

# PRIMAVERA ÁRABE Y RELACIONES CONYUGALES EN LAS TRADICIONES EUROPEA E ISLÁMICA: ALGUNAS NOTAS \*

BIAGIO ANDÒ \*\*

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. DIFERENCIAS DE CARÁCTER MACROCOMPARATIVO ENTRE EL MODELO ISLÁMICO Y EL MODELO EUROPEO DE DERECHO DE FAMILIA Y SU RELEVANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES EUROPEOS. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DEL «MAHR»
3. UNA MIRADA A LA SITUACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN MARRUECOS Y ARGELIA
4. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Los acontecimientos que recientemente han procurado la caída de los regímenes autoritarios que gobernaban una buena parte de la región del África mediterránea, representados simbólicamente con la imagen periódica de «primavera árabe», serían en gran medida, de acuerdo con una lectura generalizada, el producto de la penetración en aquellos ordenamientos de los valores y comprensiones occidentales de la democracia. El análisis de los efectos de tales eventos requiere claramente las compe-

\* Traducido del italiano por Ana Ruiz Legazpi.

\*\* Investigador de Derecho comparado. Universidad de Catania (Italia).

tencias del politólogo y las del estudioso de las dinámicas constitucionales <sup>1</sup>. Así como resulta de interés para el privatista que se planteen las consecuencias indirectas en las relaciones de ámbito privado, como señaladamente sucede en el Derecho de familia que, de todas las áreas de Derecho privado, es la que más siente el cambio en los valores constitutivos de la comunidad de referencia. En estas páginas se discutirá, precisamente, si la mencionada democratización de la vida pública traerá consigo la occidentalización del derecho de familia.

En concreto se analizará el modo en que los modelos jurídicos islámico y europeo conciben las relaciones conyugales. El asunto, ciertamente poco novedoso, se presta sin embargo a ser considerado a la luz de los «turmoils» políticos que comenzábamos apuntando.

Así, es lícito preguntarse si el cambio de régimen político puede incidir mediante reformas en las relaciones conyugales en el sentido de otorgar una protección más fuerte a la mujer en el ámbito familiar. El razonamiento que sigue girará en torno a las principales diferencias existentes entre las diversas concepciones del derecho más que sobre específicos aspectos relativos a la aplicación de una determinada experiencia de derecho positivo.

En la tradición jurídica europea se ha adoptado un modelo de familia inspirado en los valores de igualdad de sus miembros y de respeto al libre desarrollo de la personalidad. Sin la pretensión de abordar en profundidad un tema sobre el que existe una literatura inmensa, y no sólo jurídica, resulta difícil prescindir del hecho de que la evolución tanto social como cultural acaecida en el ámbito de la familia ha traído consigo un desarrollo paralelo en el campo jurídico en coherencia con los valores de igualdad social y paridad entre hombre y mujer.

Procede preguntarse entonces si a los cambios políticos de los países acariciados por los aires de la «primavera árabe» les sucederán al unísono

<sup>1</sup> Al respecto me limito a referirme a la lección magistral pronunciada en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Catania por P. HÄBERLE, *La «primavera araba» nella prospettiva della dottrina della Costituzione intesa come scienza della cultura*, manuscrita.

transformaciones jurídicas en el ámbito de las relaciones conyugales y más en general en el Derecho de familia, anclado a la tradición jurídica islámica, que lo hagan converger con la normativa en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea<sup>2</sup>. La cuestión no es baladí siempre que se tenga en cuenta aquella interpretación según la cual las razones de la decisiva caracterización islámica de los ordenamientos de algunos países del Magreb sería imputable, en primer lugar, a una estrategia de los regímenes orientada a evitar los conflictos sociales que podrían estar fomentado los discursos islamistas propugnados por los movimientos de oposición<sup>3</sup>.

Desde ahora ha de precisarse que la relación entre los dos modelos no es de tipo unidireccional, en el sentido de que el modelo occidental asumiría la función activa de exportación mientras al islámico se le reservaría un mero papel receptor. La presencia, en fin, en el territorio de la Unión Europea de una nutrida comunidad musulmana que avanza en la petición de tutela en las normas de su tradición cultural y religiosa de origen pone de relieve el delicado problema de los puntos de equilibrio entre tradición cultural y religiosa de origen y la observancia de las normas de los países de acogida. La cuestión, por tanto, ha de afrontarse en esta doble dirección.

En el siguiente apartado se tendrá ocasión de considerar cómo los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión se han confrontado con principios y prácticas distantes (cuando no diametralmente opuestas) a las propias.

<sup>2</sup> R. ALUFFI BECK-PECCOZ, R. «Diritti umani e codificazione del diritto di famiglia islamico» en R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Personae famiglia diritti. Riforme legislative nell’Africa mediterranea*, Giappichelli, 2006, p. 69 quien observa que «las reglas en materia de Derecho de familia, junto con las reglas referidas al Derecho de sucesiones, constituyen un ámbito en el que la «sharia» siempre ha gozado del más alto grado de eficacia oponiendo la más tenaz resistencia a los proyectos modernizadores de reforma procesal y sustantiva emprendidos en la época contemporánea».

<sup>3</sup> R. ALUFFI BECK-PECCOZ, «Diritti umani e codificazione», *op. cit.*, p. 71: «sectores como el Derecho de familia, en el que el Estado legislador define explícitamente la propia relación con la tradición jurídica islámica, se convierten en potencial campo de batalla funesto con la oposición».

## 2. DIFERENCIAS DE CARÁCTER MACROCOMPARATIVO ENTRE EL MODELO ISLÁMICO Y EL MODELO EUROPEO DE DERECHO DE FAMILIA Y SU RELEVANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES EUROPEOS. EL EJEMPLO PARADIGMÁTICO DEL «MAHR»

Los ordenamientos europeos<sup>4</sup> reconocen a la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges el rango de principio esencial. Tal reconocimiento es el marco de una visión del matrimonio y de las relaciones entre cónyuges determinada, que se traduce 1) en la superación de la visión del matrimonio como un acuerdo entre dos familias y en el paralelo reconocimiento de la autonomía de elección de los contrayentes; 2) en la obsolescencia de la idea de familia como célula económica de la sociedad; 3) en el declive del principio de la autoridad marital; 4) en el desconocimiento de la idea de matrimonio como vínculo indisoluble; 5) en el reconocimiento de un modelo de unión legal como modelo general que regula las relaciones entre cónyuges (salvo que elijan un pacto distinto)<sup>5</sup>. Si en la tradición jurídica occidental la familia se concibe como una unión de personas cuyos derechos se preservan en el seno de aquélla, el modelo de familia islámica se funda en la prevalencia del grupo respecto del individuo a fin de garantizar los valores de cohesión familiar (y, en última instancia, la paz social) y en la preeminencia de la obligación sobre la del derecho (la igualdad entre los cónyuges sería sólo comprensible desde una interpretación referida al plano de los deberes y no de los derechos)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sobre Occidente entendido en su dimensión jurídica, véase M. BUSSANI., *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, 2010, p. XII, quien sitúa en el «Occidente jurídico una dimensión cognitiva valiosa, término de comparación, frontera móvil y, como cualquier frontera [...] emplazamiento útil para guardar los hechos del mundo y valorar mejor las identidades propias y las de los otros»

<sup>5</sup> En estos términos, S. RODOTA, «I modelli di famiglia e di convivenza», C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. I, Giuffrè, 2007, p. 224.

<sup>6</sup> R.N. EL MEKKAOUI, *La Moudawannah (Code Marocain de la famille). Le référentiel et le conventionnel en harmonie*, T. 3, Bouregreg, 2009, pp. 307 y ss.

Conforme a una interpretación habitual de la tradición islámica (que se tomará a modo de referencia unitaria para simplificar) la relación entre el hombre y la mujer es asimétrica y escorada claramente en favor del primero. Lo que se constata no sólo en el ámbito familiar sino más ampliamente con relación a todo el entramado de relaciones sociales<sup>7</sup>.

Según una escuela tradicional, en el modelo islámico de familia, la mujer se encontraría subordinada al marido, a quien debe obediencia<sup>8</sup>. Por tanto, aunque las fuentes del Derecho islámico reconozcan la libertad y la dignidad de la mujer, sus derechos pueden ser limitados con el fin de conseguir objetivos “superiores” como puede ser la conservación del núcleo familiar.

Por un lado, se reconoce a la mujer el derecho a mantener el apellido de soltera, además de la titularidad de los bienes de los que fuera propietaria antes del matrimonio; de otro lado, le corresponden derechos de sucesión limitados en relación a los hombres, a quienes corresponde doble cuota que a las mujeres; tampoco disponen de derecho alguno sobre los bienes de la familia, a pesar de que no se les impone ninguna obligación de contribuir al sostenimiento de sus necesidades. Además, la mujer sólo puede trabajar si el marido presta su consentimiento.

Otras diferencias significativas entre el modelo europeo y el islámico derivan del hecho de que este último admite el matrimonio poligámico (a diferencia del modelo de familia imperante en la «Western tradition», para

<sup>7</sup> Para refrescar la condición actual de la mujer árabe, véanse las bonitas páginas de A. BELKÄID, *Etre arabe aujourd'hui*, Carnetsnord, 2011, pp. 173-175, quien sitúa como prueba de fuego de la condición femenina que «certes, la situation des femmes arabes n'est pas totalement sombre. Il y a quelques acquis et les changements au cours des quarante dernières années ont été considérables [...] Mais, à dire vrai, tout cela n'est guère satisfaisant car l'ordre masculin reste maître de l'espace public et chaque once de liberté grappillée par les femmes peut-être remise en question du jour au lendemain. Surtout, l'égalité des droits reste un vœu» (en francés en el original).

<sup>8</sup> No faltan opiniones contrarias que interpretan de un modo diferente El Corán en la parte dedicada a la mujer en el interior de la familia hasta el punto de afirmar que la sumisión de la mujer no operará en relación con el marido sino en relación con Dios. Al respecto R.N. EL MEKKAOU, *La Moudawanah*, op. cit., pp. 311 ss.

la que la monogamia es un principio fundamental) y de que sólo es posible para el marido la decisión de disolución del vínculo matrimonial.

A la luz de estas rápidas pinceladas se comprende bien lo problemático que puede ser el reconocimiento para los tribunales nacionales europeos de la tutela o protección de ciertas prácticas o situaciones tal como les reclaman los integrantes de las comunidades residentes en Europa, que se rigen por la tradición islámica.

Las sociedades en que operan estos tribunales sólo pueden definirse como multiculturales en la medida en que en ella coexistan una pluralidad de grupos étnicos diferentes caracterizados por diferentes (a veces radicalmente diferentes) identidades, práctica sociales, tradiciones, estructuras normativas. Estas sociedades no están llamadas a afrontar la diversidad de la que sean portadores individuos singulares en un contexto homogéneo. En las sociedades multiculturales la realidad es mucho más compleja en el sentido de que los grupos en los que se integran los individuos reclaman el respeto y el reconocimiento de la identidad colectiva propia, haciendo valer las diversas diferencias<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Un examen en profundidad del concepto de «sociedad multicultural» véase en S. FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, 2005, especialmente pp. 25-36, sobre la base de su diferenciación de la sociedad simplemente pluralista. Merece ser reproducido un pasaje que sintetiza de modo eficaz el pensamiento del autor: «el pluralismo acoge la diversidad en la medida en que son compatibles con un escenario cultural compartido [...] lo que conlleva siempre un trasfondo cultural, emocional, y simbólico común y homogéneo dentro del cual se admiten las diferencias no sólo de naturaleza individual sino sobre todo las de tipo «normal»; esto es, debe tratarse de diferencias que entran en un estándar de variabilidad predefinido por un modelo cultural dado y que no desentonan de las tonalidades de base [...] el tipo de pluralismo conceptualizado por la tradición liberal [...] es un pluralismo calibrado para hacer frente a las diferencias “normales”, o sea, las que existen entre individuos que se diferencian por las distintas maneras de ver el mundo y de las concepciones del bien [...] la conceptualización del pluralismo como pluralidad de concepciones del bien se muestra ampliamente insuficiente para afrontar las tensiones sociales propias de una sociedad multicultural en la cual los conflictos reales o potenciales no derivan sólo, o mejor, no manan sólo de desencuentros ideológicos individuales sobre las distintas visiones del mundo y concepciones del bien, como

Entre los múltiples ejemplos en los que la comunidad islámica solicita el reconocimiento de las propias reglas de conducta, extrañas a las de la sociedad de acogida, haré referencia a una en concreto, quizá menos conocida de otras, en la que es perceptible de inmediato el conflicto que se crea entre comunidad acogida y ordenamiento de acogida. Este tipo de problema es resuelto por los tribunales a través de la individualización (aplicación) de normas de derecho internacional privado idóneas en la solución del caso.

Cada vez con más frecuencia los tribunales nacionales europeos son llamados a reconocer la existencia de obligaciones derivadas del vínculo matrimonial. Se hace referencia al «Mahr», consistente en una cantidad de dinero dado o prometido por el hombre a la mujer en el acto de celebración del matrimonio (o en su consumación, de acuerdo con otra interpretación), la cual puede satisfacerse en todo o en parte antes del matrimonio o después, en caso de divorcio o fallecimiento de uno de los cónyuges.

El significado atribuido originariamente a esta suma de dinero en la tradición islámica es la de «precio» por la adquisición de la esposa, degradada así a la categoría de mercancía de propiedad del marido. Los tribunales de algunos países del norte de Europa se han ocupado de esta institución esforzándose por evitar interpretaciones incompatibles con el conjunto de principios fundamentales llamado orden público del ordenamiento jurídico de acogida. La ausencia de su previsión expresa entre las normas de Derecho internacional privado ha obligado al juez a buscar institutos de derecho interno de análogas funciones. Las soluciones constructivas elaboradas por los jueces son en esencia las tres siguientes, en algunos casos: el «Mahr» se ve como un instrumento a través del cual los cónyuges regulan las pretensiones sobre el patrimonio común; en Inglaterra, se ha entendido como una «consideration» del «contract of marriage» suscrito por los cónyuges; en otros casos, incluso, se ha interpretado como objeto de la obli-

---

de las reivindicaciones que fulminan conflictos identitarios de grupo» (pp. 32-33). Las reivindicaciones exigidas por los grupos no se refieren al reconocimiento de derechos individuales sino colectivos.

gación de sostenimiento de la mujer. En otros pronunciamientos <sup>10</sup>, en fin, el «Mahr» se contempla como una suma que el marido debe a la mujer en concepto de alimentos. Esta calificación, sin embargo, convierte en problemático el reconocimiento de tal derecho en los casos en los que la mujer sea económicamente independiente o en los que el marido no goce de una posición económica más sólida. Es oportuno recordar que en el mundo islámico la regulación del «Mahr» prescinde de las condiciones en que se encuentra el marido y, por tanto, no puede darse una superposición de la institución con la de la obligación de mantenimiento.

Un sector doctrinal opina que, al no ser contrario a los valores fundamentales del Derecho europeo, el «Mahr» gozaría del estatus de «droit acquis il cui enforcement» y se sumaría a las demás tutelas reconocidas a la mujer, sin que pueda considerarse sustantiva de estas últimas. De modo que la dación debería ser considerada independiente de otras demandas judiciales dirigidas al reconocimiento de los derechos al sustento o de los bienes familiares <sup>11</sup>.

Otros auguran que los tribunales preferirán recurrir a las técnicas y argumentos del derecho comparado y sostienen que la perspectiva más acertada a la hora de evaluar el instituto sería considerarlo como un instrumento de «gender justice» dentro de los límites posibles en el contexto cultural originario. Lo que no debería entenderse como un instrumento para conseguir la llamada «gender equality», valor extraño a la tradición en que hunde sus raíces el instituto, sino más bien, en coherencia con esta última, como un reconocimiento diferente de la «equal worth» de los cónyuges expresamente reconocido por el Corán <sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Una relación casuística de los tribunales del norte de Europa puede verse en L. LÿVDAL, «“Mahr” and gender equality in private International law: the adjudication of “Mahr” in England, France, Norway and Sweden» R. MEHDI-J.S. NIELSEN, *Embedding «Mahr» (Islamic dower) in the European legal system*, Djpf Publishing, 2011, pp. 77 y ss.

<sup>11</sup> S. RUTTEN, «The struggle of embedding the Islamic “Mahr” in a Western legal system», in R. MEHDI-J.S. NIELSEN, *Embedding «Mahr»*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>12</sup> Véase L. LÿVDAL, «“Mahr” and gender equality», *op. cit.*, pp. 80 y ss. y E. JAYME, «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto

El reconocimiento de este instituto a cargo de los tribunales europeos produciría entonces efectos positivos en la medida en que, de un lado, aseguraría una cierta forma de tutela a las mujeres y, de otro lado, aumentaría las posibilidades de que las decisiones judiciales europeas sean reconocidas en los países de origen de los cónyuges que aplican el derecho musulmán.

Todas estas cuestiones que acabamos de señalar demuestran claramente las dificultades a las que se enfrentan los jueces europeos para resolver cuestiones cuyo correcto planteamiento exige la comprensión de un substrato cultural distinto del país en que ellos mismos operan y que tampoco pueden resolverse sólo con la aplicación de las normas de derecho internacional privado cuya incidencia, por lo demás, está siempre condicionada por el mencionado elemento de extranjería.

Hasta aquí se ha apuntado el problema del reconocimiento por parte de los poderes públicos europeos de instituciones o prácticas extrañas a su historia y contexto cultural. En el siguiente apartado se considerará la hipótesis inversa. Se abordará la posible influencia en los ordenamientos islámicos de los principios sobre los que se cimientan las regulaciones europeas de Derecho de familia. Se tomarán así en consideración dos ordenamientos específicos: Marruecos y Argelia.

### **3. UNA MIRADA A LA SITUACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN MARRUECOS Y ARGELIA**

La reforma acometida en Marruecos en 2004 introdujo algunas novedades en el sentido de incrementar la protección de la mujer casada. Entre ellas destacan: a) la instauración de secciones dentro de los tribunales de primera instancia llamadas «secciones de la justicia de la familia»; b) la

---

internazionale privato», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, pp. 295 y ss., donde se hace referencia a un pronunciamiento del BGH en que considera aplicable la ley alemana interpretándola a la luz de los preceptos islámicos relativos al instituto del «Mahr».

reducción del margen de discrecional reconocida en el pasado al «qadi» a quien hoy competerían, según algunos autores, sólo funciones notariales; c) la atribución a la mujer de un derecho a la disolución unilateral del matrimonio, llamado «siqaq», equivalente al derecho de repudio reconocido tradicionalmente sólo al marido, en cuya virtud puede obtener la disolución del vínculo seis meses después de presentar una demanda tras demostrar que la relación es insostenible <sup>13</sup>.

Las reformas legislativas no rompen los lazos con la tradición que emerge con contundencia en las previsiones que confirman la tradicional tutela y que legitiman al juez competente en materia de familia a autorizar el matrimonio de las menores incluso sin su consentimiento.

A pesar de que el nuevo código no habla del marido como el único cabeza de familia y a pesar de reconocer la condivisión de las responsabilidades de los cónyuges en la gestión de los asuntos familiares, persiste en favor del cónyuge masculino el reconocimiento de la representación legal de los hijos, además de su obligación de mantener a la familia. Incluso se reconoce todavía al marido el derecho al repudio, por más que su ejercicio se haya sometido a control, así como se le confiere una cuota mayor de la que corresponde a la mujer en caso de sucesión. La dirección tomada, en fin, por el legislador marroquí no ha traído un reconocimiento del modelo de familia concebida como una comunidad de personas iguales. El valor de la unidad familiar conserva pues toda su preeminencia respecto de la protección de cada uno de sus miembros <sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Un resumen de las principales novedades incluidas en la Mudawwana, véase en M. LOUKILI, «La nuova Mudawwana marocchina: una riforma nella continuità» en R. ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Personae familiae diritti*, op. cit., pp. 31 y ss.

<sup>14</sup> Tal como pone de manifiesto R.N. EL MEKKAOUI, *La Moudawanah (Code Marocain de la famille)*, op. cit., pp. 95-96: «le débat politique [...] désunit la famille. [...] le paysage politique est devenu lourdement et excessivement regorgé par les hantises “familiales”, tendant, dans leur totalité, à dissocier les ménages: l'égalité des sexes ou plutôt leur conflit et leur hostilité, la transformation des normes familiales en liberté individuelle et vie privée... n'en sont que des exemples [...] les bouleversements survenus dans la famille l'ont emmenée de la sérénité à l'instabilité, de rôles hommes/femmes précisément définis à des rôles équivoques, de la solidarité

Sobre la base de estos elementos parece que puede compartirse la posición de quien analiza esta reforma anclada en las propias raíces tradicionales del Derecho islámico, coherente con la anteriormente vigente Mudawwanay al dictado de la escuela malikita.

En Argelia, la reforma del derecho de familia aprobada en 2005 reconoció expresamente el Derecho musulmán como fuente de Derecho principal.

La igualdad de los cónyuges no goza del estatuto de principio general sino que se circunscribe a algunos aspectos, como son los referidos al derecho de habitación y de custodia de los hijos. No se han suprimido ni la tutela matrimonial, ni la poligamia (aunque se haya restringido), ni el repudio. Las novedades acaecen en materia de capacidad de obrar, fijada, al igual que la capacidad matrimonial, en diecinueve años; en la libertad de consentimiento matrimonial, en el sentido de que el vínculo sólo puede ser constituido en presencia de la voluntad libremente expresada de los contrayentes; y en el terreno de las causas de disolución del matrimonio.

En relación con las cuales, junto con la tradicional del repudio marital, se prevé la disolución de mutuo acuerdo además de aquel provocado por la voluntad de la mujer siempre que se dé uno de estos tres supuestos: a) pago previo del respectivo «hul» (ya contemplado tradicionalmente); b) desacuerdo persistente entre ambos cónyuges; c) violación de las cláusulas del contrato de matrimonio.

La ratio de las reformas acometidas en los ordenamientos de referencia se orienta hacia la exigencia de reforzar la coherencia del sistema en su conjunto. A través de las nuevas normas el legislador de ambos ordenamientos ha tratado de colmar el «gap» que había entre la lógica propia del Derecho de familia, profundamente radicada en la tradición, y la lógica del ordenamiento en su conjunto, inspirado en modelos que se salen del entorno de la Sharia.

Las reformas, con todo, no han roto el vínculo con la tradición. A lo sumo, han atenuado la posición de fuerza del marido.

---

familiale à l'individualisme de la famille considérée comme noyau dur de la société à l'individu divinisé». Todo ello, según el autor, sobre la base de una «véritable crise familiale» (en francés en el original).

#### 4. CONCLUSIONES

Parece que puede constatarse que por ahora la implantación de los derechos de familia norteafricanos es distante del modelo europeo, donde cobran protagonismo central la persona y los derechos subjetivos a ella referidos: derechos que representan la más evidente expresión de una cultura fundada en la persona y su tutela <sup>15</sup>.

Verosímilmente la transformación de régimen político acontecido tras la primavera árabe no comportará por sí la penetración de los principios basamentales del modelo occidental del derecho de familia.

Las reformas del derecho de familia a que se ha hecho referencia, de otro lado, han sido introducidas antes del vendaval de primavera sin que puedan, por tanto, ser referenciadas a las transformaciones de los regímenes políticos que trajo la Primavera árabe.

Tampoco parece descabellada la opinión de que las reformas fueron introducidas por una minoría iluminada mientras la mayoría permanecía anclada a las prescripciones de la tradición islámica. Lo que explicaría la resistencia a las reformas de algunas capas de estas sociedades que desconocían los valores sobre los que se fundaba su identidad o que cuando menos introducían reglas difícilmente compatibles con ellos <sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Al respecto me remito al bonito ensayo de S. FERLITO, «Diritto soggettivo e diritti umani. Una comparazione giuridica» en *16 M.J.H.R.* 2012, pp. 93-161.

<sup>16</sup> Al respecto, M.H. BENKHEIRA, «Il diritto civile alla conquista del mondo. Ovvero come spiegare le resistenza alla riforma del diritto di famiglia nei paesi musulmani?» en R. ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Persone famiglia diritti*, p. 59 y ss., quien identifica las razones de la resistencia a la recepción de la legislación occidental sobre derecho de familia por la dificultad de importar la «concepción metafísica» sobre la que aquélla se asienta (p. 60). Observa que «los sistemas normativos, no siendo simples técnicas de organización de la sociedad, no son fungibles» (p. 66) además de que «el derecho no es sólo técnica [...] no existe el derecho en general, sino sólo derechos histórica y culturalmente determinados» (p. 68). La cuestión que se apunta en el texto se refiere a la representación del fenómeno jurídico a través del concepto de estratificación, una perspectiva conforme a la cual el derecho estaría conformado por el conjunto de reglas jurídicas y sociales que observa una determinada comunidad.

Puesto que el derecho es una realidad compleja que no se reduce sólo a su dimensión ‘oficial’, está ampliamente difundida la convicción de que la probabilidad de éxito de las intervenciones normativas del legislador de un país (ponderables desde el grado de efectiva observancia por la comunidad a la que se dirigen) dependen de su capacidad de adaptación «al orden expreso de las clases de derecho preexistentes y de su incidencia en los valores» de la comunidad a la cual se dirigen <sup>17</sup>.

Europa dispone, en el pasado reciente de la Turkía de Atatürk, un significativo ejemplo de la divergencia entre tradición y derecho positivo. El intento del poder político por occidentalizar el sistema jurídico y la sociedad fue paradigmático en la progresiva expansión del principio de laicidad alcanzado en el seno del ordenamiento oficial bajo la fórmula de una nítida separación entre esfera privada y pública <sup>18</sup>.

<sup>17</sup> M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente, op. cit.*, p. 2 observa que «el mismo núcleo de la categoría general aporta el Derecho objetivo, tal como lo entendemos nosotros (es decir como el conjunto de reglas impuestas por el Estado que ordenan la vida en sociedad), no reina oficialmente en las tradiciones extra occidentales donde se ve desafiado por la relevancia cotidiana asignada a diversas clases de Derecho que mantienen una extraordinaria vitalidad» (p. 29).

<sup>18</sup> Sobre la experiencia turca y las tensiones derivadas de la dialéctica entre condificación y tradición sociocultural preexistente E. ÖRÜCÜ, «How far can religion be accommodated in the laic family law of Turkey?», in J. MAIR- E. ÖRÜCÜ (a cura di), *The place of religion in family law: a comparative search, Intersentia*, 2011, pp. 117 y ss., quien identifica como principal obstáculo a la codificación del Derecho de familia la oposición ejercida por muy concretos grupos sociales: «the effects of this codification spread only to urban areas and remained controversial, since both the conservatives and minority religious groups resisted it [...] for conservative Islamists, as women occupied a secondary position in social life, there was no need to depart from classical Islamic law» (en inglés en el original). Véase también E. ÖRÜCÜ, «Turkey: change under pressure», E. ÖRÜCÜ-E. ATTWOOLL-S. COYLE, *Studies in legal systems: mixed and mixing*, Kluwer, 1996, p. 89 y ss. La experiencia turca demuestra evidentes paralelismos con las otras. M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente, op. cit.*, pp. 29-30 recuerda la experiencia fallida del código de Etiopía que son imputables según la autora al «hecho que las reglas que traía consigo, de inspiración

El carácter expansivo del principio fue impulsado por la derogación, en 1928, de la previsión constitucional según la cual el Islam era la religión del Estado así como por su correlativa mención como principio fundamental, de modo que en el Preámbulo mismo de la Constitución se estatuye que los sentimientos religiosos no deben interferir en la política y en los asuntos de Estado. Mientras, el Derecho Positivo reconoce únicamente el matrimonio civil cuando la práctica social evidencia, en llamativa contradicción, un masivo recurso al matrimonio religioso.

Todo lo cual ha generado una fractura entre Derecho y sociedad (compuesta por el 98 % de musulmanes) y la frecuente inobservancia del Derecho oficial relativo a controversias de carácter familiar. La situación se ha ido recomponiendo pacientemente por los tribunales a través del reconocimiento de los institutos de protección de ciertas relaciones relevantes sólo para la tradición islámica pero jurídicamente irrelevantes para el ordenamiento oficial.

La experiencia turca demuestra cómo la posición de los tribunales es determinante en la fatigosa identificación del necesario punto de encuentro entre las normas y las costumbres sociales que puedan ser expresión de valores profundamente distintos. Lo que es cierto también si se mira hacia la aplicación de las reformas por parte de las cortes de los países norteafricanos, cuyo «backbone» está constituido por la tradición islámica.

La posición aperturista o tradicionalista de los jueces puede hacer mucho. Basta pensar en ciertos pronunciamientos de los Tribunales tunecinos a propósito de cuestiones sucesorias o del ejercicio del derecho de custodia de los hijos en el entorno de matrimonios mixtos que haciendo honor a sus normas constitucionales, que reconocen el Islam como religión estatal (a pesar de que la Sharia no sea ya reconocida como fuente del Derecho), terminan posicionándose en la retaguardia.

---

europea, no encontraban la más mínima correspondencia con el sustrato jurídico tradicional por el que se regía la población, y con ella, los jueces, que eran reacios a atenerse a ellas».

La verdad es que el Islam es un fenómeno de elevada complejidad que engloba en su seno realidades profundamente heterogéneas. A la par, los acontecimientos de los últimos años en Egipto, Marruecos y Libia no son de lectura fácil y, a día de hoy, no es fácil intuir la evolución que pueda experimentar el Derecho de familia.

Lo que definitivamente debe arrinconarse es la simplista y superficial explicación conforme a la cual la complejidad de los acontecimientos recientes aunados en la sugestiva enseña de la primavera árabe sería un fruto, un viento que sopla de occidente, la epifanía de una serie de circunstancias que hunde sus raíces en una cultura extraña al contexto en el que los acontecimientos mismos se desenvuelven.

Más plausible parece la interpretación según la cual la primavera árabe debería ser vista como un fenómeno en el interior de la propia cultura del Islam. La tradición islámica se ha caracterizado por un cierto grado de flexibilidad, como un traje a medida de quien lo porta, y que se puede realizar tanto en las instancias de quien promueve una interpretación conservadora como en las que consideran posible una interpretación evolutiva que, ateniéndose a los preceptos fundamentales, tenga en cuenta las transformaciones sociales<sup>19</sup>.

En opinión de quien escribe, el fenómeno retratado por la sugestiva definición de feminismo islámico es significativo desde el punto de vista de un replanteamiento en clave de adecuación del Derecho islámico encaminada a un nuevo enfoque de la posición de la mujer («in primis», en el contexto de la familia). Sucede sin embargo que este enfoque no se com-

<sup>19</sup> Al respecto, BELKĀID, *Etre arabe aujourd'hui*, cit., pp. 118 ss. Del carácter abierto de la tradición islámica encontramos un claro ejemplo en el papel que la Sharī'a ha jugado en el sistema egipcio. Véase B. DUPRET, «A return to the Sharī'a? Egyptian judges and the reference to Islam», in N. YASSARI (a cura di), *The Sharī'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt- Implications for private law*, Mohr Siebeck, 2005, p. 162 quien observa que «the Sharī'a stands out as a legal repertoire, that is a resource that practitioners have at their disposal and that they use simultaneously or in conjunction with others, in a game whose nature seems primarily rhetorical» (en inglés en el original).

padece con las categorías o formas de ver las cosas del feminismo occidental sino que se sitúa en la senda de una solución de continuidad con la tradición islámica<sup>20</sup>. Se caracteriza por la defensa de algunos institutos o roles que pueden aparecer como formas de opresión o discriminación ante una mirada extraña, pero que sin embargo son defendidas como formas liberatorias<sup>21</sup>. Tal estrategia se desarrolla a través de un análisis normativo de los textos sagrados o, por usar una expresión muy frecuente, una libre exégesis de los textos sagrados («itjihad») <sup>22</sup> en la que la sacralidad, lógicamente, no se debate sobre la temporalidad de sus interpretaciones<sup>23</sup>.

No se puede, en fin, predecir con seguridad las direcciones que tomará el Derecho de familia, pues tanto podrá forzar los derechos individuales, y señaladamente la posición de la mujer, como decantarse por bruscos

<sup>20</sup> R. PEPICELLI, «Donne e diritti nello spazio mediterraneo», F. CASSANO-D. ZOLO (a cura di), *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli, 2007, p. 319. D. ZOLO, «La questione mediterranea», en F. CASSANO-D. ZOLO (a cura di), *L'alternativa mediterranea*, cit., p. 50, pone de relieve « el [...] rechazo de lo secular [esgrimido por los exponentes del feminismo islámico] como condición de la emancipación de las mujeres árabes y, en general, como premisa necesaria de la democracia misma». M. FOBERT VEUTRO, «Donne musulmane immigrate fra tradizione ed emancipazione», S. ANDO'-G. ALPA-B. GRIMALDI, *I diritti delle donne nell'area del Mediterraneo. Civiltà a confronto, pari opportunità, identità e tutela delle differenze*, ESI, 2010, pp. 187 y ss., retoma la postura de Fatema Mernissi según la cual también la cultura occidental expresa una voluntad de potencia de los hombres sobre las mujeres. Lo que cambia son los instrumentos: «si en Oriente los hombres usan el espacio para dominar a las mujeres imponiéndoles el velo si quieren acceder a lugares públicos, en Occidente usan el tiempo y las imágenes».

<sup>21</sup> Una crítica vigorosa del feminismo occidental R.N. EL MEKKAOUI, *La Moudawannah*, pp. 96 ss.

<sup>22</sup> D. ZOLO, «La questione mediterranea», *op. cit.*, p. 40. Un ejemplo claro de renovada interpretación de los textos sagrados lo constituye R. Pepicelli, «Donne e diritti nello spazio mediterraneo», *op. cit.*, p. 321 en relación con la sura IV del Corán, que dispone que «los hombres son responsables de las mujeres porque Dios ha dado a los primeros más que a las segundas, y porque así conservan sus bienes». Un párrafo que no legitimaría una superioridad masculina sino simplemente el deber de los hombres de hacerse cargo de las mujeres en momentos delicados de sus vidas».

<sup>23</sup> R. PEPICELLI, «Donne e diritti», *op. cit.*, p. 321.

«revirements». Sería necesaria una bola de cristal para vaticinarlo<sup>24</sup>. Lo que sí parece plausible es que una eventual política reformadora será perseguida en el seno de un Islam preocupado por garantizar la tradición y la transmisión cultural. Las eventuales reformas deberán ser analizadas sin prejuicios teniendo bien presente el contexto sociocultural en que se insertan.

El Derecho no es una mera técnica de organización de las sociedades humanas. Los sistemas jurídicos no son fungibles. Si se discute la idea, a menudo presente, según la cual el Derecho de Europa occidental es expresión de una lógica universal (y exportable por tanto a todo el mundo) se debe pensar en coherencia que la evolución de un sistema se produce en el ámbito en que se inserta. El Derecho, en sustancia, es expresión de la identidad de una sociedad. Se puede objetar que las sociedades cambian. Y es verdad. Pero si estructuras sociales cristalizan reglas religiosas, algunos cambios son ciertamente imposibles.

**Resumen:**

*El artículo mira a la primavera árabe desde la perspectiva de las relaciones conyugales en la tradición islámica. A colación de los cambios recientes que se han producido en algunos países de la zona del Maghreb, nos preguntamos si la evolución de los regímenes políticos en un sentido democrático puede traer consigo procesos de reforma del Derecho de familia que favorezcan la asunción de la lógica de la igualdad en las relaciones entre cónyuges. El modelo islámico de familia parece caracterizarse por una nítida asimetría de derechos en favor del marido. El análisis de la cuestión tiene un doble reverso: no sólo tiene una relevancia interna en los mencionados países, sino también significativa para una Europa cada día más multicultural, y llamada a enfrentarse a las reivindicaciones y problemas de comunidades con prácticas sociales y reglas jurídicas profundamente distintas a las vigentes en los Estados miembros de la Unión.*

**Palabras Clave:** Primavera árabe, derecho y religión, tradiciones jurídicas, Derecho islámico, relaciones maritales.

<sup>24</sup> A. BELKÄID, *Etre arabe aujourd'hui*, op. cit., p. 176, señala que la primavera árabe podría acarrear un empeoramiento de la condición femenina: «le Printemps arabe fait paradoxalement craindre le pire pour l'avenir des femmes car nombre de dictatures les ont plus ou moins protégées contre la misogynie et la violence des hommes. Cette apprehension concerne surtout les Tunisiennes, qui craignent de perdre les droits que beaucoup de leurs sœurs arabes leur envient» (en francés en el original).

**Abstract:**

*Conjugal relationships in those countries which experienced the so called 'Arab Spring' are the focus of this paper. At stake is the issue if the events which changed the political structure of those countries may affect the level of family law, and in particular of intranspousal relationships, which are deeply entrenched in the Islamic legal tradition. This model is marked from an asymmetry between husband and wife, in favor of the former. The issue is relevant not only as to the above mentioned countries, but also with regard to Europe. Since Europe has become multicultural, it has to deal with social and legal rules of diverse ethnic groups living on its territory which are different from (or even at odds with) the principles lying at the basis of the laws enacted from European countries.*

**Keywords:** *Arab Spring, Law and religion, legal traditions, Islamic law, spousal relationships.*