar estas cuestiones. Todo esto crea una situación de gran incertidumbre, tanto para los justiciables directamente afectados como para los profesionales del derecho que deben tratar los conflictos familiares entre nacionales de países de origen de derecho musulmán.

Para obrar correctamente, se debería poder proceder al análisis de la bibliografía y de la jurisprudencia de los principales países de recepción de inmigración que comparten, en materia de leyes y conflictos de leyes, una amplia tradición común, al menos comparable: Francia, Bélgica, Países Bajos y Alemania. Desde hace algunos años los trabajos se multiplican⁵. En esta contribución nos limitaremos a formular algunas observaciones preliminares de un análisis de la jurisprudencia y la doctrina belga principalmente y –en menor medida– francesa.

Trataremos sucesivamente las dificultades ligadas a la calificación en el sentido propio del derecho internacional privado, de la influencia del criterio de vinculación en la aplicación del derecho extranjero, y, finalmente, de la excepción del orden público. El objetivo es reagrupar algunas de las cuestiones esenciales que actualmente preocupan a los juristas europeos que tienen que resolver la cuestión del reconocimiento de los efectos discriminatorios de algunas instituciones del derecho musulmán de familia.

II. LA CALIFICACIÓN: DIFICULTADES LIGADAS A LA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El problema de la calificación en el derecho internacional privado se plantea cuando se trata de determinar el derecho aplicable a una situación o relación jurídica concreta. A fin de resolver la cuestión de qué de-

recho se aplica a una situación concreta –en este caso, se plantea la elección entre la aplicación del derecho del foro o el derecho musulmán–, el juez debe en primer lugar “calificar” la situación de la que se ha hecho cargo⁷. Esta cuestión tiene sus consecuencias, pues de esta identificación dependerá, en consecuencia, la regla de conexión, tanto a uno como a otro sistema jurídico. Dicho de otro modo, para el tribunal se trata de una cuestión de elección entre las diferentes reglas de conexión previstas por el derecho internacional privado del foro. Estas reglas no son necesariamente idénticas ante los diferentes aspectos jurídicos de la vida familiar: el contrato matrimonial, los efectos producidos por este, si llega el caso, su disolución, están cada uno regidos por reglas que no coinciden necesariamente sobre la cuestión del derecho a aplicar. El juez deberá en primer lugar determinar la cuestión de la *identificación* –llamada en derecho la calificación– de la institución o el aspecto del derecho familiar sobre el cual plantea un litigio en una situación concreta.

En algunos casos, las características del derecho musulmán de familia plantean, ya en este nivel, una dificultad previa, por el solo hecho de que los sistemas jurídicos inspirados por este derecho consagran diversas instituciones desconocidas para los sistemas jurídicos de los países occidentales. No es raro que los tribunales se vean abocados o incluso obligados a mostrar su ingenio: conviene, si llega el caso, que el juez busque la correspondencia de ciertas instituciones (en particular, en vista a los efectos que se derivan) con las categorías jurídicas utilizadas por las reglas de conflicto del derecho del foro. Especialmente en el caso en que el tribunal debe conocer una cuestión de poligamia o repudio o en el caso de (no)pago de la dote (*mahr*), del reconocimiento de la legitimidad de un hijo (*iqrar*) o, en fin, en caso de acogimiento familiar (*kafalah*).

Generalmente se admite que la operación de la calificación se compone

de dos fases. En la primera, se trata de analizar la institución jurídica extranjera para determinar sus características y su función. Este análisis debe hacerse a la luz del derecho extranjero que corresponda⁸.

En la segunda fase, que constituye la calificación propiamente dicha, hay que clasificar la institución extranjera en las categorías jurídicas previstas por las reglas de conflicto del foro: celebración y/o condiciones económicas del matrimonio, relaciones entre cónyuges, régimen matrimonial, divorcio, por no citar más que algunos ejemplos. En la mayor parte de los países occidentales, esta condición compete a la ley del foro, es decir, de conformidad con las nociones jurídicas a las que las reglas del conflicto del estado del foro hacen referencia. En la práctica se admite que estos conceptos deben ser interpretados en un sentido “amplio”, de manera que engloben las instituciones del derecho extranjero que tengan una *función similar*. En su defecto, sería imposible determinar el derecho aplicable, cuando una institución se manifestase extranjera/desconocida en el derecho del foro.

Así, por ejemplo, sólo una interpretación amplia de conceptos utilizados por el derecho internacional privado permite aplicar al repudio las reglas de vinculación relativas a la disolución del matrimonio por divorcio. Los tribunales no se atan a la letra de la ley, sino que aplican la norma de conflicto a toda disolución voluntaria del vínculo conyugal. El acto de repudio es, por así decirlo, asimilado a un divorcio, por la razón de que su efecto no es otro que la disolución del vínculo conyugal. Y esto, incluso si el repudio en el derecho musulmán es un acto privado que –contrariamente a lo previsto en Europa en la mayor parte de las legislaciones en materia de divorcio– no requiere normalmente la intervención de un juez ni otras autoridades estatales⁹. En este nivel de proximidad, al hablar de la calificación, no existe una verdadera alternativa, pues no existen otras reglas de conflicto



que pudieran ser aplicadas en esta materia. Sin embargo, esto no quiere decir que el juez esté obligado a reconocer, en el plano de los efectos, la desunión de la pareja de musulmanes. En la práctica, a menudo el juez rehusará finalmente el reconocimiento de un repudio extranjero argumentando sobre la base de las reglas de reconocimiento de sentencias extranjeras, en particular en razón de la violación de derechos de defensa o incluso del principio de igualdad de trato del hombre y la mujer. Volveremos a esta cuestión.

Otro ejemplo frecuentemente citado en este contexto es el de la poligamia, existente en el derecho musulmán de familia¹⁰, pero prohibida en Europa. En cuanto que cumple la misma función que el matrimonio, los tribunales han admitido que las reglas de conexión que conciernen a la validez del matrimonio pueden regir igualmente la cuestión del carácter oponible de algunos efectos derivados del matrimonio polígamo¹¹.

Las dificultades de la calificación son realmente difíciles de resolver cuando la institución de derecho musulmán cumple, según las circunstancias, varias funciones que, en la tradición europea son atribuidas a instituciones diferentes. En este caso, hay que analizar en primer lugar con atención la institución de derecho extranjero, sus diferentes funciones, y a continuación, elegir entre las reglas de conexión la que sea más apropiada a la cuestión en litigio. Estas dos operaciones no son siempre fáciles. ¿Cómo calificar, por poner un ejemplo concreto, una institución como el *tanzil* que en el derecho musulmán tiene como finalidad asegurar un sucesor a la persona que no tiene descendencia? El juez puede dudar entre las reglas de conflicto sobre la adopción simple y las aplicables en materia de sucesión. Según la elección efectuada, es decir según la calificación, el resultado variará. Los criterios de conexión aplicables en una adopción no coinciden necesariamente con los

criterios aplicables en caso de sucesiones y su reglamento. Por lo que sabemos, al menos en Bélgica, la cuestión no se ha planteado todavía.

Un problema de la calificación particularmente complejo, que se plantea con frecuencia a los jueces, es el de la dote (*mahr*), una institución que, según los casos, puede tener funciones diferentes¹². Considerada por algunas escuelas de derecho musulmán como una condición de validez del matrimonio, su verdadera función se manifiesta sobre todo en caso de divorcio, en cuanto asegura a la mujer los medios de subsistencia: desde este punto de vista, se trata de la ley que rige los alimentos o el divorcio. Pero al mismo tiempo, la dote puede ser vista como una atribución patrimonial hecha por el marido a la mujer; como tal, se trataría del régimen matrimonial. Según el punto de vista (la calificación) la norma de conexión diferirá.

El último caso que vamos a mencionar en relación con la calificación es aquel en el que el juez competente se encuentra en presencia de un acto jurídico o de una institución musulmana desconocida para la *lex fori*, es decir, la ley nacional del foro. El tribunal deberá entonces decidir la cuestión sobre si el reconocimiento realza las reglas sobre los conflictos de leyes (la conexión) o más bien las reglas sobre la validez del reconocimiento de sentencias o actos extranjeros (y en consecuencia sus efectos). Tal es el caso, por ejemplo, de un repudio efectuado en el extranjero. Aunque la ley de un estado musulmán exija que el repudio sea notificado al cónyuge delante del juez, no es menos cierto que la función de éste no es otra que *constatar* la voluntad unilateral del marido de disolver el matrimonio¹³. La jurisprudencia sobre esta cuestión no es unánime: algunos tribunales rechazan el reconocimiento de un repudio efectuado en el extranjero, argumentando a partir de las reglas del reconocimiento de juicios extranjeros –en este caso, el no-

reconocimiento–, en particular en razón de la violación del derecho a la defensa. Volveremos a este punto. Otros tribunales, por el contrario, en ausencia de normas expresas, someten los repudios pronunciados en el extranjero a las reglas de conflictos de leyes, siendo tratados como un repudio pronunciado en el interior del país¹⁴.

III. LA CONEXIÓN: EL PAPEL DE LA NACIONALIDAD, EL DOMICILIO Y LA RESIDENCIA HABITUAL

Una vez efectuada la calificación, es posible que el criterio de conexión aplicable –es decir, por la aplicación de la regla de conflicto de leyes vinculando una situación particular a un sistema de derecho o a otro– conduzca a la aplicación del derecho musulmán. Es el caso de los países que en su derecho internacional privado hacen un amplio uso del criterio de conexión de la nacionalidad. Por ejemplo Francia, Bélgica, España e Italia, donde los musulmanes, en gran número, han mantenido la nacionalidad de un país que aplica el derecho musulmán en materia de derecho de la persona, de familia y de sucesiones.

1

La cuestión de la compatibilidad de algunas instituciones musulmanas con el orden público del foro

Hay que saber en qué condiciones será considerada la aplicación del principio de una u otra institución de derecho musulmán en el ordenamiento jurídico del estado del foro (o sea, en Europa). Esta cuestión plantea algunos problemas. Un problema particular ligado al estatuto personal de los musulmanes en Europa es la cuestión de la compatibilidad de algunas instituciones musulmanas con el orden público del foro.

Para evitar el riesgo de que la aplicación de la regla de conflicto tenga



10 Abolido (en derecho) sin embargo en Turquía y en Túnez.

11 La cuestión de saber si una persona casada puede contraer un nuevo matrimonio está considerada tradicionalmente, en la mayor parte de los países europeos, como una cuestión de validez del matrimonio. Véase, entre otros: BOURDELOIS, G., *opus cit.*, 1993.

12 EL KAROUNI, M., “La dot: une institution contraire à l’ordre public international belge?”, en FOGLETS, M.C., STRUBOSCH (dir.), *Relations familiales interculturelles/Cross-Cultural Family Relations*, Onati papers (n° 8), IISL, 1999, 85-108.

13 Véanse, entre otros: CARLIER, J-Y., *La reconnaissance en Belgique de répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l’ordre public répudié?*, Journal des Tribunaux, 1985, 101-108.

14 Dicho esto, frecuentemente las reglas de conflicto (de leyes) no consideran más que el divorcio –siendo el repudio ajeno a nuestra tradición jurídica–. En este caso, como hemos dicho anteriormente, los tribunales no se atan a la letra de la ley, sino que aplican la regla de conflicto a cualquier forma de disolución voluntaria del lazo conyugal. No hay una alternativa real, en defecto de otras reglas de conflicto que podrían ser invocadas en el caso.

15 Véanse, entre otros: MEEUSEN, J., *Nationalisme en internationalisme in het international privaatrecht* [Nacionalismo e internacionalismo en el derecho privado belga], Anvers, Intersentia, 1997, *opus cit.*, 1997.

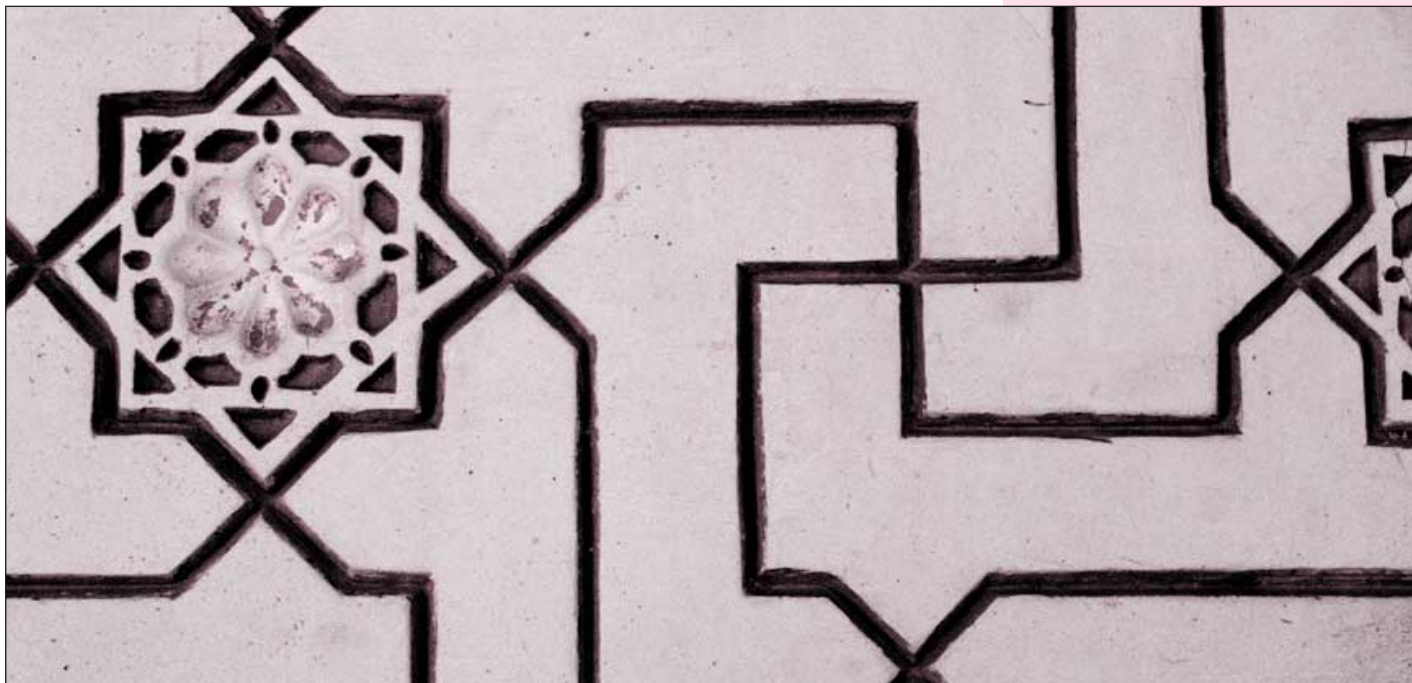
como resultado la homologación en el orden jurídico del foro (los efectos) de una institución de derecho musulmán que iría en contra de los fundamentos de éste, (es decir, el orden jurídico del foro) existe en derecho internacional privado la conocida técnica de rechazar el derecho extranjero siempre que la aplicación de este último corra el riesgo de conducir a situaciones incompatibles con los principios fundamentales del orden jurídico interno. El derecho extranjero es rechazado por el recurso a la excepción de orden público. La apertura a las instituciones extranjeras realizada por la conexión a la ley nacional está limitada por la necesidad de respetar algunos principios considerados superiores. La reserva del orden público es reclamada, particularmente en los últimos años, cuando las reglas de conexión designan el derecho musulmán¹⁵. En efecto, algunas instituciones islámicas son susceptibles de entrar en conflicto con los principios considerados fundamentales en la mayor parte de los países europeos. El ejemplo citado más frecuente en este contexto es el desigual trato de la mujer musulmana, que está en contradicción con el principio de no-dis-

crimación, tanto por razón de sexo (la poligamia, el repudio, el derecho de guarda y custodia de los hijos), como por razón de la religión (la prohibición religiosa en materia de matrimonio) o incluso, las reglas que excluyen a los no-musulmanes de la sucesión de un musulmán.

De forma general, el trato desigual de la mujer musulmana en el ámbito del derecho de familia se explica hoy de dos maneras. Una primera explicación, que a corto plazo no podrá ser, por definición, rebatida por la vía del derecho (es decir, las técnicas jurídicas), viene de la tradición: en el seno de algunas familias, las prácticas discriminatorias persisten. Conciernen principalmente a la educación y a la cultura. Las discriminaciones que son consecuencia de tradiciones y costumbres no son exclusivas de las comunidades musulmanas, existen en todas las sociedades. Pensemos, por ejemplo, en la educación más severa dada a las chicas o incluso, a la reivindicación de los padres de elegir la pareja de sus hijos, en particular de su(s) hija(s) y a la gestión por parte del marido del patrimonio común.

Una segunda explicación está ligada al ya mencionado derecho de la persona hoy todavía en vigor en varios países europeos, es decir, un sistema que permite aplicar en los países de residencia (esto es válido tanto en Francia como en Bélgica) un derecho extranjero discriminatorio. Esta posibilidad es consecuencia de la aplicación de la regla de conflicto en derecho internacional privado (deducido, en el derecho belga, de art. 3 apartado 3 del CC), que conduce tanto a declarar aplicable una ley extranjera como a reconocer las consecuencias de una situación jurídica o de una sentencia fallada en el extranjero. Ya hemos hecho referencia a ello.

La jurisprudencia y la doctrina están divididas sobre la (o las) manera(s) de combatir los efectos discriminatorios de la regla de conflicto que conduce a la aplicación de una regla del derecho musulmán de familia. En la práctica, las discriminaciones por razón



de sexo en el ámbito del estatuto personal, debidas a la aplicabilidad de disposiciones de derecho(s) extranjero(s), se enfrentan frecuentemente con *la excepción del orden público*¹⁶: los funcionarios y empleados de la administración del Estado rechazan aplicar una reglamentación discriminatoria de factura extranjera¹⁷. Hoy la mayor parte de los países europeos están vinculados a diferentes tratados y reglamentaciones no-discriminatorias¹⁸.

La prohibición de la discriminación por razón de sexo proviene del ámbito del orden público, que en principio no permite la excepción.

Por tanto, la referencia al orden público no elimina el problema del trato desigual (de hecho, de la mujer musulmana). La protección del orden público constituye en la práctica una última defensa que no puede, sin embargo, anular completamente los efectos de una situación concreta adquirida conforme al derecho extranjero. A pesar de la función protectora del orden público, se mantienen con fuerza algunas discriminaciones específicas:

1 sea porque estas discriminaciones son efectivamente reconocidas y mantenidas por los sistemas extranjeros de derecho de familia, lo que implica di-

ferencias de trato –en el país de residencia (en Europa) y en el país de origen– de una misma figura¹⁹ (situaciones calificadas en derecho internacional privado como “defectuosas”);

2 sea porque los tribunales y administraciones no se ponen de acuerdo entre ellos en la manera de prohibir la discriminación: algunos magistrados dan preferencia al reconocimiento parcial de relaciones discriminatorias, porque parten del principio de que actuando de otro modo el resultado no sería mejor, es decir que no se lograría una solución más ventajosa para las partes²⁰. En principio, se mantiene la regla de conflicto que designa el derecho extranjero, sin autorizar sin embargo la aplicación –sea en Francia, en Alemania, Países Bajos o incluso en Bélgica– de disposiciones o instituciones discriminatorias en derecho extranjero. En otros términos: se aceptan las consecuencias de las disposiciones no-discriminatorias del derecho extranjero, pero se rechaza reconocer las disposiciones y/o instituciones discriminatorias. Por su gran flexibilidad, esta solución es también poco segura: depende de la casuística que el derecho extranjero sea considerado discriminatorio o no, los tribunales juzgan caso por caso.

16

Sobre la excepción del orden público y su utilización en derecho internacional privado, véase en particular: LAGARDE, P., “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommages à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 263-282.

Para una aproximación particularmente crítica de la utilización de la excepción del orden público en derecho internacional privado belga, véase: HEYVAERT, A., “De grenzen van de gezinsautonomie en de internationale openbare orde in België” [Los límites de la autonomía de la pareja y el orden público internacional en Bélgica], *Rechtskundig Weekblad*, 1981-1982, 2221-2242; del mismo autor: “De gezinsrechtelijke situatie van Maokkanen met vast verblijf in België” [La posición familiar de los naturales marroquíes que residen de forma prolongada en Bélgica], en DE FEYTER, K., FOLETS, M.-C., HUBEAU, B. (red.), *Migratie-en migrantenrecht (1)*, Bruges, La Chartre, 1995, 287-338; VAN MENSEL, A., “De houding van de Belgische rechters t.a.v. de echtscheiding door verstoting” [La actitud de los jueces belgas ante el repudio] (nota infra: Justice de Paix, Gand, 30 avril 1990 et 22 mai 1989, *Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak*, 1990, 8-15; CARLIER, L.-Y., “Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l’étranger”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 1991, 165-172.

17

Para las ilustraciones, véase, entre otros: SAROLEA, S., “Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1988-1996)”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 1997, 9-30.



18

Véase, entre otros: LEMMEN, P., ALEN, A. (dir.), *Egalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991; BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976; VELU, J., *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme*, Bruxelles, Swinnen, 1981; RIMANQUE, K., *De toepassing van het EVRM in de praktijk* [La aplicación en la práctica de la Convención europea de los derechos humanos y las libertades fundamentales], Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987; más reciente: THEUNIS, L., "Het gelijkheidsbeginsel - Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorverking in private rechtsverhoudingen" [El principio de igualdad - Marco de interpretación jurídica con especial atención sobre las 'desigualdades correctivas' y el efecto horizontal en las relaciones privadas], en *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht* [Las repercusiones del derecho público en el derecho privado], Gand, Mys & Breesch (cycle W. Delva 1996-1997), 1997, 129-182.

19

Esto es válido igualmente en el caso de las mujeres naturalizadas belgas, con doble nacionalidad.

20

Véase, por ejemplo: Tribunal de Première Instance (civil, 5ème chambre), Namur, 17 mai 1990. El Tribunal estima que el *talaq* (repudio unilateral a iniciativa del esposo) es un acto jurídico público que tiene su fuerza obligatoria en la sola voluntad del marido, sin posibilidad de rechazo o de sanción por defecto de homologación. Para el juez aquí no hay lugar al debate, con la consecuencia de que el control del respeto de los derechos de la defensa (de la mujer) no se concibe. El *talaq* no sería considerado contrario al orden público internacional belga por el único motivo del no-respeto a los derechos de defensa de la esposa. En opinión del tribunal, no se podría argumentar un no-respeto de la igualdad de los esposos, pues hay que comprender y aceptar la existencia en otros órdenes jurídicos de una concepción diferente del divorcio. En cuanto al concepto de orden público, hay que distinguir la adquisición de un derecho en Bélgica y la producción de los efectos de un derecho adquirido en el extranjero. El tribunal reconoce la validez del repudio. Sin embargo en cuanto a la pensión por alimentos, la ley marroquí es rechazada en nombre del orden público. Además de la dote por consolación, que se juzga insuficiente, el tribunal acuerda una pensión alimenticia. Según el juez, conforme al derecho belga, en el repudio unilateral puede, a semejanza del divorcio basado en la separación de hecho (art. 232 del Código civil belga), considerarse que se hace recaer sobre el marido una presunción de imputabilidad de la separación de las partes (Civ. Namur (5ème ch.), *Revue trimestrielle de droit familial*, 1990, 4V, nota infra J.-Y. CARLIER; et *Revue du droit des étrangers*, 1991, n° 64, 225).

21

Para un análisis comparativo reciente, véase: AL-DEEB, S., BONOMI, A. (dir.), *opus cit.*, 2000.

22

Véase, entre otros: LAGARDE, R., *opus cit.*, 1993.

23

BALLION, R. "La pratique judiciaire administrative et le droit maghrébin des personnes dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles", *Journal des Juges de Paix et de Police*, 1989, 69-94.

La afirmación es válida también para el recurso a la excepción del orden público: en la práctica las opiniones de los tribunales difieren sobre qué principios de derecho se verían amenazados en particular en caso de conexión de una situación concreta al derecho musulmán. Un rápido examen de la jurisprudencia pone de manifiesto que el tipo de lesión al orden público, que se considera que producen algunas instituciones musulmanas, difiere según los países y la jurisprudencia de los tribunales estudiados²¹. Por ejemplo, los impedimentos religiosos a la unión conyugal han sido considerados tanto como contrarios al principio de libertad de matrimonio, como contrarios al principio de laicidad del matrimonio, e incluso contrarios a los principios de no-discriminación por razón de religión y de igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, el repudio se ha considerado en contradicción con el principio de igualdad de los cónyuges, pero también en contradicción con la dignidad de la mujer y por razón de su carácter unilateral, en contradicción con el derecho de defensa (de la mujer).

Todo esto hace muy problemático el recurso a la excepción del orden público. En general se admite que el derecho extranjero puede ser excluido solamente en la medida en que su aplicación conduzca en *esas circunstancias concretas* a un resultado intolerable. Esto se hace para limitar los efectos nefastos del recurso automático al orden público, que conduce a evitar el derecho musulmán de manera sistemática pero por motivos diversos.

En otros términos, el examen (de la oposición a algunos principios considerados fundamentales) debe hacerse en relación con la situación concreta, el orden público debe tener un carácter concreto²². Esto quiere decir que el examen concreto de una situación debe permitir eventualmente, a la luz de las circunstancias particulares en las cuales ésta se produce, el reconocimiento de ciertos efectos de una institución de derecho musulmán incluso si ésta, considerada de forma

abstracta, está en flagrante contradicción con un principio fundamental del foro. Así por ejemplo, algunos tribunales han llegado a reconocer si no la validez, al menos algunos de los efectos producidos por un matrimonio polígamo, en razón de que los intereses de los hijos y su protección estarían mejor protegidos por un reconocimiento –aunque sea parcial– de la situación conyugal de los padres. Otro ejemplo es el del repudio: no es raro que un juez tenga en consideración que el repudio haya sido hecho con el consentimiento, o ante la demanda de la mujer, para superar el obstáculo del orden público y permitir a la mujer musulmana obtener la disolución del vínculo conyugal²³. Este es en particular el caso, cuando el reconocimiento del repudio pronunciado en el extranjero es solicitado por la mujer que busca así, pasa ella misma, obtener la posibilidad de volverse a casar con otro hombre. Es cierto que la opinión no es unánime: algunos jueces siguen negándole al repudio todo efecto, sin tener en cuenta la voluntad individual o los intereses personales de la mujer "repudiada". El tercer y último ejemplo que aportamos, se trata de la atribución automática de la patria potestad al padre en el derecho musulmán: aunque radicalmente discriminatorio para la madre, no se excluye que esta atribución sea considerada, según los casos, como conforme al interés concreto del niño implicado; el examen de la situación personal de las partes conducirá al principio de la no-discriminación y se aplicará efectivamente la regla de derecho musulmán.

Otro matiz que permite atenuar en cierto modo los efectos no deseados de un recurso al orden público por demasiado automático y arbitrario, consiste en no utilizar la excepción del orden público con la misma intensidad cuando se trata de la adquisición de un derecho o el establecimiento de una relación jurídica (o, por el contrario, su expiración) en el estado del foro o bien el reconocimiento en este estado de los efectos de una situación adquirida, sin frau-



de, en el extranjero, de conformidad con la ley aplicable según el derecho internacional privado. Esta actitud lleva en derecho internacional privado a la teoría llamada del *efecto atenuado* del orden público.

La aplicación de esta teoría ha permitido, durante unos años, una flexibilización significativa de la jurisprudencia –en Francia sobre todo– en materia de reconocimiento del repudio y del matrimonio polígamo²⁴, cuando éstos se habían realizado en los países de origen de las partes. Desprovisto de todo efecto, cuando el repudio ha sido realizado en Francia o en Bélgica, ciertos efectos de repudios hechos en el extranjero, en conformidad con la ley nacional de las partes, han podido ser reconocidos²⁵. Sucede lo mismo con los efectos del matrimonio polígamo válidamente contraído en el extranjero²⁶. Este acercamiento, que tuvo cierto éxito en los años 80, debe ser hoy cuestionado, hasta el punto de haber llevado a los tribunales –franceses en particular– a dar marcha atrás y a *rechazar* más decididamente el reconocimiento de los efectos del repudio obtenido en el extranjero²⁷.

Hay que reconocer que las críticas son significativas. Algunos previenen

contra los abusos, teniendo en cuenta que los naturales, nacionales de un país de derecho musulmán, estarían de alguna manera autorizados a ir a repudiar a su mujer al país de origen, incluso si la pareja está establecida en Europa. Haciendo intervenir el orden público de manera “atenuada” (atribuyendo una importancia decisiva al lugar donde el acto controvertido se ha llevado a cabo) se corre el riesgo de cometer una negligencia ante los intereses de la mujer repudiada. ¿Cómo estar seguros de su consentimiento libre y completo, cuando el repudio se ha realizado en el extranjero? También las decisiones judiciales son hoy más prudentes: los tribunales expresan su preocupación por proteger los intereses de la mujer sobre todo cuando esta adopta la nacionalidad del foro (por ejemplo, francesa o belga) o dan prioridad a un divorcio judicial iniciado en Europa –donde residen las partes– *ante* un eventual repudio extranjero consecutivo. Estas decisiones están motivadas por referencia a ciertos principios fundamentales reconocidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. Ya las hemos citado: por una parte, la igualdad de los cónyuges (art. 14 CEDH) y el derecho de

24

Véase, entre otros: BOURDELOIS, B., *opus cit.* 1993; ANCEL, B. “Le statut de la femme polygame”, en: DEKETUWER-DEFOSSEZ, Fr., (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations internationales*, París, LCDJ. 1993, 105-123.

25

Para un análisis de la jurisprudencia que, en los Países Bajos, ha servido para zanjar la cuestión: JORDENS-COTRAN, L., “Quelle attitude à l'égard de la répudiation? Le cas des Pays-Bas”, en: FOLETS, M.-C., STRIJBOSCH, F. (dir.), *opus cit.*, 1999, 199-220; más reciente, del mismo autor: *opus cit.*, 2000, 207-222.

26

Véase preferentemente: TAVERNE, M. “Quelques réflexions à propos de la polygamie”, *Annales de Droit de Louvain*, 1983, 237-238.

27

Sobre esta cuestión véanse, entre otros: LAGARDE, P., *opus cit.*, 1993, 263-282; MONEGER, Fr., “Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français”, *Journal de droit international* (Clunet), 1992, 345-374; ALEXANDRE, D. “La protection de l'épouse contre la répudiation”, en: DEKEUWER-DEFOSSEZ, Fr. (dir.), *opus cit.*, 1993, 125; para un repertorio cronológico actualizado de la jurisprudencia belga sobre esta cuestión, véase: FOLETS, M.-C. (dir.), *opus cit.*, 1998, 295-376, y en particular 376.

28

Véase en particular: MONEGER, Fr., “La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *Revue critique de droit international privé*, 1984, 29-69 et 267-288; para una reevaluación de los (escasos) resultados efectivos obtenidos en la aplicación de esta de esta Convención, del mismo autor: “L'application de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 par la jurisprudence française”, en: FOLETS, M.-C., STRIJBOSCH, F. (dir.), *opus cit.*, 1999, 185-198.

29

Véase, entre otros: CARLIER, J.-Y., “Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 1994, n° 3, 447-462; FOLETS, M.-C., “Remanagements de quelques dispositions-clés du Code de Statut Personnel et des Successions marocain relative à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées?”, *Revue du droit des étrangers*, 1994, 125-135.

30

SARHANE, F., LAHLOU-RACHDI, N., “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois à l'épreuve de la pratique”, en *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Les conflits de lois: le statut personnel* (Cahiers des droits maghrébins), 1995, n° 1, 81-108; ELGEDDAWY, A.K., o.c., 1971, 144-172; DEPREZ, L., *opus cit.*, 1988, 42 ss.

31

El derecho belga excluye sobre la base de uno u otro criterio. Véanse, entre otros: WATTE, N., “Les relations familiales en droit international privé et l'incidence du principe de l'égalité entre l'homme et la femme”, en *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst* (T. II), Bruxelles, Nemesis, 1986, 911-928.



la mujer a ser oída en el marco del proceso judicial de disolución de su matrimonio (art. 16 CEDH). La hostilidad de la jurisprudencia a reconocer los efectos del repudio es hoy manifiesta.

Podríamos multiplicar los ejemplos. Está claro que las diferencias técnicas utilizadas por jueces y tribunales para modular la intervención del orden público testimonian el dilema en que se encuentra el juez en Europa desde hace unos años cuando se enfrenta a instituciones musulmanas. La concreción del orden público basada en la jerarquización de intereses en juego puede hacerse de diferentes maneras. Hemos mencionado algunas. Pero el recurso al orden público para hacer fracasar un derecho extranjero no es una solución afortunada. Por diversas razones, por otra parte. No sólo la solución no será reconocida realmente en el país de origen de las partes; independientemente de este riesgo, la principal razón, por la cual el recurso a la excepción del orden público debe quedar como una solución excepcional, reside, a nuestro entender, en el hecho de que su aplicación depende en definitiva de la función del juez. Conocemos el resultado. Una jurisprudencia muy dividida y titubeante sobre la cuestión.

2

¿La conexión a la nacionalidad o al domicilio de las partes?

Hay otras maneras menos inciertas de combatir, en el ámbito del derecho, las incompatibilidades con ciertos principios jurídicos fundamentales. En los países donde la nacionalidad todavía se usa ampliamente como criterio de conexión en materia de derecho de familia, el criterio del domicilio o el de residencia tienen, a día de hoy, una función sobre todo subsidiaria, de manera que no son tenidos en cuenta más que cuando el criterio de la nacionalidad es inoperante (por ejemplo, en el caso de los apátridas) o cuando no es unívoco (cuando se trata



de relaciones conyugales entre esposos de diferentes nacionalidades). Un medio de combatir los efectos considerados como inaceptables de las instituciones de derecho musulmán, como la discriminación de la mujer, es ponerlos en cuestión y modificar la regla de conflicto.

La regla de conflicto de leyes que actualmente designan el derecho nacional de las partes es reemplazada en este caso por una regla de conflicto que designa el derecho del foro. La razón es que éste, que además coincide con el derecho de la residencia habitual de las partes, ofrece como punto de partida garantías de igualdad de trato entre los cónyuges (por ejemplo, en lo que concierne al divorcio).

Otra solución posible es la que, después de acuerdos diplomáticos, se ha adoptado en Bélgica. Consiste en adoptar acuerdos bilaterales con los países de origen de las comunidades musulmanas de inmigrantes²⁸. La finalidad de estos acuerdos es establecer entre Bélgica y esos países, por ejemplo Marruecos, reglas de conflicto de ley y de jurisdicción que garanticen el reconocimiento recíproco de soluciones que, tanto en Bélgica

como en Marruecos, hubieran sido elaboradas por los tribunales para regular los litigios familiares entre parejas marroquíes, así como en el seno de matrimonios mixtos entre belgas y marroquíes²⁹.

Cualquiera de esas dos soluciones refleja una *elección política*. A través de la modificación de la regla de conflicto de ley (designando la ley nacional de las partes) a favor de la aplicación generalizada del derecho del foro (la residencia habitual), se opta por una fórmula de *integración forzada* de las familias de musulmanes residentes en Europa a las reglas del derecho de familia vigente en el país de su residencia habitual. Esto no evita complicaciones eventuales que pueden derivar de esa solución, como el hecho de que la aplicación del derecho del foro, generalmente, no es reconocido en el país de origen³⁰. La solución que se les aplica no es exportable.

Esta solución contrasta fuertemente con la solución que mantiene la aplicación del derecho extranjero en la medida en que no sea discriminatorio³¹. Esta última solución autoriza o permite un cierto grado de *pluralismo* en el ámbito del estatuto personal, en la medida en que las



personas implicadas conserven la nacionalidad extranjera y no la acumulen con la nacionalidad del foro. En esta hipótesis, una persona musulmana tiene la posibilidad, en el marco de sus relaciones familiares, de continuar invocando el respeto de disposiciones de derecho de su nacionalidad en ciertos aspectos de su estatuto personal⁸².

En los años 80 y 90, varias reformas legislativas, especialmente en Italia y en Alemania, han hecho perder a la nacionalidad su aureola casi sagrada. Especialmente en consideración de un gran número de inmigrantes, varias voces se han hecho oír para reducir el papel de la regla de la conexión de la nacionalidad. En el derecho internacional privado francés y belga, la preferencia del Código Civil por el criterio de la nacionalidad se ha atemperado con los años por la jurisprudencia que por diversos motivos aplica en la actualidad el criterio del domicilio⁸³.

El legislador belga, ha dictado reglas de conflicto particulares, especialmente en materia de filiación y divorcio, y ha introducido diversas reglas fundadas en el criterio de domicilio o residencia habitual⁸⁴.

El resultado de estas evoluciones diversas es indudable. Con los años, se ha disminuido notablemente el ámbito de aplicación de la regla de conexión de la ley nacional de las partes.

Una parte de la doctrina sugiere restringir todavía más el ámbito de la ley nacional para someter el estatuto personal de los extranjeros a la ley del foro, cuando llevan residenciado un determinado número de años en el país, sin hacer ninguna distinción en virtud de la nacionalidad⁸⁵. La sugerencia se relaciona, directa o indirectamente, con la exigencia constantemente afirmada en la doctrina y en la Jurisprudencia, sobre todo en Alemania, de un vínculo mínimo de proximidad entre la situación litigiosa y el país del foro.

Según esta concepción, el derecho alemán se aplica a toda situación que por un grado suficiente de relación de proximidad (*Inlands o Binnenbeziehung*), con el país Alemania, está vinculada al orden jurídico alemán. La existencia de ese vínculo debe ser verificada caso por caso. La teoría de la relación de proximidad (*Inlandsbeziehung*) se ha aplicado expresamente en casos relacionados con el derecho musulmán. En materia de repudio realizada en el extranjero, por ejemplo, el derecho alemán se aplicará en el caso de que la mujer sea alemana o si la pareja vive desde hace tiempo en Alemania; en consecuencia no serán reconocidos los efectos de la disolución. Igualmente, en Francia el derecho musulmán ha sido evitado sobre todo cuando una de las partes tiene nacionalidad francesa o reside en Francia, tanto si se trata de la primera mujer de un matrimonio polígamo, como de la mujer repudiada en el extranjero o del niño que intenta el reconocimiento del vínculo de paternidad⁸⁶; esto es así especialmente cuando una de las partes merece protección en virtud de los criterios de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

3

Conexiones alternativas

A falta de unanimidad sobre las soluciones preferibles, no es raro que los tribunales adopten criterios de conexión alternativos según el fin perseguido.

Este método se utiliza para favorecer la validez formal de un acto jurídico. Tomemos como ejemplo el matrimonio celebrado entre musulmanes en forma privada, por ejemplo sin la participación de un funcionario civil del estado ni de un ministro de culto del país del foro. Esta forma de celebración está muy alejada de la concepción occidental del matrimonio. En todo caso no se puede negar que la celebración privada, con independencia de cómo se aplique ese término, tiene tam-

bién, en relación con las partes, la función de crear un vínculo conyugal. Algunos tribunales no han dudado en reconocer un matrimonio tal, siempre que sea válido según la ley del lugar de celebración o incluso en algunos casos según la ley nacional de la residencia de los esposos. El criterio de conexión en este caso es escogido en función del reconocimiento buscado (*favor matrimonii*)⁸⁷. El mismo tipo de razonamiento se encuentra en materia de reconocimiento de un menor. Debido a que el fin buscado es establecer una relación de filiación (*favor filiationis, favor legitimitatis*), el juez hace aplicación del derecho más favorable a la situación del derecho que intenta promover (establecimiento de una relación jurídica). No es raro que el juez por su elección de un criterio de conexión, busque evitar la aplicación del derecho musulmán cuando éste no está en armonía con el principio del interés del niño⁸⁸, sin que le sea necesario para proceder así, invocar la excepción de orden público.

Por otra parte, el resultado no es sistemáticamente en detrimento del derecho musulmán. Es verdad que las reglas de conflicto inspiradas en el "*favor filiationis*", por ejemplo, permiten evitar las reglas de derecho musulmán que son hostiles a la investigación de la paternidad natural⁸⁹. Hace falta ser consciente siempre de que esta solución (de conexiones alternativas) puede igualmente conducir a la aplicación del derecho musulmán cuando, en ciertas circunstancias, la ley nacional de las partes o la de una de ellas sea más favorable al menor. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el derecho musulmán reconoce el estatuto de hijo legítimo a un niño nacido después de la disolución del matrimonio o el niño reconocido por la vía del *igrar*⁹⁰ (institución de derecho musulmán que reconoce la paternidad a un menor de padre desconocido), así el estatuto del menor es legítimo, aunque sea de padre desconocido.



32

Y esto durante el tiempo en el que esta persona (masculina o femenina) permanezca nacionalizada en el país de origen, sin acumular esta primera nacionalidad con la del país de residencia.

33

Para una análisis de esta tendencia, tal como se perfila a través de la jurisprudencia belga, véase: MEEUSEN, J. *opus cit.*, Anver, Intersentia, 1997.

34

En Bélgica, sobre todo en materia de divorcio, por aplicación de la ley de 27 de junio de 1960 «sobre la admisibilidad del divorcio cuando al menos uno de los cónyuges es extranjero» (*Moniteur Belge*, 9 de julio de 1960); así como en materia de adopción, en virtud de la ley de 27 abril de 1987, habiendo introducido una reforma en el Código Civil belga (*Moniteur Belge*, 27 de mayo de 1987; en vigor desde el 6 de junio de 1987), que autoriza el establecimiento de una filiación adoptiva (adopción simple) por aplicación del derecho belga, incluso cuando la ley personal de los adoptantes o de uno de ellos no reconoce la filiación adoptiva. Véase, entre otros: VERWILGHEN, M., CARLIER, L.-Y., BÉDROUX, C., et DE BURLET, L., *L'adoption internationale en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991; VERWILGHEN, M., “Renouveau de l'adoption internationale”, en: VERWILGHEN, M., DE VALKENEER, R. (dir.), *Relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 149-170.

35

En este sentido: MONEGER, Fr., “Les musulmans [...]” *opus cit.*, 374; DEPPEZ, J., “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé”, en: FÖBLETS, M.-C., (dir.), *opus cit.*, 113 y ss.

36

Sobre este tema véase: LAGARDE, P., *opus cit.*, 1993, pp. 263-282.

37

Para ilustrar este reconocimiento véase: FÖBLETS, M.-C., “La celebration du mariage devant le Consul” (nota *infra* Civ. Liège, 28 juin 1991, *Revue du droit des étrangers*, 220-225.

38

Sobre este concepto y las múltiples definiciones que le han sido dadas en todo el mundo, analizadas a la luz de los Derechos humanos, véase: ALSTON, Ph. (dir.), *The Best Interest of The Child. Reconciling culture and Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

39

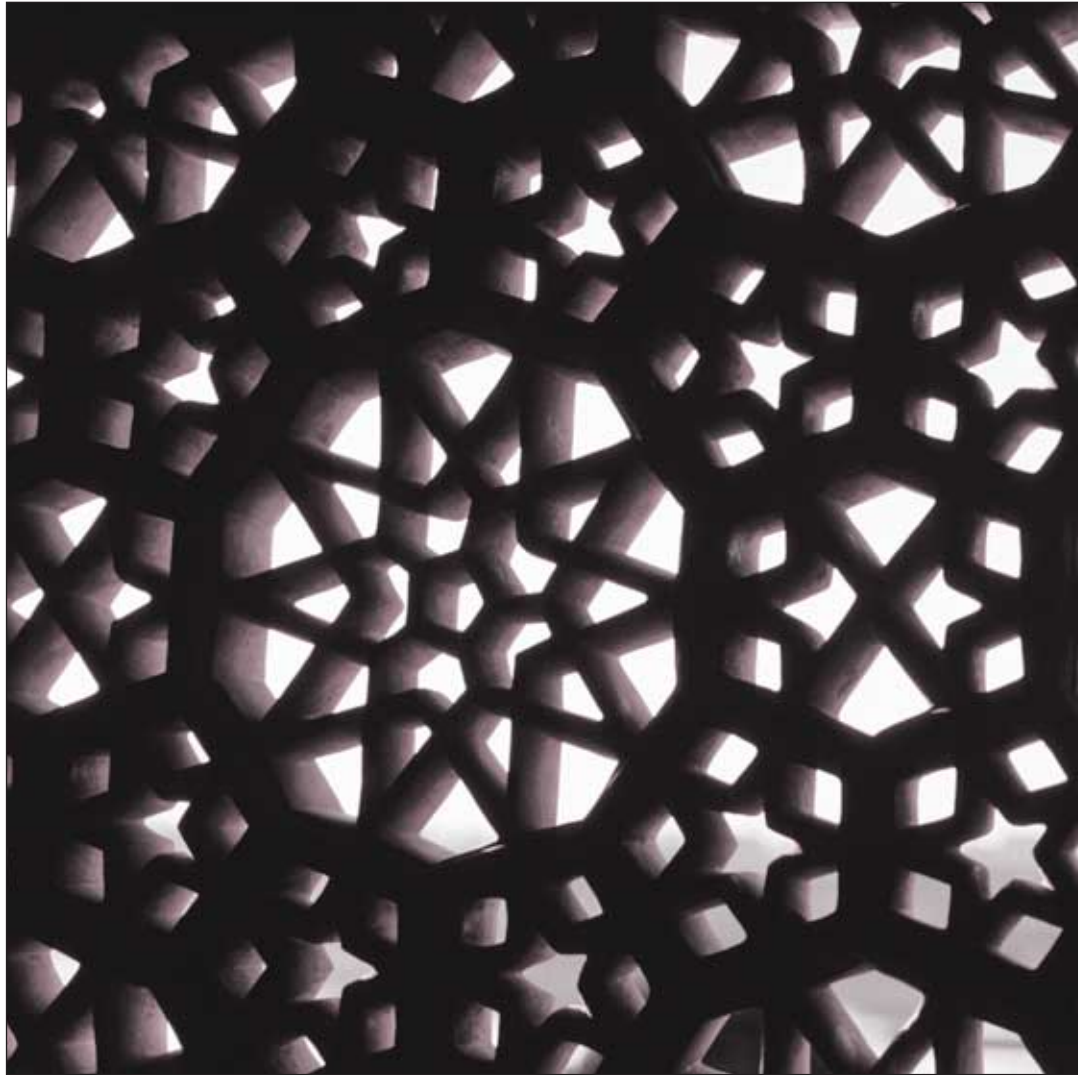
Véase, entre otros: VAN DEN ECKHOUT, V., “Tussen vaderschapsvermoeden en biologische werkelijkheid: komen opgelegde Marokkaanse afstammingswetten gelegen voor de ontrouwe echtgenote van een Marokkaans man?” (nota *infra*: Civ. Bruxelles, 27 octobre 1993), *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 1994, 108-115.

40

Según el análisis de esta institución de derecho musulmán muestra, se trata de un reconocimiento de paternidad que atribuye a un hijo cuyo padre es desconocido, el estatuto de hijo legítimo.

41

Para Bélgica, véase especialmente: WATTE, N., “Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales”, en VERWILGHEN, M., DE VALKENEER, R. (dir.), *opus cit.*, 1993, 239-275; y del mismo autor: “La loi du régime primaire de couples mixtes est-elle définitivement déterminée?” (nota *infra*: Cass., 25 mai 1992), *Revue générale de droit civil belge*, 1994, 127-133.



Los ejemplos pueden ser múltiples; llegados a este punto, está claro que los tribunales europeos aplican variablemente el derecho del foro o el derecho del país de origen de las partes, siguiendo las conexiones adoptadas por las reglas de conflicto del foro. El segundo caso puede llevarles a aplicar disposiciones del derecho de familia musulmán, en función de la nacionalidad de las partes.

No es posible hacer esto, como hemos intentado señalar, sin resolver dificultades jurídicas.

Para paliar estas dificultades existen fórmulas evasivas bien conocidas. Hemos citado ya algunas; el recurso a la excepción de orden público, la conexión alternativa, o, más categóricamente, la opción radical por una aplicación generalizada de la ley del domicilio de las partes.

4

La aplicación imperativa del derecho del foro: las leyes de policía

Cercana a esta última solución de la aplicación generalizada de la ley del domicilio de las partes, se encuentra el caso de la aplicación imperativa de la ley del foro. En algunos casos no se tiene en cuenta la aplicación del derecho extranjero, tanto si se trata del derecho de familia musulmán como de otro derecho extranjero, ya que la ley del foro es considerada la aplicable en tanto que ley de aplicación necesaria (ley de policía).

En Francia y en Bélgica, por ejemplo, la jurisprudencia ha atribuido a las reglas concernientes al régimen matrimonial denominadas “primarias” un dominio de aplicación estrictamente territorial que deroga las reglas de conflicto de leyes⁴¹.



Otro ejemplo es la obligación en varios países europeos de celebrar el matrimonio según la forma prevista por la *lex fori*, a saber ante un funcionario civil del Estado, sin tener en cuenta la nacionalidad de las partes. Este es claramente el caso en Alemania, Francia y Bélgica⁴².

También se aplica en materia de adopción de menores. Actualmente en varios países la adopción de menores se somete a la ley del foro. Haciéndolo así es posible evitar la prohibición de la adopción propia del derecho musulmán. Varios tribunales han homologado por este procedimiento la adopción de niños musulmanes que están en un país europeo con independencia de cual sea su nacionalidad⁴³.

Más matizadas son las soluciones que atemperan la aplicación de la ley del foro, obligando al juez a tener en cuenta las condiciones planteadas en la ley nacional de las partes. Esto se hace con el fin de evitar en la adopción de menores que dicha adopción, que no sería reconocida en el Estado de origen, termine siendo una situación de las denominadas habitualmente en derecho internacional privado como defectuosas.

El matiz es importante; permite, según las circunstancias, tener en cuenta las disposiciones del derecho musulmán, debido a que hacerlo de otro modo podría causar un perjuicio grave a las partes implicadas. La situación denominada defectuosa es una situación particularmente difícil de vivir.

5

La autonomía de las partes

La existencia de jerarquización entre ciertos principios de derecho característicos de la tradición occidental y las instituciones musulmanas ¿debe traducirse necesariamente en un conflicto abierto conducente a la aplicación de técnicas que eviten, con frecuencia de manera radical, el derecho musulmán? Es verdad que los tribunales no se ponen de acuerdo entre ellos de los criterios a aplicar para dar prioridad al derecho del foro. Esto condu-

ce a una situación injusta, con el defecto de que no ofrece un mínimo de seguridad jurídica a las partes implicadas. Hoy no queda excluido que situaciones idénticas que deban de conocer los jueces sean tratadas de manera radicalmente diferente, a pesar de que exista una configuración idéntica de los hechos y de los intereses en juego. Un juez hará gala de tolerancia en relación con una manera de organizar el estatuto personal y las relaciones de familia del derecho musulmán, otro dará prioridad a los principios fundamentales sobre los que se funda hoy en día la sociedad civil europea. Hemos puesto diversos ejemplos de esta división interna de la jurisprudencia.

Para salir de este impás, algunos autores proponen, de *lege ferenda*, tener en cuenta en el derecho internacional privado como punto de partida la autonomía de la voluntad de las partes y, en consecuencia, permitir a los extranjeros residentes en los países europeos el derecho a elegir entre la ley nacional y la ley de la residencia habitual⁴⁴.

Actualmente, en el ámbito del estatuto personal, la autonomía de la voluntad no juega ningún papel salvo en relación con ciertas situaciones que ponen en juego los intereses patrimoniales de las partes afectadas. En el derecho positivo interno, la elección del derecho es hoy admitida con ciertas condiciones en materia de regímenes matrimoniales. Esto es así, entre otros países, en Francia, Alemania, Bélgica y Suiza. Puede ocurrir que esto se aplique también en los derechos sucesorios.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, a día de hoy sólo el derecho español reconoce a los cónyuges que no tengan nacionalidad común el derecho de someter sus relaciones personales a la ley nacional de uno de ellos dos o a la ley del Estado de residencia. En Francia ciertas jurisdicciones han interpretado el hecho de contraer matrimonio según la forma prevista en el derecho musulmán (con estipulación de la dote) co-

42

Es cierto que en Bélgica se hace una excepción a esta regla en el matrimonio celebrado entre naturales marroquíes domiciliados en Bélgica. Estos, en virtud de un acuerdo entre Marruecos y Bélgica, tienen derecho a casarse ante autoridades consulares y religiosas marroquíes en Bélgica. Sobre este tema véase: VERHOEVEN, L., "Etat des personnes et compétences consulaires. À propos d'un accord belgo-marocain", *Journal des Tribunaux*, 1980, 717-722.

43

No obstante los legisladores evitan situaciones en las que el niño es conducido al país (es decir, a Europa) para ser allí adoptado según el derecho del foro. En efecto, solamente el niño residente regularmente en el territorio del Estado, es decir en conformidad con las leyes sobre emigración, será admitido para la adopción. en Europa); razón por la cual el principio de vinculación a la ley de la nacionalidad (es decir, al derecho musulmán que prohíbe la adopción) son de aplicación para los niños que no tienen su residencia habitual en Europa.

44

CARLIER, J-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

45

Véase, entre otros: GANAGE, P., "La pénétration de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Revue critique de droit international privé*, 1992, 425-454.

46

En esta dirección, entre otros: VONKEN, A.P., "Rechtswinding in het hedendaags internationale familierecht", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 1988, 51-99.



mo un indicio de la voluntad tácita de los cónyuges de someter sus bienes al derecho musulmán, que no reconoce otro régimen que el de la separación.

La solución de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho internacional de familia no es aceptada de forma unánime⁴⁵. La autonomía de la voluntad para unos no ofrecería un modelo de desarrollo para el derecho internacional de familia con las garantías requeridas de coherencia y seguridad jurídica⁴⁶.

Para otros, la solución presenta ciertas ventajas; la opción por un tipo de derecho permite soluciones adaptadas a las circunstancias particulares en relación con el derecho entre particulares. Permite, en la búsqueda de una armonía internacional, superar la oposición radical entre la ley nacional y la ley de residencia habitual.

Tradicionalmente, la solución de la ley nacional ha sido la adoptada en situaciones de inmigración temporal, pues subsiste la relación de proximidad con el país de origen. Por el contrario, la solución que remite a la ley de residencia habitual tiene en cuenta la referencia a una realidad nueva, fruto de una inmigración estable. La solución de conexión con la ley de la residencia habitual de las partes constituye una solución para los extranjeros instalados en el país de acogida que no son ya en cierta manera verdaderos inmigrantes. Se han ido integrando a lo largo de los años (sea explícitamente o no) hasta el punto de haber reafirmado su vínculo de proximidad con el país de acogida. En la medida en que estos dos tipos de inmigración varían en el tiempo y en el espacio, y con frecuencia cohabitan, la opción por un derecho u otro permite la adaptación a la realidad de su trayectoria individual de inmigración de la regla de conflicto (la ley nacional o la ley de la residencia habitual), en favor de sus intereses.

La elección del derecho (este derecho a optar) permite que sus intere-

ses encuentren cierta guía jurídica para su vida familiar en la inmigración, a condición de que estén informados de las circunstancias y las consecuencias de su elección.

Es evidente que la solución prevista por la opción del derecho debe acompañarse de reglas claras de aplicación. Son necesarias reglas estrictas si se quiere hacer valer la autonomía de la voluntad de las partes en el derecho internacional de familia. La opción por un derecho debe afrontarse como un correctivo de una territorialidad forzada. ¿Hasta dónde llega la autonomía de la voluntad de las partes en materia de matrimonio y divorcio, por ejemplo? No se trata de un derecho para hacer cualquier cosa sino de un derecho de opción, dentro de los límites de lo que el legislador hubiera autorizado, en favor sólo de la ley nacional de las partes, siendo la ley de residencia habitual de aplicación en defecto de la existencia de una opción. En este aspecto, la opción por un derecho debe distinguirse radicalmente de la autonomía de la voluntad de las partes en derecho interno. Para la suplencia, conviene precisar claramente de un modo fehaciente quien es competente y en qué materias, para formular una opción de derecho. El futuro dirá si la solución de la autonomía de la voluntad, inspirada por su uso en el derecho interno, encontrará su propio camino en el derecho internacional privado.

IV. CONCLUSIÓN

La multitud de soluciones propuestas a lo largo de los años para llevar a buen puerto la búsqueda de soluciones viables que faciliten la estabilidad de las comunidades musulmanas en Europa, en el ámbito del estatuto personal, testimonian el interés de la cuestión suscitada. También puede ser motivo de temor el hecho de que la problemática suscitada pone en juego los conflictos de valores difíciles de resolver, ya que ciertas nociones del derecho de familia y sus instituciones son conce-

bidadas de modo diverso en el derecho musulmán y en el derecho occidental.

Pero no sólo existe el temor, sino que aquí, como en otros ámbitos del derecho, la complejidad del problema debe animar a la multiplicación de soluciones, tanto jurídicas como doctrinales. No ha sido tanto el tipo de contribuciones, sino más bien el hecho de ofrecer una percepción completa de propuestas, lo que se ha traducido a lo largo de estos años en Europa en reglas de conflicto de leyes que permitan un modo pacífico de resolver las relaciones entre sistemas jurídicos dispares, el musulmán de una parte y el occidental de otra, sin tergiversar su contenido.

Hemos intentado esbozar los contornos de la problemática, tomando como referencia algunas experiencias concretas, en particular francesas y belgas, para ilustrar nuestro objetivo.

En su conjunto, la exposición se ha limitado a mostrar el estado de la situación actual, de un modo sintético y ofreciendo un análisis abstracto. La estabilidad de las comunidades musulmanas en Europa plantea un verdadero desafío, poniendo en cuestión la eficacia de los mecanismos jurídicos para acoger las instituciones de derecho extranjero, tanto desconocidas como contrarias a principios fundamentales del derecho vigente hoy día en Europa.

