

ESTUDIOS

Alimentos y orden público (I)

MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Sevilla*

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Huelva*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Textos internacionales.–III. Principio de obtención de alimentos.–IV. Acreedores de alimentos.

I. INTRODUCCIÓN

1. DIMENSIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

Coexiste en materia de alimentos una doble dimensión. Por un lado, una dimensión pública, comunitaria, social, asistencial, en la que el deber de alimentos es una obligación que pesa sobre el Estado. Por otro lado, una dimensión privada, personal, familiar, en la que la deuda alimenticia es una obligación que recae sobre los miembros de la familia y que presupone una relación de parentesco, una relación familiar (matrimonial, paterno-filial) entre el deudor y el acreedor de alimentos. Intervienen por ello en esta materia diversos intereses, de carácter individual, familiar, social y estatal. En un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución establece (art. 1.1.^o), los poderes públicos han de colaborar con la familia, supliéndola cuando no existe, o completándola cuando es insuficiente, garantizando a la persona determinados derechos¹. Las obligaciones familiares, expresión de un deber de solidaridad familiar entre los parientes, tienen su complemento en las obligaciones públicas, expresión del deber de los poderes públicos hacia los ciudadanos.

¹ La Constitución española, dentro del capítulo tercero del título primero, relativo a los principios rectores de la política social y económica, contiene, en sus artículos 49, 50 y 51, disposiciones que conciernen a la Seguridad Social, a los disminuidos físicos y a la tercera edad. Según el artículo 49, «los poderes públicos mantendrán un ré-

2. LEYES DE POLICÍA Y SEGURIDAD Y ORDEN PÚBLICO

En el último tercio del siglo XIX se abre paso en Francia una concepción según la cual las leyes que regulan la obligación de alimentos son leyes de policía y seguridad aplicables a todas las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que se encuentren en Francia (art. 3 del CC francés). Las sentencias de la *Cour de Cassation* (*Ch. des req.*) de 22 de julio de 1903, en el caso *Epoux Guerrier c. A. Guerrier*², y de 27 de marzo de 1922, en el caso *Terestchenko et Veuve Terestchenko c. Dame Terestchenko-Noé*³, entre otras⁴, recurren a la noción de leyes de policía y seguridad para aplicar la ley francesa como ley del foro a los extranjeros que se hallen en territorio francés. Expresiva de esta doctrina es la opinión de E. Bartin⁵, afirmando que los tribunales franceses aplican la ley francesa por razones de orden público internacional. El recurso a la noción de leyes de policía y seguridad se funda en razones morales y financieras. Por una parte, consideraciones morales, evitando que los miembros de una familia se sustraigan al cumplimiento de sus obligaciones alimenticias amparándose en su ley personal. Por otro lado, consideraciones financieras, evitando que el Estado asuma una carga asistencial que correspondería a los familiares. La debilidad de esta doble argumentación, moral y patrimonial, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina. Por otra parte, se ha puesto de relieve que las mencionadas sentencias de la *Cour de Cassation* resolvieron el problema de la competencia judicial de los tribunales franceses en los litigios entre extranjeros en un momento en que, por la extranjería de las partes, carecían de competencia.

gimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo...». Conforme al artículo 50, «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestará la asistencia especializada que requieran y los amparará...». En virtud del artículo 51, «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio». Por otra parte, el artículo 27, en sus apartados 1.º y 4.º, establece que «todos tienen el derecho a la educación» y que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita».

Recientemente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005, en su Disposición adicional única (Fondo de garantía de pensiones) señala que «el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos», lo que constituye una nueva y muy clara manifestación de la creciente atención dispensada a la dimensión pública y comunitaria de la obligación de alimentos.

En el plano convencional, el Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, hecho en Nueva York el 20 de junio de 1956, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1966, que articula un sistema de cooperación entre la Autoridad Remitente del Estado del demandante y la Institución Intermediaria del Estado del demandado, y el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, «BOE» núm. 222 de 16 de septiembre de 1986, que en su artículo 9 determina la ley aplicable al derecho de una institución pública a obtener el reembolso de la prestación suministrada al acreedor, constituyen otros tantos testimonios de la presencia de lo público en materia de alimentos.

² *Clunet*, 1904, p. 355.

³ *Clunet*, 1922, pp. 115 y ss.; 1924, pp. 98 y ss.

⁴ Sentencia de la *Cour* de Colmar de 14 de diciembre de 1925, *Rev. dr. int. pr.*, 1927, somm., p. 111; tribunal del Sena de 3 de diciembre de 1930, *Rev. dr. int. pr.*, 1931, p. 521; tribunal del Sena de 18 de junio de 1934, *Rev. dr. int. pr.*, 1935, p. 125.

⁵ E. BARTIN, *Principes de Droit International Privé*, t. II, ed. Domat-Montchrestien, París, 1932, p. 365.

La noción de leyes de policía y seguridad, que permitía aplicar *a priori* la ley del foro, prescindiendo de toda investigación sobre el contenido del Derecho extranjero normalmente competente, ha sido abandonada y sustituida por la noción de orden público como correctivo funcional de la norma de conflicto, como excepción o reserva (excepción o reserva de orden público) frente a la aplicación del Derecho extranjero designado competente por la norma de conflicto, que resultase incompatible con los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.

3. DERECHO A ALIMENTOS

El derecho a alimentos, como un derecho fundamental de la persona humana, es reconocido en diversos textos de Derecho internacional general y convencional: artículo 25.1 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948; artículo 11.1 del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966; Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1959, y artículo 27.4 del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

El Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, hecho en Nueva York el 20 de junio de 1956⁶, considera «que es urgente la solución del problema humanitario originado por la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero».

Por su parte, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias de 15 de julio de 1989 dispone en su artículo 4 que «toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación».

Se ha buscado por algunos una vinculación del derecho a alimentos con el Derecho Natural, con la equidad, con los principios universales. J. Déprez⁷, que alude a la tendencia constatada a hacer del derecho a los alimentos un derecho fundamental de la persona, casi un derecho natural, se pregunta, sin embargo, si no es preferible, desde el punto de vista metodológico, fundar la solución en la excepción de orden público, que tiene su técnica propia y sus límites.

En el Ordenamiento español, el derecho a los alimentos, que el artículo 142 del Código Civil refiere a «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica», se conecta con el derecho a la vida (art. 15 de la Constitución) y con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE).

En la jurisprudencia española, la STS de 29 de septiembre de 1956⁸, en el caso *Bosch Labrús c. Iturbe Díaz*, a propósito de una demanda de alimentos presentada por una mujer contra su marido, ambos de nacionalidad mejicana, ella española de

⁶ «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1966.

⁷ J. DÉPREZ, «Les conflits de lois en matière d'obligation alimentaire», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 375.

⁸ *Col. Leg.*, vol. 51, núm. 552, pp. 424 y ss.

origen, divorciados en Méjico, señaló que la sentencia recurrida únicamente se refiere a la obligación en que se encuentra el demandado de prestar alimentos a su hijo «por ser la expresión positiva de un precepto de Derecho natural». Comentando la sentencia, afirma J. Puente Egido⁹ que la obligación de prestación de alimentos entre esposos y entre padres e hijos, es una obligación básica en la que coinciden todos los Derechos de los países civilizados.

4. EL OBJETIVO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL ALIMENTISTA

El deseo de favorecer al alimentista, acreedor o beneficiario de los alimentos, el principio de (máxima) protección de los derechos del alimentista, es el criterio que inspira y sirve de pauta a la intervención del orden público, un orden público al servicio del alimentista, del derecho a alimentos. El artículo 9.7.º del Código Civil, al formular el supuesto de hecho («derecho a la prestación de alimentos»), testimoniaba la perspectiva en que deseaba colocarse, la de protección de los derechos del alimentista. Ese criterio de protección del alimentista se manifiesta tanto en el ámbito de la solución de los conflictos de jurisdicciones como en el de la ley aplicable.

En el ámbito de la solución de los conflictos de jurisdicciones, existe una tendencia favorable a la admisión de la competencia judicial internacional de los tribunales de la residencia habitual del alimentista. Así pues, la residencia habitual del alimentista es el criterio normal de atribución de competencia judicial internacional. En el plano comunitario, el Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su artículo 5.º.2, como antes había hecho el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, dispone que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro «en materia de alimentos, ante el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos...». Por su parte, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, presentada por la Comisión, de 15 de diciembre de 2005,¹⁰ en su artículo 3, sobre competencia general, atribuye competencia para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros, entre otros posibles órganos jurisdiccionales, a los del lugar donde el demandado o el acreedor tengan su residencia habitual. A su vez, el artículo 22.3.º de la LOPJ atribuye competencia a los Juzgados y Tribunales españoles en materia de alimentos «cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español».

⁹ J. PUENTE EGIDO, *Derecho Internacional Privado Español: Doctrina Legal del Tribunal Supremo*, Eunibar, Barcelona, 1981, p. 226.

¹⁰ Bruselas, 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 649 final, 2005/0259 (CNS).

Los Convenios sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras concluidos por España reconocen la competencia de los tribunales del Estado de origen si el alimentista tuviese en él su domicilio o residencia habitual¹¹. Así pues, el domicilio o residencia habitual del alimentista es el criterio retenido a efectos del control de la competencia judicial de los tribunales extranjeros que han pronunciado la resolución cuyo reconocimiento ante el foro se insta.

En el ámbito de los conflictos de leyes, la preferencia por el alimentista se manifiesta a través de diversas vías, como la atribución de competencia a la ley personal del alimentista¹²; a la ley elegida por el acreedor dentro de un catálogo de posibles opciones¹³; a la ley más favorable al alimentista¹⁴; a la ley más estrechamente vincu-

¹¹ Convenio con la RFA de 14 de noviembre de 1983: artículo 7.1.12; Convenio con Austria de 17 de febrero de 1984: artículo 7.1.11; Convenio con Israel de 30 de mayo de 1989: artículo 3.e); Convenio con la R.P. China de 2 de mayo de 1992: artículo 21.1.8; Convenio con la antigua URSS de 26 de octubre de 1990: artículo 19.2.2); Convenio con Rumanía de 17 de noviembre de 1997: artículo 5.2; Convenio con la República de El Salvador de 7 de noviembre de 2000: artículo 4.2; Convenio con la República de Túnez de 24 de septiembre de 2001: artículo 19.K. El Convenio con la antigua Checoslovaquia de 4 de mayo de 1987 en su artículo 19.2 se remite al artículo 3 del Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores. Por otra parte, el Convenio con la República Oriental de Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, de 4 de noviembre de 1987, establece en su artículo 7 que «serán competentes para conocer de la acción de alimentos: a) Los del Estado Parte de la residencia habitual del menor. b) Los del Estado Parte de la residencia habitual del deudor. c) Los del Estado Parte donde el deudor tuviere bienes o ingresos.

¹² La competencia de la ley personal del alimentista ha sido defendida en Hungría: Decreto-Ley núm. 13/1979, del Presidium de la RP Húngara sobre el DIPr: artículo 47; Kuwait: Ley núm. 5, de 14 de febrero de 1961, sobre la regulación de las relaciones jurídicas con elemento extranjero: artículo 45; Polonia: Ley de 12 de noviembre de 1965 sobre el DIPr: artículo 20; Rumanía: Ley núm. 105, de 22 de septiembre de 1992: artículo 34.d); Taiwan: Ley de 6 de junio de 1953, sobre la aplicación del Derecho en casos de Derecho civil con relación extranjera: artículo 21. Por el contrario, la ley personal del alimentante ha sido defendida en Argelia: Ordenanza núm. 75-58, de 26 de septiembre de 1975, conteniendo el Código Civil: artículo 14; Corea del Sur: Ley de 15 de enero de 1962 sobre el DIPr: artículo 23; Egipto: Código Civil de 29 de julio de 1948: artículo 15; Emiratos Arabes Unidos: Código de las transacciones civiles de 1985: artículo 15; Irak: Código Civil de 4 de junio de 1951: artículo 21; Jordania: Código Civil de 1 de agosto de 1976: artículo 16; Sudán: Código de las transacciones civiles de 1984: artículo 11.8.º; Tailandia: Ley de 10 de marzo de 1938 sobre conflictos de leyes: sec. 36; Turquía: Ley de 20 de mayo de 1982: artículo 21; Yemen del Sur (Antigua República Democrática Popular del Yemen): Código Civil: artículo 29.5.º; Yugoslavia: Ley de 15 de julio de 1982: artículo 42.

¹³ La competencia de la ley elegida por el acreedor, dentro de un catálogo limitado de posibles opciones, ha sido defendida en Francia por el artículo 311-18 del Código Civil (redactado por la Ley 72-3, de 3 de enero de 1972), según el cual «la acción a efectos de subsidio se rige, a elección del menor, por la ley de su residencia habitual, o por la ley de la residencia habitual del deudor». En el marco de nuestras relaciones bilaterales, el Convenio con Uruguay de 4 de noviembre de 1987 dispone en su artículo 2 que «la ley aplicable, a elección del acreedor, es la de su residencia habitual o la de la residencia habitual del deudor, en uno de los Estados Partes, o la ley del Estado Parte donde el deudor tuviera bienes o ingresos».

¹⁴ La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias de 15 de julio de 1989 dispone en su artículo 6 que «las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor». Como vemos, es la autoridad competente la que juzga acerca de cuál es la ley más favorable al interés del acreedor, y no éste el que elige la ley aplicable. El objetivo que se persigue en ambos casos es el mismo, la protección de los intereses del acreedor, pero difiere la determinación del sujeto que aprecia ese interés, y consiguientemente elige la ley aplicable, pues en un caso es la autoridad competente y en el otro es el propio acreedor. Por otra parte, el Proyecto Benelux de 1951 dispone en su artículo 9.3.º que la obligación alimenticia respecto del hijo natural se determina por la ley nacional de este último «cuando esta ley es más favorable al hijo». Según el Código tunecino de Derecho Internacional Privado de 1998 (art. 51), la obligación alimenticia se rige por la ley nacional o por la ley del domicilio del acreedor o del deudor, aplicando el juez la ley más favorable al acreedor. La solución consistente en aplicar la ley más favorable al alimentista exige proceder a una comparación entre las leyes en presencia, lo que comporta un margen de libre apreciación por la autoridad competente, con el riesgo de inseguridad que ello comporta.

lada con la persona del acreedor¹⁵, o la consideración del derecho a la obtención de alimentos como criterio determinante del orden jerárquico de conexiones, de modo que cuando la ley designada competente a título principal no establezca la obligación de alimentos, se acuda a otra u otras con carácter subsidiario¹⁶.

II. TEXTOS INTERNACIONALES.

La Conferencia de La Haya, consciente de la importancia del tema de los alimentos, se ha ocupado de él en tres momentos sucesivos, primero, en la década de los cincuenta, después, en la de los setenta, y, por último, en la actualidad, habiendo fructificado ese trabajo hasta ahora en la aprobación de cuatro Convenios, dos sobre ley aplicable y dos sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras: el Convenio de 24 de octubre de 1956, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores¹⁷; el Convenio de 15 de abril de 1958, concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores¹⁸; el

¹⁵ La competencia de la ley que presente los vínculos más estrechos con la persona del acreedor ha sido defendida en China (República Popular) por los Principios generales del Código Civil de 1986, cuyo artículo 148 dispone que «a la obligación alimenticia (entre esposos), se aplicará la ley del país que tenga el más estrecho vínculo con la persona del acreedor».

¹⁶ El Convenio de La Haya de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores disponía en su artículo 3 que «contrariamente a las disposiciones que preceden, se aplica la ley designada por las reglas nacionales de conflicto de la autoridad que conoce del asunto, en el caso de que la ley de la residencia habitual del hijo le rehúse todo derecho a los alimentos». Posteriormente, el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias atribuye competencia en principio a la ley interna de la residencia habitual del acreedor de alimentos (art. 4), subsidiariamente a la ley nacional común cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor de conformidad con la ley anterior (art. 5), y, por último, a la ley interna de la autoridad que conozca de la reclamación cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor, en virtud de las leyes anteriormente designadas (art. 6). Así pues, la obtención de alimentos es el criterio que determina la intervención sucesiva de la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, de la ley nacional común y de la ley de la autoridad que conozca de la reclamación. Una jerarquía de conexiones semejante (residencia habitual del alimentista, nacionalidad común, foro) se contiene en la Ley alemana de 25 de julio de 1986 (art. 18), en el Código de las personas y de la familia de Burkina Faso de 16 de noviembre de 1989 (art. 1041) y en la Ley belga de 16 de julio de 2004 conteniendo el Código de Derecho Internacional Privado (art. 74). Una jerarquía de conexiones distinta, aunque inspirada en el mismo motivo de la obtención de alimentos, se contiene en la Ley de Quebec de 18 de diciembre de 1991 (art. 3094). A su vez, el Proyecto Benelux de 1969 en su artículo 5, párrafo tercero, sometió la acción alimenticia a la ley nacional del deudor «en el caso en que la ley de la residencia habitual del hijo le rehúse todo derecho a alimentos». Por su parte, el artículo 9.7 del CC español, invirtiendo el orden jerárquico de las dos primeras conexiones establecidas por el Convenio de La Haya de 1973, acudió, en primer término, a la ley nacional común, subsidiariamente a la ley de la residencia habitual del alimentista cuando no pueda obtener alimentos de acuerdo con la ley nacional común, y en defecto de ambas leyes o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, a la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación. Por último, la citada Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos de 15 de diciembre de 2005, en su artículo 13, atribuye competencia sucesivamente, al servicio de la obtención de alimentos, a la ley de la residencia habitual del alimentista, a la ley del foro y a la ley del país con que la obligación de alimentos presente vínculos estrechos, en particular el de la nacionalidad común del acreedor y el deudor.

¹⁷ «BOE» núm. 108 de 6 de mayo de 1974. *Vid.*, J. M. BISCHOFF, «Les Conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires», *Clunet*, 1964, pp. 759-788; J. DÉPREZ, «Les conflits de lois en matière d'obligation alimentaire», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, pp. 369-407; *Id.*, «Aliments», *Répertoire Dalloz de Droit International*, I, París, 1969; E. MEZGER, «Les Conventions de La Haye sur la loi applicable et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1958-1959), París, 1960, pp. 123-143.

¹⁸ «BOE» de 12 de noviembre de 1973.

Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias¹⁹, y el Convenio de la misma fecha (2 de octubre de 1973), referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias²⁰. Actualmente, la Conferencia está trabajando en la elaboración de un Convenio universal que, como los aprobados en 1996 y 2000, en materia de protección de menores y de adultos, respectivamente, habría de contener normas de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones, y cooperación internacional de autoridades. Dicho Convenio vendría a sustituir a los cuatro anteriores Convenios de La Haya y a incorporar los mecanismos para el cobro de la deuda alimenticia contenidos en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, estableciendo un sistema de cooperación entre Autoridades Centrales²¹. Es de señalar que el Comité de redacción reunido en La Haya del 5 al 9 de septiembre de 2005 ha preparado un

¹⁹ «BOE» núm. 222, de 16 de septiembre de 1986. *Vid.*, H. BATHIFOL, «La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, pp. 261-270; P. BELLET, «Les nouvelles conventions de La Haye en matière d'obligations alimentaires», *Clunet*, 1974, pp. 5-31; P. DE CESARI, «Le nuove convenzioni dell'Aja in materia di obbligazioni alimentari», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, pp. 42-68; J. DÉPREZ, «Les conflits de lois en matière d'obligation alimentaire», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, pp. 369-407; *Id.*, «Aliments», *Répertoire Dalloz de Droit International*, I, París, 1969; H. GAUDEMET-TALLON, «L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye)», *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, 1994, pp. 181-192; E. Groffier, *Les pensions alimentaires à travers les frontières. Etude de droit international privé comparé*, Bruselas, 1980; F. Herzfelder, *Les obligations alimentaires en droit international privé. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, París, LGDJ, 1985; C. JACCOTTET, *Les obligations alimentaires envers les enfants dans les Conventions de La Haye*, Berna/Francfort, 1982; A. MARIN LÓPEZ, «El Proyecto de Convenio de la Conferencia de La Haya sobre obligaciones alimenticias con los mayores», *RGD*, 1972, pp. 546-556 y 658-665; D. MARTINY, «Maintenance obligations in the conflict of laws», *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, t. 247, 1994-III, pp. 131-289; E. MEZGER, «Les Conventions de La Haye sur la loi applicable et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1958-1959, París, 1960, pp. 123 y ss.; A. E. VON OVERBECK, «Les nouvelles Conventions de La Haye sur les obligations alimentaires», *Ann. suisse dr. int.*, 1973, pp. 135-170; E. PÉREZ VERA, «La XII sesión de la Conferencia de La Haya: su aportación en materia de alimentos», *A.E.S.J.*, vol. II, 1973, pp. 315-354; M. SIMON-DEPITRE, «Les aliments en droit international privé», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, (1973-1975), París, 1977, pp. 39-58.

²⁰ «BOE» núm. 192, de 12 de agosto de 1987; corr. de errores, *BOE* núm. 282, de 25 de noviembre.

²¹ La elaboración de un nuevo Convenio internacional en materia de alimentos se decidió en la XIX Sesión de la Conferencia de La Haya (2001). En la reunión de la Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, en mayo de 2000, se trató de la posibilidad de elaborar un nuevo Convenio general sobre obligaciones de alimentos (A. BORRÁS y E. PÉREZ VERA, «La Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (8-12 mayo 2000)», *REDI*, 2000-1, pp. 269 y ss.). La Presidencia del Consejo y la Comisión de la Comunidad Europea, después de señalar que once Estados miembros eran parte de los Convenios de La Haya y estaban interesados en el objetivo propuesto, indicaron que los temas de competencia judicial y ejecución de decisiones en materia de alimentos también están regulados en el Reglamento «Bruselas I» y que los textos comunitarios sobre esta materia podían quedar afectados por el Programa de reconocimiento mutuo, donde se había previsto la supresión del exequátur de las decisiones dictadas por los órganos judiciales de los Estados miembros en litigios en los que sean partes dos residentes en la Comunidad (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. BORRÁS, «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (22 a 24 de abril de 2002)», *REDI*, 2002-1, pp. 515 y ss.). Durante el año 2002 se dirigió a los Estados miembros un cuestionario a efectos de determinar cuáles eran los principales problemas de aplicación de los Convenios ya existentes. La Comisión Especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia ha celebrado tres reuniones hasta la fecha, del 5 al 16 de mayo de 2003, del 7 al 18 de junio de 2004 y del 4 al 15 de abril de 2005, estando convocada una cuarta reunión para los días 19 a 28 de junio de 2006. En la primera reunión, celebrada en mayo de 2003 (Nota de A. Borrás y C. González Beilfuss en *REDI*, 2003-I, pp. 582 y ss.), se eligió como Presidente a F. Pocar (Italia) y como relatoras a A. Borrás (España) y a J. Degeling (Australia). En cuanto al ámbito de aplicación del Convenio, se argumentó que la evolución del Derecho de familia europeo y particularmente la introducción de la institución de parejas registradas y el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo podía hacer necesaria la admisión de reservas con objeto de conseguir un elevado número de ratificaciones, especialmente de los países islámicos. Es de señalar que las relatoras Alegría Borrás y Jennifer Degeling han indicado que el

Borrador de proyecto de Convenio sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia²², sometido a la atención de la Comisión Especial convocada para junio de 2006. Dicho borrador, en contra de lo que inicialmente estaba previsto, no aborda la cuestión de la ley aplicable.

El Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores dispone en su artículo 4 que «la ley declarada aplicable por la presente Convención no puede ser rechazada más que si su aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado al que pertenece la autoridad que conoce del caso».

En el proceso de elaboración de dicho Convenio se planteó la cuestión de la conveniencia de hacer una reserva para los casos en que la aplicación del Convenio diera lugar a un resultado contrario al orden público del país del juez que conoce del asunto. Como se recoge en el Informe de la Comisión especial presentado por L. I. de Winter en abril de 1955²³, la Comisión contempló cinco sistemas: a. La exclusión del orden público *expressis verbis*. b. La no inserción de una disposición en cuanto al orden público. c. La enumeración limitativa de los casos en los que el orden público puede ser invocado. d. La inclusión de la cláusula de reserva habitual y general del orden público. e. La inserción de una fórmula restrictiva del orden público.

Como se señala en el citado Informe, varios delegados estimaron que había que renunciar *expressis verbis* a invocar el orden público en un Convenio que tenía un fin humanitario y social como la protección de los menores. Sin embargo, la mayor parte de los delegados estimó que, aún compartiendo la opinión de que la aplicación frecuente de la excepción del orden público comportaría el peligro de vaciar enteramente de contenido el Convenio, no se podría negar que en materia de alimentos la aplicación de una ley extranjera podría en casos excepcionales constituir una infracción al orden público. Había que tener en cuenta además, como se señaló, que el juego del orden público no debía necesariamente ser perjudicial para los intereses del menor. Allí donde la aplicación del régimen convencional no condujera, a pesar de la disposición del artículo 3, a la atribución de alimentos al menor, era posible que el resultado fuera contra el orden público de uno de los Estados contratantes, razón por la que la intervención del orden público no podría ser excluida. Se estimó que en el supuesto de no incluirse una disposición relativa a la intervención del orden público, los tribunales recurrirían a él, sobreentendido en todo Convenio que guarda silencio al respecto. La Comisión contempló seriamente la posibilidad de enumerar de manera limitativa los casos de posible intervención del orden público. Sin embargo, resultó imposible formular una enumeración aceptable para todos los delegados, al margen de que era dudosa la conveniencia de establecer una lista tasada de los casos en los que el recurso al orden público sería admitido. Se estimó que la inserción de la cláusula de reserva

proyecto de Informe explicatorio sobre el Borrador del proyecto de Convenio estaría listo para su difusión a fines de marzo de 2006, y que los comentarios sobre dicho Informe deberán ser transmitidos a la Oficina Permanente antes del 1 de mayo de 2006. Han sido invitados a participar en esta Comisión Especial los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, los Estados no miembros de la Conferencia que sean partes en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero, ciertas organizaciones internacionales, intergubernamentales o no, a título de observadores, y determinados Estados que tienen un interés particular en la materia.

²² Document préliminaire núm. 16 de octubre de 2005.

²³ *Conférence de La Haye de Droit International Privé, Documents relatifs à la huitième session, 1956, II*, pp. 124 y ss., esp., 130-131.

habitual y general del orden público correría el peligro de permitir al juez llegar demasiado fácilmente a la conclusión de que la aplicación del Convenio era contraria al orden público de su país. Por ello la Comisión entendió que había que incluir una fórmula restrictiva. Una fórmula restrictiva similar figuraba en el Proyecto de convenio sobre la ejecución en el extranjero de las obligaciones alimenticias [art. 2.1.f)] del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (Proyecto de Ginebra).

El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973 dispone en su artículo 11, párrafo segundo, que «la aplicación de la ley designada por el Convenio sólo podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público».

Antes, en el marco del Cuestionario sobre las obligaciones alimenticias hacia los adultos en DIPr se había preguntado por los correctivos a la solución de los conflictos de leyes retenida por el Convenio (capítulo III del Rapport), concretamente: 1. Si el Convenio debe permitir a los tribunales de los Estados contratantes referirse a la ley aplicable según su DIPr no convencional, cuando la ley aplicable según el Convenio niega, en el caso, la existencia de toda obligación alimenticia, y 2. Si el Convenio debe, en las condiciones previstas en la cuestión precedente, permitir la aplicación de la ley interna del foro²⁴. Los Gobiernos respondieron a las cuestiones planteadas con un sí, con un sí con condiciones o con un no²⁵.

En el Informe sobre las obligaciones alimenticias hacia los adultos en DIPr elaborado por Michel Pelichet²⁶ se plantea la cuestión de la posible intervención del orden público con relación a los adultos, respecto de los cuales el elemento de la protección, especialmente del acreedor de alimentos, no juega un papel sustancial, como ocurre con los menores.

Señala el Informe explicativo de Michel Verwilghen²⁷ que la disposición sobre el orden público se imponía especialmente en un convenio universalista que podía conducir a la aplicación de cualquier legislación interna.

²⁴ *Document préliminaire* núm. 1 février 1971, *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Douzième session*, t. IV, *Obligations alimentaires*, pp. 9 y ss., esp. p. 11.

²⁵ En el Resumen sintético de las respuestas de los Gobiernos al Cuestionario sobre las obligaciones alimenticias hacia los adultos, (*Document préliminaire* núm. 3 de février 1971, *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Douzième session*, t. IV, *Obligations alimentaires*, pp. 75 y ss., esp. p. 79) se señala, respecto a los correctivos a la solución de los conflictos de leyes retenida por el Convenio, con relación a la primera cuestión planteada, que Austria, Japón, Portugal y Reino Unido respondieron con un sí. También lo hizo Grecia, pero parece que únicamente cuando el acreedor de alimentos tuviera su residencia habitual en el Estado del foro y, en ciertos casos, con la reserva de la reciprocidad. Suecia respondió también positivamente a la cuestión, pero únicamente en el caso en que el ámbito del Convenio se limitase a los esposos. Bélgica respondió afirmativamente si el Convenio contuviese una disposición de reciprocidad, similar a la del artículo 6 del Convenio de 1956; pero la cuestión no tendría objeto si el Convenio contuviese una ley uniforme. Alemania, Finlandia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza respondieron con un no. Con relación a la segunda cuestión, Alemania, Austria, Japón y Países Bajos respondieron con un no. Grecia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido y Suiza respondieron con un sí. Finlandia y Suecia también lo hicieron, pero en las situaciones en que el orden público podía intervenir. Bélgica estimó que habría que permitir la aplicación eventual de la ley interna del foro, si la solución propuesta en el n. 1 conducía a negar la existencia de una obligación alimenticia.

²⁶ *Conférence de La Haye de Droit International Privé, Actes et documents de la Douzième session*, t. IV, *Obligations alimentaires*, p. 42.

²⁷ *Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et documents de la Douzième session*, t. IV, *Obligations alimentaires*, p. 456.

El Convenio de La Haya de 1958 concerniente al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores establece en su artículo 2.º,5 que las decisiones dictadas en materia de alimentos en uno de los Estados contratantes deberán ser reconocidas y declaradas ejecutorias, sin revisión del fondo en los otros Estados contratantes, si «la decisión no es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado donde es invocada». A su vez, el Convenio de La Haya de 1973 referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias señala en su artículo 5.º.1 que el reconocimiento o la ejecución de la resolución podrá denegarse si «es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado requerido». Parte este precepto, como se ve, de la facultad de denegar el reconocimiento o la ejecución de la resolución extranjera, en tanto que el texto de 1958 partía de la obligación de reconocimiento y ejecución de las decisiones y de la ausencia de la condición negativa del orden público. En otras palabras, en el texto de 1958 el orden público se contempla negativamente (si «la decisión no es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado donde es invocada»), en tanto que en el texto de 1973 se contempla positivamente (si «es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado requerido»). En un caso la ausencia de orden público condiciona el reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera; en el otro, la presencia del orden público condiciona su posible denegación.

Como se señala en el citado Informe explicativo de Michel Verwilghen, la inserción de la excepción de orden público como condición negativa en el tratado no tiene otro fin que dar a esta excepción una expresión restrictiva, como pone de relieve el adverbio «manifiestamente» unido al adjetivo «incompatible». Se trata de apreciar cada vez *in concreto*, y con circunspección, si el reconocimiento o la ejecución deseada conduce, en el caso, a una situación intolerable para el Estado requerido. El control del orden público, como se indica, no podría servir de pretexto para reintroducir la revisión en cuanto al fondo, expresamente excluida en el Convenio.

Finalmente, el Borrador del proyecto de Convenio sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia, de septiembre de 2005, incluye, entre los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución de la decisión [artículo 18.a)] y de los documentos auténticos y acuerdos privados (art. 25.1.º), la incompatibilidad manifiesta con el orden público del Estado requerido.

En el ámbito americano, el Código de Bustamante (Código de Derecho Internacional Privado) de 1928 regula los alimentos entre parientes en los artículos 67 y 68. El artículo 67 sujeta a la ley personal del alimentado «el concepto legal de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de ese derecho». Por su parte, el artículo 68 considera que «son de orden público internacional las disposiciones que establecen el deber de prestar alimentos, su cuantía, reducción y aumento, la oportunidad en que se deben y la forma de su pago, así como las que prohíben renunciar y ceder ese derecho». Se combina, como vemos, la atribución de competencia a la ley personal del acreedor de alimentos con la reserva del orden público. Se defiende, pues, en este texto una concepción positiva del orden público como imposición de ciertas normas del ordenamiento jurídico del foro. Más recientemente, la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989, dispone en su artículo 22 que «podrá rehusarse el cumplimiento de sentencias extranjeras o la aplicación del derecho extranjero

previstos en esta Convención cuando el Estado parte del cumplimiento o de la aplicación, según sea el caso, lo considerare manifiestamente contrario a los principios fundamentales de su orden público». Se ha operado, como se ve, un cambio en la manera de entender el orden público, un tránsito desde una concepción positiva, como imposición de ciertas normas del ordenamiento jurídico del foro, a una concepción negativa, como exclusión o rechazo de ciertas normas extranjeras incompatibles con los principios y valores del ordenamiento del foro.

En el contexto comunitario europeo, el Libro Verde sobre obligaciones alimentarias²⁸, presentado por la Comisión, señala que el informe entregado a la Comisión Europea evidencia que, aunque se pueden prever «varios conflictos potenciales, el concepto de orden público internacional se presenta más como un falso problema que como un obstáculo real. La lectura de los informes nacionales pone de manifiesto que este concepto se aplica en un número insignificante de decisiones», agregando que «algunos problemas podrían subsistir para algunos Estados, como el reconocimiento y ejecución de resoluciones de concesión de una pensión alimentaria a personas vinculadas por nuevas formas de matrimonio o convivencia recientemente introducidas». Por último, la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, de 15 de diciembre de 2005, en su artículo 20 dispone que: «Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro. No obstante, la aplicación de una disposición de la ley de un Estado miembro designada por el presente Reglamento no podrá excluirse sobre esta base». Así pues, la intervención del orden público depende de que la ley designada competente sea la de un Estado no miembro (intervención subordinada a la exigencia de incompatibilidad manifiesta) o la de un Estado miembro (imposibilidad de intervención). La noción de «incompatibilidad manifiesta» es la habitualmente utilizada por los Convenios de La Haya.

En el marco de nuestras relaciones bilaterales, el Convenio con la República Oriental de Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987, dispone en su artículo 6 que «no será aplicable la ley designada por este Convenio, cuando su aplicación fuese manifiestamente incompatible con el orden público del Estado en el que se ejercitase la acción de alimentos».

III. PRINCIPIO DE OBTENCIÓN DE ALIMENTOS

El Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias atribuye competencia, en principio, a la ley interna de la residencia habitual del acreedor de alimentos (art. 4), subsidiariamente a la ley nacional común cuando el acreedor no pueda obtenerlos del deudor de conformidad con la ley anterior (art. 5), y, por último, a la ley interna de la autoridad que conozca de la reclamación cuando

²⁸ Documento COM (2004) 254 final, de 15 de abril de 2004.

el acreedor no pueda obtenerlos, en virtud de las leyes anteriormente designadas (art. 6). Así pues, la obtención de alimentos es el criterio que determina la intervención sucesiva de la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos, de la ley nacional común y de la ley de la autoridad que conozca de la reclamación. La utilización de una jerarquía de conexiones al servicio de un fin, la obtención de alimentos, hace innecesario recurrir al instrumento excepcional del orden público para conseguir un objetivo que puede alcanzarse por otros medios, es decir por el cauce normal de la designación de la ley competente. Por tanto, el empleo de normas de colisión materialmente orientadas conduce al mismo resultado que el orden público, interponiendo entre la primera conexión (residencia habitual del alimentista) y la última, la que conduce a la ley del foro, una conexión intermedia (nacionalidad común), retrasando en suma el recurso a la ley del foro, a la par que uniformando el fin que se persigue, que no es otro que la obtención de alimentos.

El artículo 9.7.º del Código Civil español, implícitamente derogado por el Convenio de La Haya de 1973, altera el orden jerárquico de conexiones establecido por éste, sometiendo, en principio, el derecho a la prestación de alimentos entre parientes a la ley nacional común del alimentista y del alimentante, subsidiariamente a la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común, y en defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, a la ley interna de la autoridad que conozca de la reclamación. La política legislativa que inspira el precepto es la protección del derecho a la percepción de alimentos, existiendo al respecto una correspondencia con el Convenio de La Haya, informado por el «principio de máxima protección al alimentista», según la expresión utilizada por el Consejo de Estado en su correspondiente Dictamen. Consideró éste que la fórmula en principio recomendable sería invertir el orden del Convenio de 1973 y dar primacía a la conexión nacionalidad, introduciendo como secundaria la de la residencia habitual y, en último término, la ley de la autoridad que entiende de la reclamación. La atribución de competencia a la ley de la residencia habitual de la persona que reclama los alimentos «cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común» abarca tanto la hipótesis en que la ley nacional común niegue la obtención de alimentos como el supuesto en que el deudor y el acreedor de alimentos tengan distinta nacionalidad, aunque sus leyes nacionales admitan la obligación de prestarlos. La imposibilidad de obtener alimentos a que se alude como motivo para excluir la competencia de la ley nacional común a favor de la ley de la residencia habitual del alimentista, o la de ésta en beneficio de la ley de la autoridad que conozca de la reclamación, no debe entenderse en el sentido de que la legislación competente excluya con carácter general todo derecho a alimentos, sino referida al caso concreto de que se trate.

La sentencia de la *Cour de Cassation (Civ.)* de 17 de diciembre de 1958²⁹, en el caso *Valentinis c. sa femme née Galasso*, a propósito de la obligación alimenticia entre esposos, consideró que ésta «derivando de los deberes de socorro y de asistencia, es una regla fundamental del orden público francés; que, si ésta puede conciliarse con modalidades diferentes de atribución establecidas por una ley extranjera, no podría ser rechazada en su principio». Claramente se advierte la distinción entre el principio y las modalidades de atribución de alimentos. El orden público se opuso a la aplica-

²⁹ *Clunet*, 1959, pp. 824 y ss., obs. Sialelli; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 691 y ss., nota J. Déprez.

ción de la ley italiana, correspondiente a la nacionalidad común de los esposos, que, en el caso, denegaba a la mujer toda pensión.

Son varias las cuestiones relativas a la obligación de prestación de alimentos que han suscitado dudas acerca de la posible intervención del orden público, entre las cuales básicamente cabe destacar las siguientes: la determinación de los acreedores o beneficiarios; la determinación y jerarquía de los obligados o deudores; el carácter cesible, transferible, renunciable o transaccional de la obligación; el carácter prescriptible o imprescriptible de la acción alimenticia, los plazos para el ejercicio de la misma y el momento a partir del cual se deben los alimentos; la fijación de la cuantía de la deuda alimenticia y la cesación de la obligación de dar alimentos.

IV. ACREEDORES DE ALIMENTOS

La cuestión relativa a la determinación de los acreedores o beneficiarios de los alimentos, los alimentistas, está condicionada por una cuestión previa, de cuya solución depende, la existencia de un vínculo familiar, y más concretamente, de un matrimonio o de una relación paterno-filial.

El Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias dispone en su artículo 10.1.º que ésta determinará «si el acreedor puede reclamar alimentos, en qué medida y a quién».

1. CLASES DE FILIACIÓN

El Convenio de La Haya de 1956 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, al señalar su ámbito de aplicación (art. 1), afirma que por el término «hijo» se entiende, a los fines del Convenio, «todo hijo legítimo, no legítimo o adoptivo, soltero y menor de veintiún años cumplidos». Su artículo 5, párrafo segundo, tras afirmar que la Convención «no regula más que los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias», puntualiza que las decisiones dictadas en su aplicación «no podrán prejuzgar cuestiones de filiación y relaciones familiares entre el deudor y el acreedor». Por otra parte, el Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, al establecer su ámbito de aplicación (art. 1), incluye «las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo». Su artículo 2, tras señalar que «el Convenio sólo regula los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias», añade que las decisiones dictadas en su aplicación «no prejuzgan la existencia de una de las relaciones a que se refiere el artículo 1.º». Como se ve, ambos Convenios incluyen en su ámbito las obligaciones alimenticias hacia los hijos ilegítimos, en una visión integradora y no discriminatoria de las distintas clases de filiación. Asimismo ambos Convenios establecen una disociación entre las cuestiones de filiación y las obligaciones alimenticias. Esa concepción amplia de la filiación y esa disociación entre las cuestiones de filiación y las obligaciones alimenticias, son factores que contribuyen a una interpretación restrictiva del orden público y en clave progresista y antidiscriminatoria.

Por lo que respecta al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias, el Convenio de 15 de abril de 1958 establece en su artículo 1, párrafo tercero, que «si la decisión contiene disposiciones sobre un punto distinto de la obligación alimenticia, el efecto de la Convención queda limitado a esta última». En esa línea, el Convenio de 2 de octubre de 1973 señala en su artículo 3 que «si la resolución o la transacción no se refiere únicamente a la obligación alimentaria, el efecto del Convenio quedará limitado a esta última». Dichos preceptos sirven de base o amparan el exequátur parcial de una sentencia extranjera en cuanto a los extremos relativos a la condena del demandado al pago de alimentos, prescindiendo de otros extremos relativos a la filiación.

En el contexto americano, la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989 dispone en su artículo 40 que toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de «filiación», entre otras formas posibles de discriminación.

En el ámbito de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC), el Convenio núm. 12, sobre la legitimación por matrimonio, firmado en Roma el 10 de septiembre de 1970, y el Convenio núm. 18, relativo al reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980, como señalan en sus respectivos Preámbulos, responden al deseo de favorecer, por la adopción de reglas uniformes de conflicto, la legitimación de los hijos naturales y el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio. El Convenio n. 12 sobre la legitimación por matrimonio dispone en su artículo 3 que la validez de una legitimación conforme a las disposiciones de derecho interno de la ley nacional del padre o de la madre no puede ser denegada, en nombre del orden público, en otras condiciones que las previstas en el artículo 2³⁰. El referido artículo 2, en su apartado *d*), incluye, entre las posibles reservas, el derecho de no tener la legitimación por válida si el hijo nacido de uno de sus nacionales es adulterino respecto de éste. Por su parte, el Convenio núm. 18, relativo al reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio, dispone en su artículo 5 que un reconocimiento hecho conforme a los artículos 1 y 2 no puede ser tenido por nulo en un Estado contratante, en nombre del orden público, más que en la medida en que este Estado haya formulado una de las reservas previstas por el artículo precedente³¹. Entre las posibles reservas previstas en el artículo 4, en el apartado *b*) se contempla la relativa al caso en que el reconocimiento haga aparecer una filiación incestuosa y el autor del reconocimiento o el hijo sea uno de sus nacionales.

En la legislación francesa, la Ley de 15 de julio de 1955, modificando el artículo 342 del Código Civil, abrió a los hijos adulterinos e incestuosos, cuyo establecimiento de la filiación permanecía prohibido, una acción en reclamación de alimentos que consagraba la aparición en Francia de una concepción puramente alimenticia de

³⁰ El Informe explicativo adoptado por la Asamblea General de Roma de 9 de septiembre de 1970 señala que, con el fin de asegurar la aplicación efectiva del Convenio y excluir toda interpretación extensiva de la noción de orden público, el artículo 3 precisa que la validez de una legitimación conforme a las disposiciones del artículo 1 no podrá ser denegada, en nombre del orden público, en otras condiciones que las previstas por el artículo 2.

³¹ El Informe explicativo adoptado por la Asamblea General de Munich el 3 de septiembre de 1980 señala que la formulación del texto del artículo 5 tiende a eliminar la aplicación del orden público internacional cuando conduzca a estimar nulo un reconocimiento, pero no impide acudir a esta noción si tiene por consecuencia admitir la validez del reconocimiento. Se ha pasado, como vemos, de un orden público restrictivo del reconocimiento a un orden público favorable a él.

la filiación, disociada de todo vínculo jurídico establecido, no teniendo la constatación de la paternidad otro efecto que el de fundamentar la condena de alimentos³². La Ley de 3 de enero de 1972 estableció el principio de igualdad entre hijos legítimos y naturales (art. 334 CC) y admitió la prueba de la filiación adulterina.

El Derecho alemán, que tradicionalmente se fundaba en la noción de *zahnvaterschaft* (paternidad alimentaria), basada en la consideración de la demanda alimenticia (*Unterhaltsklage, Alimenterklage*) como independiente respecto de la acción de estado sobre el establecimiento del vínculo de filiación (*Abstammungsklage*)³³, ha sido modificado por una Ley de 19 de agosto de 1969 sobre la condición jurídica del hijo ilegítimo, que sustituye la paternidad alimenticia de antes por una paternidad jurídica a semejanza de la que resulta de un nacimiento dentro del matrimonio, viniendo a ser sustituida la acción de subsidios alimenticios por una acción encaminada a la declaración de paternidad con los efectos resultantes en Derecho alemán del establecimiento del vínculo de filiación. Sin embargo, la Ley belga de 31 de marzo de 1987 mantuvo una acción alimenticia no declarativa de paternidad (arts. 336-348 CC belga).

En el marco de la jurisprudencia francesa, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de febrero de 1960³⁴, en el caso *Muller c. Dlle Rau et Office de la Jeunesse de Sarrelouis*, consideró que los jueces de fondo, con justicia, interpretando la ley extranjera del menor, aplicable al litigio, señalaron que la demanda alimenticia presentada en Francia por la madre conforme a los artículos 1708 y siguientes del Código Civil alemán, lejos de tener por objeto, como la demanda de investigación de paternidad prevista por el artículo 340 del Código Civil francés, de la que es enteramente diferente, la constatación de la paternidad natural, tiende únicamente al pago de alimentos, con exclusión del establecimiento de ningún vínculo de filiación. Se defendía, pues, el carácter separable, disociable, de las cuestiones de filiación y de alimentos.

En la jurisprudencia italiana relativa al reconocimiento de decisiones extranjeras condenando a ciudadanos italianos al pago de alimentos respecto a menores, se ha producido un cambio en cuanto a la apreciación del orden público, un tránsito desde una concepción favorable a su intervención hacia una concepción contraria, en un proceso de progresiva liberalización. En el debate habido en torno a la posible intervención del orden público frente al reconocimiento de sentencias extranjeras de condena de alimentos se han utilizado argumentos que básicamente conciernen al carácter disociable o indisociable de la relación de filiación y de la relación de alimentos, a la naturaleza familiar o patrimonial de la obligación alimenticia y a la admisión del exequátur parcial³⁵. La jurisprudencia más conservadora, favorable a la

³² J. DÉPREZ, «Les conflits de lois en matière d'obligation alimentaire», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 372.

³³ La idea de una paternidad no constitutiva de una relación de estado, sino únicamente de relaciones obligacionales, había sido defendida en varios textos: CC austriaco (arts. 163-166); CC alemán (art. 1708); CC suizo (art. 309); CC italiano de 1942 (art. 279); CC belga (ley de 1908); CC holandés (ley de 16 de noviembre de 1909). Estas legislaciones establecían una obligación alimenticia hacia los hijos naturales. *Vid.*, J.Y. Chevallier, *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé français*, Bibliothèque de droit privé, París, 1967, p. 85; P. Graulich, nota en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, p. 378.

³⁴ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 341 y ss., nota Ph. Francescakis.

³⁵ *Vid.* F. ZICCARDI, «Paternità giudizialmente dichiarata all'estero, alimenti ed efficacia in Italia delle relative pronunzie», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, pp. 854-864; D'AGOSTINO, «Sulla dichiarazione di efficacia parziale della sentenza straniera», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, pp. 341-366; G. CONETTI, «In tema di delibazione di sentenze straniere relative al diritto agli alimenti del figlio naturale», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, pp. 95 y ss.; P. DE CESARI, «Diritto agli alimenti del figlio naturale, convenzioni dell'Aja e ordine pubblico», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, pp. 238-259.

intervención del orden público³⁶, denegó el reconocimiento de las decisiones extranjeras de condena de alimentos como consecuencia de una determinación de la filiación natural efectuada fuera de los casos tasadamente establecidos por la ley italiana, utilizando argumentos relativos a la vinculación o dependencia entre las obligaciones alimenticias y las relaciones de filiación que constituyen su presupuesto lógico y jurídico indispensable, a la calificación de la relación alimenticia como relación familiar y a la imposibilidad de una ejecución parcial o incidental de la sentencia extranjera limitada a la cuestión de alimentos, porque el *decisum* está indisolublemente ligado al presupuesto lógico y jurídico de la determinación de la paternidad natural. Por otra parte, la jurisprudencia más liberal y progresista, contraria a la intervención del orden público³⁷, procedió al reconocimiento de las referidas sentencias extranjeras, invocando argumentos relativos a la escisión o disociación entre las cuestiones de filiación y de obligación de alimentos, a la calificación patrimonial y no familiar del derecho a alimentos, a la admisión del exequátur parcial de la sentencia extranjera en cuanto a la condena de alimentos, y, finalmente, razones de

³⁶ Sentencias de la *Corte di Appello* de Milán de 18 de noviembre de 1966, en el caso *Amministrazione dell'interno c. Crema*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, pp. 375-377; *Corte di Appello* de Turín de 6 de mayo de 1967, en el caso *A. W. F. c. S. O.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, pp. 397-400; *Corte di Appello* de Cagliari de 28 de noviembre de 1967, en el caso *F. P. S. c. C. M.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, pp. 654-656; *Corte di Appello* de Venecia de 20 de febrero de 1969, en el caso *Kreisjugendamt Hechingen c. B.T.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, pp. 303-307; *Corte di Appello* de Lecce de 18 de junio de 1969, en el caso *Ministero dell'Interno c. B.C.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, pp. 112-118.

³⁷ Sentencias de la *Corte di Appello* de Trento de 8 de junio de 1966, en el caso *S. c. P.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 162; *Corte di Appello* de Roma de 17 de marzo de 1967, en el caso *Ministero dell'Interno c. Alfonsi*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, pp. 392-394; *Corte di Appello* de Trento de 2 de mayo de 1967, en el caso *G. c. W.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 162; *Corte di Appello* de Trento de 6 de junio de 1967, en el caso *A. G. c. R. W.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, pp. 401-402; *Corte di Appello* de Trento de 20 de junio de 1967, en el caso *T. c. S.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, pp. 162-163; *Corte di Appello* de Nápoles de 26 de junio de 1968, en el caso *Ufficio assistenza ai minorenni di Stuttgart c. V. T.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 163; *Corte di Appello* de Milán de 28 de junio de 1968, en el caso *Amministrazione Ministero dell'Interno c. Tammeo*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, pp. 237 y ss.; *Corte di Cassazione* de 24 de octubre de 1968, en el caso *F. c. C.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 514; *Corte di Appello* de Venecia de 8 de noviembre de 1968, en el caso *P.A. c. G.B.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, pp. 303 y ss.; *Corte di Appello* de Trieste de 29 de abril de 1969, en el caso *C.S. c. A.B.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, pp. 327-332; *Corte di Cassazione* de 31 de mayo de 1969, en el caso *Ministero dell'Interno c. Z.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, pp. 107-111; *Corte di Cassazione* de 12 de enero de 1971, en el caso *Ministero dell'interno c. Crema*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, pp. 609-610; *Corte di Appello* de Bari de 12 de enero de 1971, en el caso *Loiacono quale curatore speciale di Girone c. Anaclerio*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, pp. 528-533; *Corte di Cassazione* de 10 de febrero de 1971, en el caso *Faszbender c. Oricchio*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, pp. 125-128; *Corte di Appello* de Lecce de 22 de febrero de 1971, en el caso *Ministero dell'Interno c. Di Cuià*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, pp. 128-131; *Corte di Appello* de Milán de 21 de diciembre de 1971, en el caso *Amministrazione dell'Interno c. Di Pietro*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1972, pp. 831-839; *Corte di Cassazione* de 19 de octubre de 1972, en el caso *Ministero dell'Interno c. B.C. e Procuratore generale presso la Corte di appello di Lecce*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, pp. 98-100; *Corte di Appello* de Milán de 27 de febrero de 1973, en el caso *Faszbender c. Oricchio*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, pp. 275-281; *Corte di Cassazione* de 9 de octubre de 1978, en el caso *Castellano c. Ufficio per la gioventù della città di Solingen*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, pp. 56-58; *Corte di Cassazione* de 12 de abril de 1979, en el caso *Zanutel c. Ministero dell'interno*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, pp. 412-415; *Corte di Cassazione* de 17 de diciembre de 1981, en el caso *Senepa c. Amministrazione dell'Interno*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, pp. 360-364; *Corte di Cassazione* de 27 de mayo de 1982, en el caso *Gamboz c. Rojc e Avvocato generale della Corte di Appello di Trieste*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, pp. 644-651; *Corte di Cassazione* de 3 de mayo de 1986, en el caso *Pichler c. Zathamer*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, pp. 409-418; *Corte di Cassazione* de 17 de abril de 1991, en el caso *Perri c. Hogen*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 369-376; *Corte di Cassazione* de 19 de enero de 1992, en el caso *lori c. Amministrazione dell'interno*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 145-147; *Corte di Cassazione* de 15 de octubre de 1994, en el caso *Di Bello c. Frederick e Procuratore generale presso la Corte di Appello di Torino*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, pp. 142-144; *Corte di Cassazione* de 9 de agosto de 1997, en el caso *Angione c. Ministero dell'interno*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, pp. 574-576; *Corte di Appello* de Milán de 4 de diciembre de 1998, en el caso *Nuscis c. Andrealli*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, pp. 110-112.

humanidad que reclaman la concesión de una asistencia y la naturaleza urgente de la prestación.

Con anterioridad a la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, nuestro Ordenamiento distinguía diversas clases de filiación (hijos legítimos e ilegítimos, naturales y no naturales, hijos naturales reconocidos y no reconocidos, hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres y por concesión Real). El orden público estaba al servicio de una concepción de la familia y de la filiación de carácter profundamente discriminatorio. El antiguo artículo 143 del Código Civil señalaba que estaban obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión señalada por el artículo precedente: «2.º Los ascendientes y descendientes legítimos. 3.º Los padres y los hijos legitimados por concesión real y los descendientes legítimos de éstos. 4.º Los padres y los hijos naturales reconocidos, y los descendientes legítimos de éstos». Y añadía que «los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia...». Como señala J. Delgado Echeverría³⁸, «sólo de la filiación legítima derivaba obligación de alimentos entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; mientras que la legitimación por concesión real y la filiación natural producía parentesco sólo respecto del padre, el hijo y los descendientes legítimos de éste; por último, los hijos ilegítimos no naturales no tenían otro derecho que el de «los auxilios necesarios para la subsistencia». Por su parte, el antiguo artículo 127.2.º señalaba que la legitimación por concesión Real daba derecho al legitimado «a recibir alimentos de los mismos, en la forma que determina el artículo 143». A su vez, el artículo 134.2.º afirmaba que el hijo natural reconocido tenía derecho a recibir alimentos del que le reconocía, conforme al artículo 143. Y el artículo 139 establecía que «los hijos ilegítimos, en quienes no concurre la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos conforme al artículo 143», enumerando el artículo 140 las condiciones para ejercitar el referido derecho a alimentos. Así pues, el derecho a alimentos se reconocía no sólo a los hijos legitimados y a los naturales reconocidos, sino también a los demás hijos ilegítimos, si bien no en la misma medida. Existían diferencias objetivas en cuanto al contenido de los alimentos (muy reducidos en el caso de los hijos ilegítimos en quienes no concurría la condición legal de naturales) y diferencias subjetivas en cuanto al grado de parentesco de los obligados a darse alimentos.

En la jurisprudencia española, la STS de 21 de diciembre de 1963³⁹, en el caso *Schwarz c. Reig*, a propósito de una demanda de alimentos presentada, a favor de su hijo, por una alemana contra su antiguo marido, español, ordenado *in sacris*, con quien había contraído matrimonio civil en Alemania, habiéndose divorciado en ese país, considera que «en el caso de autos no se trataría de hijo ilegítimo no natural, pues no se declaró, en el correspondiente proceso, tal ilegitimidad, y en este último término, aun en este supuesto, siempre el hijo estaría amparado por la presunción de buena fe del matrimonio, que habría que destruir, y que, aun destruido, no le afectaría, según el ya mencionado artículo 69 del Código Civil». La sentencia española reconoce la misma pensión alimenticia que había otorgado la sentencia alemana. Como pone de

³⁸ J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Art. 143», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 525.

³⁹ *Col. Leg.*, vol. 124, núm. 1025, pp. 606 y ss.

manifiesto J. Puente Egido⁴⁰, la sentencia del Tribunal Supremo distingue acertadamente entre el efecto principal de la sentencia de divorcio, que, como tal no podría ser ejecutada en España, y el efecto secundario de la obligación de pagar a la madre en concepto de alimentos, efecto éste que no era contrario al orden público. Se pregunta el citado autor si hubiera sido otra la solución a la que se hubiera llegado por la vía de un reconocimiento de sentencia extranjera, aceptando tal reconocimiento por la vía de un orden público atenuado, o simplemente apreciando la inexistencia de tal orden público.

Posteriormente, la SAT de Palma de Mallorca de 12 de febrero de 1973⁴¹ consideró improcedente la demanda de alimentos provisionales promovida por el Ministerio Fiscal, fundada en una sentencia sueca, declarativa de que el demandado, domiciliado en España, era el padre de la niña, residente en Suecia, para quien se solicitaban, considerando, entre otros extremos, que la filiación natural no había sido reconocida. Pocos meses después, en un supuesto fáctico muy similar, la SAT de Palma de Mallorca de 12 de diciembre de 1974⁴² consideró que «los principios filosófico-morales que inspiran nuestra organización familiar y parentofamiliar, cuya regulación jurídica trae causa antecedente del propio Código Napoleónico, en cuya elaboración fue objeto de vivas discusiones la llamada «investigación de la paternidad», rechaza de plano la fácil declaración de tal vínculo con base en la simple posibilidad de una relación genética, de la que se presume la fecundación creadora, con el sólo apoyo de una unilateral declaración y olvido de las circunstancias sociológico-ambientales determinantes de la relación sexual concreta», agregando que «la sentencia dictada por el Tribunal extranjero, no se ha pretendido ejecutar a tenor de los artículos 951 y siguientes de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la misma se funda en alguno de los supuestos que conforme al artículo 135 del Código Civil, obligan al reconocimiento de la paternidad de un hijo natural». Parten dichas sentencias, como se ve, de una indisociable vinculación entre las cuestiones relativas a la filiación y a los alimentos.

La Constitución de 1978 establece unos principios que van a incidir profundamente en la regulación de esta materia. Por un lado, la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (arts. 14 y 39.2). Asimismo, la protección integral de los hijos por los poderes públicos (art. 39.2). Por último, la admisión de la investigación de paternidad (art. 39.2). En definitiva, los grandes principios de igualdad y protección, tan hondamente presentes en nuestro sistema.

Con la reforma del Código Civil en materia de filiación (título V del Libro I), operada por la mencionada Ley 11/1981, se ha producido una equiparación de la filiación matrimonial y la no matrimonial en cuanto a sus efectos (art. 108 CC). Esa reforma, que la Constitución de 1978 (arts. 14 y 39) y la ratificación por España de diversos Convenios internacionales hacía necesaria, ha venido a suponer una superación de la discriminación anteriormente existente entre las diversas clases de filiación (filiación legítima e ilegítima, natural y no natural), cerrando el paso a la intervención del orden público. El nuevo artículo 143 del Código Civil, al señalar quiénes están obligados recíprocamente a darse alimentos, alude, en segundo lugar, con carácter general, a «los ascendientes y descendientes». Esa reforma del Código Civil, equiparando las distintas clases de filiación, al amparo del principio de igualdad constitucional, sus-

⁴⁰ J. PUENTE EGIDO, *Derecho Internacional Privado Español: Doctrina Legal del Tribunal Supremo*, Eunibar, Barcelona, 1981, p. 283.

⁴¹ *RGD*, 1974, pp. 357-358.

⁴² *Anuario de D.I.*, III, 1976, pp. 556-557.

cita la posible intervención del orden público frente a una legislación extranjera que discrimine entre los hijos, suprimiendo o restringiendo los derechos alimentarios de los hijos no matrimoniales.

2. DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE SEXO O RELIGIÓN

Las discriminaciones sexistas subyacen a todo el Derecho de la persona, de la familia y de las sucesiones de los ordenamientos jurídicos islámicos, incluido el Derecho de alimentos. La desigualdad entre hombres y mujeres, que el Derecho islámico proyecta en todas las relaciones jurídicas (personales, familiares y sucesorias), trae causa en el trasfondo religioso que subyace detrás del Derecho islámico⁴³. Las disposiciones islámicas en materia de alimentos, tanto las relativas a los alimentos entre cónyuges como las concernientes a los alimentos tras la disolución del vínculo matrimonial, se basan, claramente, en el principio de la desigualdad de la mujer con respecto al hombre. Dicha discriminación trasciende, igualmente, al D.I.Pr. islámico. Ello justifica que, en estos países, sea común que las normas conflictuales sobre alimentos se centren, no en la persona del alimentista (como viene siendo habitual en tanto que parte más necesitada de protección), sino en la del alimentante (que, en los Estados islámicos, va a ser el marido o padre)⁴⁴.

Dicha regulación está en conflicto con la existente en los sistemas jurídicos occidentales, que se sustentan en el principio de igualdad jurídica sin discriminación por razón de sexos (el cual aparece consagrado por las Constituciones estatales europeas así como por la normativa internacional sobre derechos humanos que ha sido ratificada por los Estados occidentales)⁴⁵. Así, por ejemplo, en el ámbito americano, la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989 dispone, en su artículo 4.º, «que toda persona tiene derecho a recibir alimentos, «sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación». Y, en el contexto comunitario europeo, la Comisión de

⁴³ Por lo que a la influencia de las tradiciones religiosas islámicas sobre el Derecho islámico se refiere, *vid.*, muy especialmente, B. DUPRET, «Política, religión y Derecho en el mundo árabe», *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, bajo la dirección de A. Borrás y de S. Mernissi, Barcelona, 1998, pp. 21-43. Como no podía ser de otro modo, debido a la desidentificación funcional del D.I.P. con respecto al resto del ordenamiento jurídico del cual forme parte, dicha devastadora influencia religiosa se proyecta, igualmente, sobre el D.I.Pr. islámico: *vid.*, entre otros, M. CHAFRI, «L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans», *Rec. des Cours*, 1987-III, tomo 203, pp. 321-454.

⁴⁴ Entre los múltiples ordenamientos jurídicos islámicos que han considerado que es la ley nacional del deudor de alimentos la que ha de regir la obligación alimenticia, *vid.*, por ejemplo, el artículo 21 del Código civil de Irak de 4 de junio de 1951; así como el artículo 21 de la Ley de Turquía, de 20 de mayo de 1982, sobre el Derecho internacional privado y el procedimiento internacional.

⁴⁵ Por lo que a nuestra Carta Magna se refiere, dicho principio aparece reconocido, con carácter genérico, en el artículo 14 y, con un alcance más específico, en el apartado 1.º del artículo 32 (relativo, este último, a la igualdad de los cónyuges ante la ley). Tal como establece el apartado 1.º del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, los «hombres y las mujeres, (...) disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio». *Vid.*, igualmente, el apartado 4.º del artículo 23 (Parte III) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. En relación con las implicaciones de dicho principio fundamental en el sector de la nacionalidad, en el de la extranjería y en el del Derecho aplicable, *vid.* M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «Matrimonio, igualdad conyugal y Derecho internacional privado», *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, vol. I, Estudios homenaje al profesor Antonio Pérez Voituriez*, 2001, núm. 18, pp. 33-51.

Derecho europeo de familia recomienda unos Principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados⁴⁶, en cuyo Preámbulo manifiesta el deseo de «equilibrar los intereses de los esposos y de la sociedad y apoyar una igualdad de sexos real, teniendo en cuenta el interés superior del niño».

La fundamentación de las normas islámicas sobre alimentos en principios y valores radicalmente opuestos a los de las regulaciones occidentales, plantea la problemática relativa a la eventual intervención del orden público internacional en esta materia. Para dar una respuesta a esta cuestión es preciso un estudio de los pilares básicos de la reglamentación material sobre alimentos entre cónyuges, cuando aún está subsistente el vínculo matrimonial y con posterioridad a la disolución del matrimonio, de los sistemas jurídicos islámicos.

Uno de los pilares básicos de los ordenamientos jurídicos islámicos, en materia de alimentos, es la obligación que pesa sobre el marido, mientras que el matrimonio subsista, de mantener a su mujer, esto es, de procurarle el sustento: *nafaqa*. Pese al fundamento marcadamente sexista de la referida institución, algunas legislaciones islámicas (como es el caso, muy especialmente, de la marroquí) se muestran algo más protectoras de los intereses de la mujer, lo cual se vislumbra en su regulación. No obstante, incluso en estos ordenamientos jurídicos más avanzados, se aprecia un claro desequilibrio en la posición jurídica de ambos cónyuges. La institución de la *nafaqa*, pese a haber sido objeto de una regulación muy detallada por las legislaciones de los países islámicos, plantea numerosas lagunas, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello lleva aparejado para la mujer procedente de dichos países.

La obligación al pago de la *nafaqa* (que comprende el alimento propiamente dicho, el alojamiento, el mobiliario, la vestimenta y los accesorios [como, por ejemplo, la cosmética y los perfumes]) corresponde al marido, con independencia de cuál sea la situación económica de ambos cónyuges. No obstante, el montante de la *nafaqa*, que será fijado por el juez cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, varía en función de factores diversos: básicamente, la situación económica del marido (ya que son pocos los países islámicos que tienen en cuenta, a los efectos de la fijación del importe de la *nafaqa*, la situación económica de la mujer), los usos del país islámico de que se trate y el coste de la vida. En el caso de matrimonios poli-gámicos, la referida obligación del marido recae sobre cada una de sus mujeres.

Pese a que, al menos *a priori*, pueda parecer que la *nafaqa* lleva aparejada una discriminación positiva para la mujer, ello no es así, ya que, de conformidad con el Corán, la autoridad que tienen los hombres sobre las mujeres tiene una justificación religiosa (los designios divinos) y una material (el deber que tienen los hombres de asegurar la manutención de sus mujeres). Por lo tanto, la contrapartida a la obligación del marido de asegurar la manutención a su mujer es el derecho del marido a la posesión de su mujer. Y, más en concreto, en contraprestación a esta obligación que pesa sobre el marido (la *nafaqa*), los ordenamientos jurídicos islámicos otorgan al marido determinados derechos, entre ellos el de poder obligar a su mujer a quedarse en su casa al cuidado del hogar y el de impedir a su mujer trabajar fuera de casa. La mujer

⁴⁶ K. Boele-Woelki y otros, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, European Family Law Series No. 7, Intersentia, Anwerp-Oxford, 2004, especialmente p. 159. *Vid.*, igualmente, C. González Beilfuss, «CEFL'S Maintenance Principles: The Conditions For Maintenance», *Common Core and Better Law in European Family Law*, bajo la edición de K. Boele-Woelky, European Family Law Series No. 10, Intersentia-Antwerp, 2005.

sólo podrá participar en su propio mantenimiento y contribuir a las cargas del matrimonio, si el marido la autoriza a trabajar fuera de casa. De este modo, la obligación del marido de mantener a su mujer es, más bien, una potestad; mientras que el derecho de la mujer a ser mantenida es, realmente, una obligación que trae consigo discriminaciones sexistas adicionales. Por otro lado, la institución de la *nafaqa* deja a la mujer en una posición extremadamente débil, ya que el derecho (obligación) a ser mantenida por su marido está condicionado al cumplimiento de sus deberes conyugales. Los ordenamientos jurídicos islámicos condicionan, pues, el disfrute por la mujer, de una pensión alimenticia del marido, a condiciones particularmente restrictivas. De hecho, el incumplimiento por la mujer de sus deberes conyugales (con independencia de la actitud del marido con respecto a la misma) determina la pérdida por ésta del derecho a la pensión alimenticia (así, por ejemplo, cuando la mujer es encarcelada, cuando la misma abandona el domicilio conyugal sin la autorización del juez o, incluso, cuando la mujer embarazada se niega a mantener relaciones sexuales con su marido). Al margen de lo señalado, la obligación que tiene el marido de procurar el sustento de su mujer no surge, con carácter general, desde el momento de la celebración del matrimonio, sino desde el de su consumación. Este dato no está exento de importancia, ya que, en determinados supuestos (así, por ejemplo, cuando la mujer que contrae matrimonio es todavía una niña), transcurren varios años desde la celebración del matrimonio hasta su consumación; quedando la mujer desprotegida durante este largo intervalo de tiempo⁴⁷. Todo ello no es más que una manifestación más de la supremacía del hombre sobre la mujer en la que se basa la cultura y el Derecho islámico. Sin embargo, los sistemas jurídicos del mundo occidental, en materia de alimentos entre cónyuges, se basan en el principio de la contribución de ambos esposos a la manutención de la familia, sin que tenga lugar discriminación alguna por razón de sexos. De este modo, la puerta queda abierta a la eventual intervención del orden público internacional.

Por otro lado, en los ordenamientos jurídicos islámicos, la posición de la mujer es extremadamente delicada una vez que el matrimonio ha sido disuelto, ya sea por la vía del repudio (tanto revocable como irrevocable) o por la del divorcio judicial⁴⁸.

Una de las causas de divorcio de los ordenamientos jurídicos islámicos es, precisamente, el incumplimiento por el marido de la obligación de mantener a su mujer, es decir, de pagar a ésta la pensión alimenticia a la cual tiene derecho⁴⁹; lo cual llama la atención si se tiene en cuenta que los ordenamientos jurídicos islámicos, como consecuencia de fundamentarse en la supremacía del varón sobre la mujer, se muestran muy reacios a admitir que sea la mujer la que solicite el divorcio (y ello con independencia de cuál sea la razón por ésta alegada). No obstante, algunas legislaciones islámicas se muestran muy restrictivas en relación con el derecho de la mujer a soli-

⁴⁷ En relación con la regulación de la *nafaqa* en los ordenamientos jurídicos islámicos, *vid.*, entre otros muchos, S. ALDEEB y A. BONOMI, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Etude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, núm. 36, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999, p. 145; así como L. MILLIOT y F. P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 326-334, núms. 389-397.

⁴⁸ De hecho, en muchos casos, el marido opta por la vía del repudio, precisamente, para impedir que su mujer le interponga una demanda por el impago de la *nafaqa*.

⁴⁹ No obstante, la mujer puede optar, en lugar de por la disolución del matrimonio, por recurrir a medidas de ejecución forzosa contra los bienes del marido.

citar el divorcio por impago de la *nafaqa* (así, por ejemplo, admitiéndolo únicamente cuando concurren determinadas circunstancias específicas o condicionándolo a que transcurra un determinado plazo). Al margen de lo señalado, el divorcio por impago de la *nafaqa* es, necesariamente, de carácter revocable, lo cual implica que el marido pueda recuperar a su mujer, antes del término de la *idda* (momento a partir del cual se considerará que el matrimonio ha sido definitivamente disuelto), siempre y cuando asuma la obligación de pagar a su mujer la pensión alimenticia estipulada⁵⁰.

En otro orden de cosas, en los sistemas jurídicos islámicos, en los supuestos de crisis matrimoniales, siempre y cuando haya habido una consumación real o presunta del matrimonio, la mujer tiene derecho, con carácter general, a una pensión alimenticia; pero sólo durante un período corto de tiempo, que suele oscilar entre los tres meses y el año (según el país islámico de que se trate), durante el cual se considera que el matrimonio aún no ha sido disuelto (*idda*)⁵¹. Por lo tanto, salvo en ciertos casos aislados (tales como embarazo de la mujer o lactancia de los hijos comunes del matrimonio)⁵², la obligación que tiene el marido de satisfacer la *nafaqa* a su mujer se extingue en el momento en el cual el vínculo matrimonial se entiende disuelto (e incluso, en ocasiones, con anterioridad).

El plazo máximo durante el cual la mujer tiene derecho a la *nafaqa* en los casos de disolución del matrimonio, así como el importe de dicha pensión, varía en los distintos países del mundo islámico en función de diversos factores: el carácter revocable o irrevocable del repudio o del divorcio, la duración del matrimonio, la edad de la mujer (suele tenerse en cuenta si la mujer tiene o no la menopausia) y el estado de la mujer (las mujeres embarazadas suelen disfrutar de la *nafaqa* hasta el momento en que se produzca el alumbramiento y, en determinados casos, mientras dure el período de lactancia). Pero, además de la muy limitada duración temporal y de la escasa cuantía de la pensión alimenticia a la que la mujer tiene derecho en los supuestos de disolución de su vínculo matrimonial, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos islámicos coinciden en negar dicha pensión a la mujer cuando ésta ha sido la causante del repudio o del divorcio (incluso cuando la causa haya sido un motivo religioso). Una clara manifestación de la influencia de la religión sobre el Derecho islámico la encontramos en que cuando la ruptura del matrimonio ha sido propiciada por la apostasía de la mujer (esto es, por su abandono de la religión islámica), ésta pierde todo derecho a una pensión alimenticia; mientras que no perderá dicho derecho si la mujer ha puesto fin a su matrimonio por la apostasía de su marido o por haberse negado este último a convertirse a la religión musulmana cuando la mujer lo haya hecho⁵³. En este caso, a la discriminación sexista se añade la discriminación por motivos religiosos; lo cual implica la vulneración de uno de

⁵⁰ Entre los sistemas jurídicos islámicos existen notables diferencias por lo que a este motivo de disolución del lazo conyugal se refiere (en cuanto a condiciones exigidas, plazos, etc.). Un interesante estudio de la peculiar regulación de esta causa de divorcio, en las legislaciones de diferentes países islámicos, puede encontrarse en L. Milliot y F.P. Blanc, *op. cit.*, 2001, pp. 333-334 y 397-398, núms. 397 y 489-490 respectivamente.

⁵¹ Una visión exhaustiva de la duración del plazo de la pensión alimenticia de la mujer repudiada, en los diferentes ordenamientos jurídicos islámicos, puede encontrarse en L. MILLIOT y F. P. BLANC, *op. cit.*, 2001, pp. 332-333, núm. 396.

⁵² Por lo que a dichos casos se refiere, *vid.*, muy especialmente, L. MILLIOT y F. P. BLANC, *op. cit.*, 2001, pp. 328-329, núm. 391.

⁵³ Un análisis más pormenorizado de la señalada regulación puede encontrarse en S. ALDEEB y A. BONOMI, *op. cit.*, 1999, pp. 220-221; así como en L. Milliot y F.P. Blanc, *op. cit.*, 2001, especialmente pp. 327-329 y 331-333, núms. 391 y 396 respectivamente.

los principios básicos constitucionales de las sociedades occidentales: el de libertad religiosa⁵⁴.

Al margen de lo señalado, la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos islámicos no prevén la posibilidad de atribuir, una vez que el vínculo matrimonial ha sido disuelto, la vivienda familiar a la mujer, a la cual, además de ser la parte más necesitada, le suele corresponder la guarda y custodia de los hijos (*hadana*)⁵⁵. Ello coloca a la mujer divorciada o repudiada en una situación de penuria económica. Dicha situación de necesidad (con independencia del sexo del cónyuge que la sufra) no se produciría con arreglo a los sistemas jurídicos occidentales, los cuales atribuyen la vivienda familiar en función de cuál sea la situación económica de ambos cónyuges y de cuál sea el cónyuge a quien le vaya a corresponder la guarda y custodia de los hijos⁵⁶. La referida situación de abandono de la mujer (que, precisamente, trae causa de la severa discriminación sexista sufrida durante y después del matrimonio) plantea la problemática relativa a la intervención del orden público internacional.

La referida regulación de los países procedentes del Islam coloca a la mujer en una posición particularmente débil una vez que el matrimonio ha sido disuelto, ya que, como hemos mencionado más arriba, lo habitual es que a la mujer le haya sido negada la posibilidad de trabajar fuera de casa durante su matrimonio⁵⁷. De este modo, la mujer va a ver muy mermadas las posibilidades de procurar su sustento. Por lo tanto, no creemos que la eventual intervención del orden público internacional en esta materia haya de venir motivada por el hecho de ser la mujer, y no el marido, la que tiene derecho a una pensión alimenticia temporal en los supuestos de ruptura del vínculo matrimonial (que, precisamente, trae causa de una discriminación negativa sufrida por la mujer mientras el matrimonio subsiste), sino por la vulneración de uno de los pilares fundamentales que presiden esta materia en los ordenamientos jurídicos occidentales: el auxilio al cónyuge que ha sufrido un notable deterioro en sus condiciones de vida como consecuencia de la disolución de su matrimonio (teniendo en cuenta las posibilidades económicas del cónyuge deudor) y la necesidad de compensarle por la contribución que ha realizado durante el matrimonio (que, en el caso de las mujeres musulmanas, se ha materializado en el cuidado de la casa y de la familia). Por lo tanto, no creemos que la intervención del orden público internacional en esta

⁵⁴ Por lo que a nuestra Constitución se refiere, dicho derecho fundamental aparece garantizado en el artículo 16. Dicho principio ha sido explícitamente reconocido en la normativa internacional sobre derechos humanos: *vid.* el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; el artículo 9 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; así como el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E. (solemnemente proclamada en Niza, el 7 de diciembre de 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión).

⁵⁵ Y los únicos países islámicos que regulan esta cuestión (Argelia y Egipto), sólo se la atribuyen mientras ésta se encarga de la guarda de los hijos.

⁵⁶ El choque existente, por lo que a esta cuestión se refiere, entre los ordenamientos jurídicos procedentes del mundo islámico y del occidental, ha sido puesto de manifiesto por S. Aldeeb y A. Bonomi, *op. cit.*, 1999, pp. 228-229.

⁵⁷ Dicha situación de la mujer va a ser, aunque sólo en cierta medida, algo mejorada en los supuestos en los cuales le haya sido concedida, además de la pensión alimenticia aludida (que se caracteriza por su escasez y por su estricta limitación temporal), una indemnización (*mut'ah*). La cuantía de la indemnización que obtiene la mujer con motivo de los perjuicios sufridos como consecuencia de la disolución de su matrimonio, siempre y cuando la misma no haya sido la causante de tal disolución, está condicionada a una serie de factores (básicamente, a la duración de su matrimonio, a la situación de la mujer repudiada, a la existencia o no de hijos y a la capacidad económica del marido). En cualquier caso, dicha indemnización, en los ordenamientos jurídicos islámicos que la contemplan (como es el caso de Egipto), suele ser más bien excepcional (en los supuestos de haber abusado el marido del derecho a repudiar a su mujer) y de escasa cuantía.

materia haya de traer causa en la «discriminación sexista positiva» (consistente en considerar a la mujer, y no al marido, como la acreedora de la pensión alimenticia), sino en la estricta limitación temporal (que no se vislumbra en los sistemas jurídicos occidentales) así como escasa cuantía de la referida pensión y, en su caso, en la motivación religiosa subyacente a su concesión o denegación. A nuestro modo de ver, este es el único modo de evitar que la mujer se vea doblemente perjudicada: durante el matrimonio (en que le ha sido negado el derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad y a su dignidad) y después de su disolución (negándole una pensión alimenticia suficiente para su sustento, al menos, hasta que sus condiciones de vida sean dignas).

En el Derecho islámico, las desigualdades sexistas se proyectan, igualmente, en las relaciones alimenticias paterno-filiales⁵⁸. Por un lado, es al padre al que corresponde procurar el sustento a sus hijos (sobre la madre únicamente pesa dicha obligación subsidiariamente). Y, por otro lado, la duración de la referida obligación alimenticia del progenitor (que incluye el alimento propiamente dicho, el alojamiento, la indumentaria y la educación) es distinta para el hijo que para la hija; ya que, con carácter general, así como la obligación alimenticia del hijo se extingue al llegar éste a la pubertad, la de la hija cesa al alcanzar ésta la mayoría de edad o con la consumación de su matrimonio. Las referidas discriminaciones sexistas (que sólo en apariencia pueden parecer beneficiosas para la mujer) traen causa de la prohibición impuesta a las mujeres de ejercer una profesión.

De lo señalado se desprende, claramente, que las referidas normas islámicas en materia alimenticia se basan en valores y pilares que están en flagrante contradicción con los principios que subyacen detrás de las regulaciones occidentales de esta materia. La jurisprudencia de los países occidentales, además de escasa y ambigua, no ha adoptado una postura unívoca por lo que a la intervención de la cláusula de orden público internacional en esta materia se refiere.

Por lo que a la jurisprudencia alemana se refiere, son muy escasas las decisiones judiciales que se han enfrentado a las más arriba mencionadas normas islámicas (no habiendo sido, además, todas ellas publicadas). Y todavía son menos las resoluciones judiciales alemanas que han recurrido a la cláusula de orden público internacional alemana, prevista en el artículo 6 del EGBGB⁵⁹, para eludir las disposiciones islámicas en materia de alimentos. Una de las poquísimas decisiones judiciales que ha invocado el orden público internacional alemán, frente a una legislación islámica sobre alimentos, es la sentencia del *Oberlandesgericht de Oldenburg* de 16 de septiembre de 1980⁶⁰. Con arreglo a la norma de D.I.Pr. alemana relativa a los efectos del matrimonio (art. 14 del EGBGB), la pensión alimenticia solicitada por una mujer iraní contra su marido iraní había de regirse por el Derecho material iraní (en cuanto ley personal común de los cónyuges) y, más en concreto, por el artículo 1115 del Código civil iraní, con base en el cual una mujer iraní pierde su derecho a obtener una pensión alimenticia de su marido cuando no retorna al hogar conyugal que ha abandonado

⁵⁸ Para un estudio más detenido de esta cuestión, *vid.*, muy especialmente, L. MILLIOT y F. P. BLANC, *op. cit.*, 2001, pp. 422-423 y 432-437, núms. 529-531 y 544-553 respectivamente.

⁵⁹ Por virtud de dicho precepto, no «se aplicará una norma jurídica de otro país, cuando su aplicación lleve a un resultado que sea manifiestamente inconciliable con principios esenciales del Derecho alemán. Y, muy especialmente, la misma no será aplicable, cuando su aplicación sea inconciliable con los derechos fundamentales».

⁶⁰ *IPrax*, 1981, núm. 4, pp. 136-139, Nr.24. Dicha sentencia ha sido comentada por G. BEITZKE, «Ehagattemunterhalt und ordre public», *IPrax*, 1981, núm. 4, pp. 122-125.

contra la voluntad de su marido, salvo que la mujer pruebe que la reanudación de la vida en común puede conllevar un serio perjuicio para su persona, su patrimonio o su honor. Pese a que la mujer no consiguió probar esta última cuestión, el *Oberlandesgericht* consideró que las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto, que había dado lugar a la referida sentencia, justificaban la excepcional intervención del orden público internacional; y, consiguientemente, la aplicación del Derecho material alemán sobre alimentos (esto es, del artículo 1361 del BGB), con arreglo al cual el derecho de la mujer (o marido), a percibir una pensión alimenticia de su cónyuge, es independiente de la culpabilidad que haya tenido en su separación, sino que sólo se condiciona a las necesidades y recursos de ambos cónyuges. Y, más en concreto, el *Oberlandesgericht* de *Oldenburg*, acudió a la controvertida teoría alemana de la *Inlandsbeziehung*⁶¹, para defender la operatividad de la cláusula alemana de orden público internacional en el referido caso. El Tribunal alemán estimó que los hechos del caso presentaban una estrecha vinculación con el ordenamiento alemán. En primer lugar, porque tanto la mujer y el marido, como el hijo común de ambos, tenían su residencia habitual en Alemania. A ello hay que añadir que el marido (potencial deudor de alimentos) ejercía como médico en Alemania, país donde vivía desde que comenzó sus estudios de medicina. Según el *Oberlandesgericht*, la vinculación especialmente estrecha que el supuesto litigioso presentaba con el Estado alemán, se derivaba de la particular circunstancia de que la mujer, en el supuesto de no obtener la pensión alimenticia del marido, como consecuencia de carecer de recursos y de no poder ejercer una profesión por la frágil salud de su hijo de un año (cuya manutención y cuidado corría a cargo de la mujer), para poder subsistir tendría que recurrir a la ayuda de la Seguridad Social (alemana) o de terceras personas. A nuestro modo de ver, detrás de este último argumento, a diferencia de lo que acontece con los dos anteriores, subyacen razones, no sólo de justicia material, sino también de índole económica (ya que la negación de la pensión de alimentos conllevaría una carga para la Seguridad Social alemana); pero, en contra de la opinión manifestada por el Tribunal alemán, no son hechos que manifiesten una mayor vinculación del supuesto litigioso con el ordenamiento alemán.

Con carácter general, la jurisprudencia alemana, relativa a las obligaciones alimenticias entre cónyuges separados cuyo matrimonio no ha sido disuelto, no ha recurrido a la cláusula de orden público internacional cuando por medio de su intervención se causase un perjuicio a la mujer en situación de necesidad económica (y, muy especialmente, si la mujer es de nacionalidad alemana). Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del *Oberlandesgericht* de *Bremen* de 27 de noviembre de 1979⁶². En dicha sentencia, el *Oberlandesgericht* estimó que la aplicación de la ley iraní, que no reconoce al marido separado (en este caso, estudiante iraní) el derecho a obtener una pensión alimenticia de su mujer (alemana), no contrariaba los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico alemán (y ello pese a que el marido recibía una prestación de la Seguridad Social alemana). A nuestro modo de

⁶¹ Por lo que a dicha doctrina se refiere, que condiciona la operatividad del orden público internacional a la existencia de una vinculación estrecha del supuesto litigioso de que se trate con el país del foro, *vid.*, muy especialmente, A. Bucher, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1993, II, tomo 239, pp. 9-116, pp. 52-56; así como P. Lagarde, «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 263-282, pp. 270-274, núms. 9-12, según el cual es más que discutible la aptitud de la teoría alemana de la *Inlandsbeziehung*, así como de la paralela doctrina suiza de la *Binnenbeziehung*, para solucionar los «conflictos interculturales».

⁶² *FamRZ*, 1980, vol. 27, núm. 6, pp. 570-571, Nr. 353, con la nota de G. Behne.

ver, el *modus operandi* del referido Tribunal alemán ha de ser aplaudido, ya que, pese a que la denegación de dicha pensión por alimentos, en la legislación iraní, se justifica en motivos puramente sexistas; su aplicación, en el caso concreto, no produce un resultado discriminatorio para el marido, ya que, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el supuesto litigioso, la mujer había de quedar exenta de dicha carga como consecuencia de su peculiar situación financiera (además de estar cobrando el subsidio por desempleo y de tener deudas pendientes, corría a su cargo el sustento de sus cuatro hijos nacidos de su primer matrimonio). En esta misma línea, aunque con un resultado distinto, la sentencia del *Amtsgericht* de *Altena* de 16 de marzo de 1981 ha recurrido al orden público internacional alemán, en un supuesto de alimentos entre cónyuges (unidos por un matrimonio de conveniencia), con la finalidad de evitar la aplicación de la ley turca que negaba al marido la posibilidad de reclamar alimentos a su mujer; justificando la intervención del susodicho expediente técnico, no en la contradicción existente entre la legislación turca sobre alimentos y el principio de la igualdad jurídica entre cónyuges (lo cual es digno de alabanza, en cuanto que supone un alejamiento de su tradicional automatismo), sino en razones de naturaleza económica (lo cual es más criticable, teniendo en cuenta que no es éste el ámbito de actuación por excelencia del orden público económico). En concreto, el Tribunal alemán motivó la intervención del orden público internacional, no en la justicia material de caso concreto (pese a ser patente la situación de desequilibrio financiero existente entre ambos cónyuges: mujer turca que desempeñaba su trabajo en Alemania y marido turco desempleado residente en dicho país), sino en la conveniencia de evitar que la pensión alimenticia fuese sufragada por la Seguridad Social alemana⁶³.

Por lo que a las obligaciones alimenticias entre cónyuges cuyo matrimonio ha sido disuelto se refiere, a la jurisprudencia alemana se le puede achacar, con carácter general, su ausencia de empatía con la débil posición jurídica que la mujer ocupa en la sociedad musulmana, particularmente tras la disolución de su vínculo matrimonial (en muchas ocasiones, propiciado por el repudio unilateral e injustificado del marido). De hecho, los Tribunales alemanes han estimado, en la inmensa mayoría de las ocasiones, que el no reconocimiento por el Derecho material islámico de la pensión alimenticia a la mujer repudiada o divorciada, así como la limitación temporal de la misma al período de la *idda*, no vulnera el orden público internacional alemán, sin tener en cuenta si su marido ha prohibido o no a la mujer, durante la duración de la unión conyugal, el ejercicio de una profesión.

Así, por ejemplo, en sede de reconocimiento, la sentencia del *Amtsgericht* de *Paderborn* de 7 de abril de 1988, aunque estima la solicitud de la mujer de revisión de la cantidad fijada por la sentencia siria (reconocida en Alemania), con ocasión del divorcio declarado en Siria con arreglo al Derecho material sirio (ley nacional común de ambos cónyuges), como compensación a satisfacer por el que había sido su marido por el cuidado y educación de los hijos comunes, en aras de la adaptación de la referida pensión alimenticia al nivel de vida en Alemania (por residir las partes en Alemania); rechaza la pretensión de la mujer de obtener para si misma alimentos de su marido, y ello como consecuencia de contener el convenio de divorcio un acuerdo concluyente en este sentido⁶⁴.

⁶³ *IPrax*, 1981, vol. 1, núm. 5, pp. 182-183, Nr. 43.

⁶⁴ *IPrax*, 1989, vol. 9, núm. 4, p. 248, Nr. 44, con la nota de E. Jayme.

En sede de Derecho aplicable, encontramos diversos ejemplos significativos de lo señalado. Tal es el caso de la sentencia del *Oberlandesgericht* de *München* de 17 de diciembre de 1979, la cual, pese a haber sido la mujer física y psicológicamente maltratada durante el matrimonio (hasta el punto de que el marido trató de estrangularla), no apeló al orden público internacional en aras de evitar la aplicación de la ley rectora del divorcio (ley tunecina), con base en la cual la mujer (en este caso, austriaca), siempre y cuando no esté embarazada (circunstancia que no concurre en el caso de autos), únicamente tiene derecho a obtener una pensión alimenticia de su marido (en el presente caso, tunecino) durante el período de la *idda*, es decir, durante los tres meses posteriores al divorcio o repudio (término durante el cual la mujer divorciada o repudiada no puede contraer un nuevo matrimonio), y ello con independencia de cuáles sean las circunstancias que hayan rodeado tanto al matrimonio como a su disolución: duración del matrimonio, número de hijos nacidos del matrimonio (en este caso, ninguno), daños materiales y morales sufridos como consecuencia del divorcio, etc. (factores que sólo serán tenidos en cuenta, por la legislación material tunecina⁶⁵, a los efectos del cálculo de una indemnización o compensación a pagar por el marido por la disolución unilateral del matrimonio)⁶⁶. En esta misma línea, la sentencia del *Oberlandesgericht* de *München*, de 19 de septiembre de 1988, ha recalcado que la limitación temporal de la pensión alimenticia, de la mujer iraní divorciada o repudiada de su marido iraní (en este caso, en que era aplicable la ley material iraní en cuanto que ley rectora del divorcio, a cien días desde que éste tuvo lugar), no contraviene el orden público internacional alemán. No obstante, el *Oberlandesgericht* contempla una excepción a esta regla general, al reconocer que «únicamente cabe admitir la vulneración del orden público alemán en determinados casos extremos y, más en concreto, cuando la mujer necesitada se encontrase en el interior del país⁶⁷, tuviere que atender a niños pequeños y no le fuese posible garantizar su propia subsistencia sin descuidar considerablemente sus obligaciones paterno-filiales» (circunstancias que no concurrían en el presente caso)⁶⁸. En todo caso, dicha afirmación del *Oberlandesgericht* constituye una clara manifestación de dos de los rasgos que caracterizan, en la actualidad, al orden público internacional: su flexibilización y especialización. Sin embargo, la jurisprudencia alemana se ha mostrado, por lo general, más protectora con la mujer musulmana, repudiada o divorciada, en los supuestos en los cuales la ley islámica competente no contempla la posibilidad de atribuir a la misma la vivienda familiar en tanto que parte económicamente más débil; recurriendo, en estos casos y bajo determinadas circunstancias, al orden público internacional⁶⁹.

⁶⁵ Es preciso tener en cuenta que la ley rectora del divorcio (en el presente caso, el Derecho tunecino) va a regir, además de todas las cuestiones relativas a la pensión alimenticia posterior a la disolución del vínculo matrimonial (existencia, limitación temporal, cuantía, extinción, etc.), lo referente a la indemnización que de dicha disolución se deriva. Según el *Oberlandesgericht*, el no reconocimiento de la referida indemnización, a la mujer divorciada o repudiada, tampoco justifica la intervención del orden público internacional alemán.

⁶⁶ *IPrax*, 1981, vol. 1, núm. 1, pp. 22-23, Nr. 3.

⁶⁷ Con ello, el *Oberlandesgericht* parece estar haciendo referencia, de un modo implícito, a la controvertida doctrina germana de la *Inlandsbeziehung*.

⁶⁸ *IPrax*, 1989, vol. 9, núm. 4, pp. 238-242, Nr. 36 b, p. 242, núm. 5 e). Por lo que al resto de las cuestiones debatidas por la sentencia se refiere (fundamentalmente, la intervención del orden público internacional alemán ante la institución musulmana del *talaq*), *vid.* E. Jayme, «'Talaq' nach iranischem Recht und deutscher ordre public», *IPrax*, 1989, vol. 9, núm. 4, pp. 223-224, el cual aprueba, en términos generales, el *modus operandi* adoptado por el *Oberlandesgericht* de *München* en el caso de autos.

⁶⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del *Kammergericht* de 24 de junio de 1988, *FamRZ*, 1989, vol. 36, núm. 1, pp. 74-75, Nr. 36, con la nota de P. Hartwig; así como de la sentencia del *Amtsgericht* de *Recklinghausen* de 3 de enero de 1995, *FamRZ*, 1995, vol. 42, núm. 11, pp. 677, Nr. 401, con la nota de H. Hill. No ha sido

En contraposición a la jurisprudencia alemana, que se muestra especialmente reacia a hacer intervenir la cláusula de orden público internacional frente a legislaciones islámicas en materia de alimentos, la jurisprudencia francesa, haciendo gala de un marcado *lefeorismo*, no muestra ningún pudor a la hora de recurrir, sistemáticamente, al referido mecanismo para eludir la aplicación de las aludidas disposiciones del Derecho musulmán, sustituyéndolas por la normativa francesa relativa a la materia de prestaciones alimenticias entre ex-cónyuges. Así, por ejemplo, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 16 de julio de 1992, haciendo gala de una arcaica concepción mecanicista del orden público internacional, recurrió a este expediente técnico, eludiendo la aplicación de la ley marroquí, con base en que dicha legislación no contiene medidas pecuniarias destinadas a compensar al cónyuge, que no ha instado la disolución del vínculo matrimonial (en este caso, la mujer), los perjuicios originados por este motivo (ni pensión alimenticia, ni prestación compensatoria ni indemnización por los daños y perjuicios causados con motivo de la disolución del matrimonio)⁷⁰. Pese a que el resultado alcanzado por la señalada sentencia es correcto (el otorgamiento a la mujer de una pensión alimenticia digna), la misma puede ser criticada por partir del automatismo de la cláusula de orden público internacional, lo cual ha impedido condicionar su intervención a las circunstancias concurrentes en el caso de autos.

En el ámbito de las obligaciones alimenticias entre cónyuges, alguna sentencia francesa (que ha sido tachada, por sus comentaristas, de excesivamente *lefeorista*), en supuestos en los cuales la ley islámica ha sido la ley rectora de las referidas prestaciones, ha llegado incluso a aplicar directamente, a título de normas materiales internacionalmente imperativas, las disposiciones materiales francesas, contempladas en los artículos 212 y siguientes del Código civil francés, relativas a las obligaciones pecuniarias que del matrimonio se derivan (las cuales, en aras del principio de la igualdad jurídica entre los cónyuges, pueden correr a cargo tanto del marido como de la mujer) y, más en concreto, al deber de socorro y a la contribución a las cargas del matrimonio⁷¹.

En el seno de la jurisprudencia belga, también se vislumbra una tendencia general a recurrir, de un modo automático, a la cláusula de orden público internacional, para evitar la aplicación de normas islámicas que dejen desprotegida a la mujer (que reside habitualmente en Bélgica), por no prever la atribución de alimentos tras la disolución del vínculo matrimonial por repudio o divorcio⁷². Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia de la *Cour d'appel* de *Bruxelles* de 9 de mayo de 1989, la cual inaplicó la ley nacional común de los cónyuges (ley marroquí), que no contempla el derecho de la mujer a obtener una pensión alimenticia tras el divorcio, con base en el orden público internacional belga; dentro del cual aparece integrado, según la sentencia, el

éste, sin embargo, el modo de proceder de la sentencia del *Oberlandesgericht* de *Celle* de 5 de diciembre de 1989, *IPrax*, 1991, vol. 11, núm. 4, pp. 258-259, Nr. 44, la cual, pese a hallarse la mujer en una situación de necesidad económica, no recurrió al orden público internacional, con la excusa de no existir una vinculación estrecha entre la situación litigiosa y el ordenamiento jurídico alemán (cuando se trataba de una familia iraní que tenía desde hacía muchos años su residencia habitual en Alemania): *vid.* la crítica de M. Coester, «Sorgerecht und Ehwohnung bei getrenntlebender iranischer Familie», *IPrax*, 1991, vol. 11, núm. 4, pp. 236-237.

⁷⁰ *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, Jurisprudence, p. 476, con la nota de K. Saïdi, pp. 476-478; *La Semaine Juridique*, 1993, II, 22138, p. 402, con la nota de J. Déprez, pp. 402-406. En este mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de noviembre de 1995, *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, Sommaires Commentés, pp. 170-171.

⁷¹ *Vid.* la sentencia de la *Cour d'appel* de *Versailles* de 30 de septiembre de 1988, *R.C.D.I.P.*, 1989, pp. 747-753, con la nota crítica de P. Coubre, p. 753.

⁷² *Vid.* F. Rigaux y M. Fallon, *Droit international privé*, Tomo II, 2.ª ed., Maison Larcier, Bruxelles, 1993, pp. 435, núm. 1175, el cual enuncia una serie de factores, que habrían de ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales, a la hora de decidir sobre la intervención del orden público internacional en esta materia.

principio de imponer el pago de la obligación alimenticia, tras la disolución del matrimonio, al «cónyuge culpable» de dicha disolución⁷³. Pese a que la conclusión de la sentencia es acertada (asignación a la mujer marroquí divorciada de una pensión de alimentos, calculada en función del nivel de vida mantenido durante la vida en común y de las posibilidades del deudor), no compartimos el *modus operandi* seguido por la Corte de apelación para alcanzar tal resultado, ya que, de conformidad con las tendencias actuales del orden público internacional, el mismo no va a operar cuando los principios y valores que lo conformen sean manifiestamente incompatibles con el contenido de la ley extranjera competente, sino con los efectos concretos que de su aplicación se deriven en el supuesto de que se trate, lo cual exige la toma en consideración por el juez de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una mejor comprensión del expediente de la cláusula de orden público internacional se aprecia, por ejemplo, en la sentencia del *Tribunal civil de Bruxelles* de 31 de enero de 1989, la cual concede a la mujer repudiada una pensión alimenticia, recurriendo para ello al orden público internacional belga; justificando su intervención en el efecto concreto que, en el caso de autos, provocaría la aplicación de la ley argelina designada como competente por el D.I.Pr. belga (desequilibrio en la situación económica de los ex-cónyuges argelinos, motivado por la insuficiencia de la indemnización percibida por la mujer y por la inexistencia de una obligación alimenticia entre ex-cónyuges que permita a la mujer, que se encarga del cuidado de los tres hijos pequeños comunes al matrimonio y que no ha desempeñado en ningún momento una prestación laboral, tener una «subsistencia razonable» tras la disolución del matrimonio por el repudio promovido unilateralmente por su marido) y en la estrecha vinculación de la situación litigiosa con Bélgica (país en el cual, además de haberse desenvuelto las relaciones matrimoniales, las partes tienen su residencia habitual)⁷⁴.

Una controvertida argumentación adicional a la intervención del orden público internacional, en sede de obligación de alimentos entre ex-cónyuges, puede encontrarse en la sentencia de la *Cour Civil de Bruxelles* de 26 de noviembre de 1992, la cual, motivada por la crítica coyuntura económica y social por la que atravesaba Bélgica en ese momento histórico, recurrió a la noción de orden público económico belga para confirmar la exclusión de una legislación extranjera (ley marroquí) que, por no reconocer prestaciones alimenticias indefinidas entre ex-cónyuges, además de «multiplicar los casos de abandono material de ex-esposas», llevaría aparejado que dicha carga de asistencia a las mujeres musulmanas necesitadas se sufragase con cargo a los fondos públicos belgas⁷⁵. En cualquier caso, la *Cour Civil*, tal vez cons-

⁷³ *Revue trimestrielle de droit familial*, 1990, pp. 37-40, con la nota desaprobatoria de M. Fallon, pp. 40-41, el cual, pese a mostrarse conforme con el resultado alcanzado, critica severamente el procedimiento utilizado para conseguirlo, considerándolo escasamente compatible con las técnicas generales del D.I.Pr.

⁷⁴ *Revue trimestrielle de droit familial*, 1990, pp. 42-46, con la nota de M. Fallon, pp. 46-48.

⁷⁵ *Revue trimestrielle de droit familial*, 1993, pp. 121-126. Una valoración positiva del razonamiento económico, invocado por la referida sentencia belga, en materia de alimentos entre cónyuges en los supuestos en los cuales exista una estrecha vinculación con el foro (residencia habitual en dicho Estado del cónyuge que los reclama), puede encontrarse en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 206-207, el cual considera que el sustrato problemático, al que hace referencia este argumento *ad abundantiam*, «es un parámetro insoslayable en la materia» de prestaciones alimenticias entre ex-cónyuges. En palabras del señalado autor, pese a no haber sido éste el ámbito sobre el que tradicionalmente se ha proyectado la noción de orden público internacional económico, «las características del tipo de supuestos estudiados no desmienten su pertinencia como un argumento que, solo o en unión de otros más próximos a los principios de Derecho de familia, puede ser decisivo en la exclusión de la ley extranjera cuyos efectos en el foro sean la desviación de fondos públicos para el sustento de un amplio sector de la población extranjera» (p. 207).

ciente del rechazo que puede suscitar la proyección del concepto de orden público internacional económico a un ámbito jurídico distinto al estrictamente patrimonial (como son los alimentos entre ex-cónyuges), fundamenta principalmente su decisión en la contradicción existente entre la ley marroquí y el orden público internacional belga (que, según la sentencia, incluye el derecho del «cónyuge inocente» [en nuestro caso, de la mujer repudiada] a obtener, en concepto de alimentos, una cuantía que le permita mantener un nivel de vida equivalente al que gozaba durante el tiempo de la vida en común, siempre y cuando tenga necesidad de ellos y el «cónyuge culpable» pueda suministrarlos).

En un sentido contrario al de las sentencias belgas anteriormente mencionadas, en cuanto que no recurrió al expediente del orden público internacional, cabe destacar la sentencia del *Juge de Paix de Schaerbeek* de 23 de enero de 1973 (*Bouhamza c/ El Mendoubi*), la cual condenó al marido a satisfacer a la mujer a la que había repudiado, ambos domiciliados en Bélgica, la pensión alimenticia fijada, para estos casos, por la ley marroquí (en tanto que ley nacional común de los cónyuges), por considerarla «compatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico belga» (lo cual denota una concepción excesivamente mecanicista, desfasada en la actualidad, de la cláusula de orden público internacional, que impide atender a las circunstancias del caso concreto)⁷⁶.

En cualquier caso, en la materia abordada, ha de tenerse claro un presupuesto o punto de partida, que ha sido expresamente puesto de manifiesto por la sentencia de la *Cour Civil de Nivelles* de 25 de junio de 1991. De conformidad con la susodicha sentencia belga, que proclama una intervención moderada del orden público internacional, la operatividad de este expediente técnico no puede motivarse en la incompatibilidad existente entre la institución jurídica islámica del repudio y el principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, sino que el orden público internacional más bien puede ser invocado «a propósito de los efectos eventuales, especialmente alimenticios, del acto de repudio»⁷⁷. No le falta razón, al comentarista de esta sentencia, cuando señala que esta «actitud no cabe duda de que refleja una visión bastante realista de la situación de la pareja, considerando que más vale evitar la multiplicación de situaciones claudicantes y situar la protección de la mujer repudiada sobre el plano de la atribución de alimentos»⁷⁸.

Por lo que a la jurisprudencia española respecta, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), de 23 de abril de 2001, constituye un claro ejemplo de la toma en consideración del referido presupuesto en materia de obligaciones alimenticias entre cónyuges. Dicha sentencia, relativa a una demanda de alimentos presentada por una mujer y su hija (que carecen, en ese momento, de trabajo y de medios económicos para subsistir) contra su marido, todos ellos iraquíes con residencia habitual en España, considera que los alimentos que se reclaman por la demandante es por su condición de esposa del demandado, que aportó la correspondiente certificación oficial del acta de matrimonio, en la que consta expresamente que el matrimonio se celebró conforme al rito musulmán. Sin embargo, el demandado alegó que en la actualidad no existía el vínculo matrimonial, por haber sido éste disuelto

⁷⁶ *J.D.I.*, 1979, vol. 106, p. 179.

⁷⁷ *Revue trimestrielle de droit familial*, 1991, pp. 378-382, con la nota de M. Fallon, p. 383. En este mismo sentido, *vid.* la sentencia belga de la *Cour Civil de Namur* de 17 de mayo de 1990, *Revue trimestrielle de droit familial*, 1990, pp. 431-438.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 383.

por repudio (circunstancia no corroborada en los autos). La referida sentencia, recurriendo a la doctrina internacionalprivatista española (en concreto, a los profesores J. Carrascosa González y G. Palao Moreno), en un loable ejemplo de interrelación u ósmosis entre doctrina y jurisprudencia, consideró que cabe señalar que «un repudio unilateral es contrario al orden público internacional español *si atendidas las circunstancias del caso concreto*, se vulnera el principio de igualdad entre los cónyuges, de modo que conduce a una situación de desprotección jurídica», y «que el repudio como forma de disolución del matrimonio atenta contra principios básicos del ordenamiento del foro, como son la prohibición de todo tipo de discriminación por razón del sexo y el respeto de la dignidad humana»⁷⁹, así como que «la exigencia de la protección de la identidad cultural de las minorías de un país, no impide que las sociedades establezcan ciertos mínimos de exigible cumplimiento». En cualquier caso, la aludida sentencia puntualiza que, «más allá de los efectos estrictamente personales que puedan derivarse de la repudiación, hay otros efectos que no obstante merecen una protección en aras de los principios generales del Derecho (...), especialmente los concernientes a las medidas de asistencia y de ayuda económica»⁸⁰.

En suma, de un análisis de Derecho comparado se desprende que los órganos jurisdiccionales de los Estados occidentales multiculturales, en aras de la necesidad de resolver los «conflictos interculturales» coordinando principios y valores jurídicos procedentes de culturas opuestas (la islámica y la occidental) para la consecución de un resultado materialmente justo en cada caso⁸¹, tienden a no rechazar de plano instituciones jurídicas extranjeras controvertidas tales como el repudio islámico (figura jurídica, contemplada de un modo detallado en el Corán, que constituye el modo habitual de disolución del matrimonio en los países islámicos y que entra, claramente, en conflicto con principios y valores fundamentales de los ordenamientos jurídicos occidentales: como, por ejemplo, con el derecho a la dignidad de la mujer, con el derecho a la igualdad de las personas ante la ley y, más específicamente, con el derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el momento de la disolución del matrimonio)⁸², sino a distinguir en función de cuál sea el efecto del repudio pre-

⁷⁹ De hecho, de conformidad con el artículo 34 del Código del Estatuto Personal iraquí, «el repudio es la eliminación del vínculo del matrimonio por la ejecución del esposo, o de la esposa si está delegada o autorizada para ello, o del juez (...)» (la cursiva, que hace referencia a la flagrante discriminación sexista, es nuestra). Por su parte, el apartado 3.º del artículo 39 del referido texto legal señala que, «si resulta evidente que el esposo ha actuado arbitrariamente al repudiar a su esposa, y que la esposa, a causa de esto sufre un perjuicio, entonces el tribunal dictaminará, a demanda de ella, su repudio con una compensación que estará en relación a la condición financiera de él y al grado de su arbitrariedad (...)».

⁸⁰ A.C., 2001, núm. 1620 (Fundamento Jurídico 2.º) (las cursivas son nuestras); A.E.D.I.Pr., 2003, tomo III, pp. 943 y siguientes, con la nota de M. Soto Moya.

⁸¹ En relación con la necesidad de solventar los «conflictos de civilizaciones» coordinando el derecho al respeto a la identidad cultural del individuo con los pilares básicos de la sociedad de acogida, *vid.*, por todos, H. Aguilar Grieder, «Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.», en *Cuestiones actuales de Derecho comparado*, bajo la dirección de G. MORÁN GARCÍA, Colección Cursos, Congresos y Simposios, núm. 73, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, 2003, pp. 235-264, especialmente pp. 237-239 y 260-264; y, con un alcance más genérico, *id.*, «Derechos humanos fundamentales y respeto a la identidad cultural del individuo en un entorno crecientemente multicultural: una visión desde el Derecho internacional privado», pendiente de publicación en el próximo número de la *Revista de Derecho. Universidad de Piura*.

⁸² En relación con la regulación del repudio en el Derecho islámico, *vid.*, entre otros muchos, S. Mernissi, «El estatuto de la mujer en Marruecos», *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, bajo la dirección de A. Borrás y de S. Mernissi, Barcelona, 1998, pp. 103-121, pp. 113-120; P. Mandirola Brieux, *Introducción al Derecho islámico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 110-112; S.A. Aldeeb Abu-Sahlieh, «La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman», *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicul-*

tendido (alimentos⁸³, guarda y custodia de los hijos, etc.), así como de cuáles sean los intereses en presencia y las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Por lo que a la materia alimenticia se refiere, consideramos que la actual tendencia a la flexibilización y a la especialización del orden público internacional⁸⁴, desprovisto del automatismo y rigidez que de antaño le ha caracterizado, convierten a dicho expediente técnico en un eficaz instrumento al servicio de la protección de la mujer musulmana que se encuentra en una situación de necesidad económica, al permitir a los órganos jurisdiccionales tomar en consideración las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular. De este modo, no es la incompatibilidad de las disposiciones islámicas en materia de alimentos con los pilares básicos del ordenamiento jurídico del foro lo que ha de condicionar la intervención de la cláusula de orden público internacional, sino la contradicción de dichos principios y valores fundamentales con los efectos concretos que la aplicación de la referida normativa produce en cada supuesto⁸⁵.

3. MATRIMONIOS POLIGÁMICOS

En la jurisprudencia francesa se admitió la eficacia extraterritorial de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero en diversos ámbitos, como el de los alimentos. Las sentencias dictadas en el caso *Chemouni*⁸⁶ abrieron el camino, reco-

tural (Melilla, 6-9 de abril de 1999), bajo la edición de I. García Rodríguez, Servicio de Publicaciones, Universidad de Alcalá, 1999, pp. 331-382, pp. 349-350; A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación «la Caixa», Barcelona, 2000, pp. 67-90; S. El-Hadri, «El estatuto jurídico de la mujer en el Islam'. Una situación plural», *La multiculturalidad*, bajo la dirección de F.J. De Lucas Martín, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo VI, C.G.P.J., Madrid, 2001, pp. 163-193, pp. 186-191; así como I. BLÁZQUEZ y M.ª D. ADAM MUÑOZ, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía (Consejería de Gobernación), 2005, pp. 228-245.

⁸³ En palabras del profesor S. Álvarez González, resulta «curioso constatar cómo a la relajación del orden público en una materia tan sensible como es el reconocimiento de disoluciones unilaterales del matrimonio, a través, por ejemplo, del repudio de Derecho musulmán, se apareja un endurecimiento del mismo en lo que concierne a sus efectos alimenticios» (S. Álvarez González, *op. cit.*, 1996, p. 209).

⁸⁴ Por lo que a dichos caracteres actuales de la cláusula de orden público internacional se refiere, *vid.* M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «Estatuto Personal y Orden Público en un Contexto de Creciente Multiculturalidad», *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, bajo la edición de I. García Rodríguez, Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315-333, p. 333; así como M. GUZMÁN ZAPATER, «Divorcios sin intervención judicial y repudio. 'Exequatur': los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México», A.C., núm. 11, octubre 1999, pp. 15-32, pp. 28-29, núms. 29-30, según la cual, en la actualidad, la clave para solucionar los «conflictos interculturales» estriba en el «método de concreción» del orden público por el órgano jurisdiccional.

⁸⁵ En este sentido, resulta sumamente ilustrativa la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, adoptada el 25 de agosto de 2005, sobre las «diferencias culturales y orden público en el Derecho internacional privado de la familia». De conformidad con los principios generales por la misma enunciados, en aras de la necesidad de coordinar sistemas jurídicos que emanan de culturas legales diferentes, el «orden público no ha de invocarse contra la ley extranjera competente por el único motivo de su carácter religioso o secular». Según dicha Resolución, el «orden público debe invocarse contra la ley normalmente competente sólo en la medida en que, con base en las circunstancias del caso, la aplicación de tal ley produzca el resultado de infringir los principios de igualdad, no discriminación y libertad religiosa». Y, más en concreto, la referida Resolución señala que el «orden público puede invocarse en contra del reconocimiento de un repudio unilateral de la mujer por su marido si la mujer tiene o ha tenido la nacionalidad del Estado del reconocimiento o de un Estado que no admita tal repudio, o si tiene su residencia habitual en uno de dichos Estados, a no ser que ella haya consentido el repudio o se haya beneficiado de provisión financiera adecuada».

⁸⁶ *Cour de Cassation*, 28 de enero de 1958, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 110 y ss., nota Jambu-Merlin; *Clunet*, 1958, pp. 776 y ss., nota Ponsard; *Cour de Cassation*, 19 de febrero de 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 559 y ss., nota G.H.; *Clunet*, 1963, pp. 986 y ss., nota Ponsard.

nociendo en Francia los efectos, en materia de alimentos, de una unión poligámica válidamente contraída en el extranjero (en Túnez) entre dos tunecinos e imponiendo al marido, nacionalizado francés, encontrándose ambos domiciliados en Francia, una obligación alimenticia respecto a su segunda esposa, válidamente casada antes de su naturalización. La sentencia de la *Cour de Cassation* de 28 de enero de 1958 defiende la doctrina del efecto atenuado del orden público, consagrando el derecho de una segunda mujer legítima casada bajo el imperio de una ley que admitía la poligamia «a verse reconocido en Francia un crédito alimenticio derivado de su calidad de esposa legítima, calidad adquirida sin fraude en Túnez de conformidad con su ley nacional competente».

El orden público español mantiene su oposición a los matrimonios poligámicos, concretamente con relación a los matrimonios contraídos por marroquíes (o egipcios, en el supuesto de la RDGRN de 5 de noviembre de 1966) ya ligados con vínculo matrimonial. La DGRN ha considerado reiteradamente⁸⁷ que «aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12-3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio». Prosigue la DGRN señalando que «no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento español», con lo que implícitamente se está admitiendo una posible atenuación del orden público en cuanto al reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio poligámico. Sin embargo, puntualiza que «lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace» y recuerda que el estado civil de cada contrayente es un dato obligado en la inscripción del matrimonio.

(Continuará.)

⁸⁷ RRDGRN de 14 de noviembre de 1994 (1.º), *ADGRN*, 1994, pp. 1667-1668; de 5 de noviembre de 1996, *ADGRN*, 1996, pp. 2417-2419; de 3 de diciembre de 1996, *ADGRN*, 1996, pp. 2518-2521; de 20 de febrero de 1997 (3.º), *ADGRN*, 1997, pp. 1363-1365; de 31 de marzo de 1998 (1.º), *BIMJ*, núm. 1831, pp. 2620-2621; de 18 de mayo de 1998 (1.º), *BIMJ*, núms. 1836-1837, pp. 132-134.