

GLOBALIZACIÓN, PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA

Sixto Sánchez Lorenzo*
Asociado del IHLADI

SUMARIO

I. GLOBALIZACIÓN, INMIGRACIÓN Y DERECHO DE FAMILIA

II. PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO:

- 1. Un ejemplo candente: Islam y Occidente.**
- 2. ¿Universalidad de los derechos humanos?**

III. INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA:

- 1. Función del Derecho internacional privado como canal de comunicación intercultural: estatuto personal.**

2. Luces, sombras y zonas grises:
 - A) Celebración del matrimonio;
 - B) Relaciones entre los cónyuges;
 - C) Divorcio y repudio;
 - D) Filiación.

IV. CONCLUSIÓN

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada (España)

I. GLOBALIZACIÓN, INMIGRACIÓN Y DERECHO DE FAMILIA

1. Las palabras manidas acaban perdiendo su brillo. Con el abuso se desgastan y olvidan su color original. Así ocurre con el término “globalización”¹. Sin pretender entrar en la discusión ideológica subyacente, para analizar el contexto y las claves del Derecho internacional de la familia en nuestros días resulta necesaria, empero, una referencia al escenario impuesto por el fenómeno de la globalización. El núcleo duro del concepto es esencialmente económico y hace referencia a la superación de las economías y mercados nacionales y a su desplazamiento por un mercado global, en el que libremente circulan los bienes, capitales y servicios, y que a su vez requiere unas estructuras jurídico-políticas de alcance universal, como la Organización Mundial del Comercio. La liberalización de ese espacio global, la internacionalización de los sistemas financieros y la actividad transnacional de las sociedades mercantiles son factores determinantes en dicho proceso de globalización, que se alimenta asimismo del establecimiento de redes de comunicación universales como Internet. Ciertamente, la propia globalización conlleva la creación de un espacio en que los poderes de control económico de los Estados se debilitan, y su propio papel político y la soberanía estatal aparecen cuestionados². La falta de un auténtico poder político supranacional suscita inmediatamente la suplantación del poder de control económico por los nuevos protagonistas del mercado global: las sociedades transnacionales.

En la discusión ideológica acerca de la globalización económica surge de inmediato una reflexión por sus detractores acerca de los beneficiarios de la globalización (¿Globalización para quién?). Las oportunidades económicas del mercado global no repercuten en una globalización de las oportunidades sociales, de la educación, de la salud o de la defensa del medio ambiente³. Al contrario, la economía global parece

¹ Acaso por la “insipidez ideológica del término”, como subraya M.J. Gibney, “Introducción”, *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003, p. 9.

² Vid. S. Strange, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, 1996.

³ Y la familia aparece ya en esta fase del debate sobre la globalización, pues constituye uno de los puntos de conexión clave entre las libertades fundamentales y los derechos sociales, como señala A.M^a. Vega Gutiérrez, “Globalización y prácticas familiares en Naciones Unidas”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los*

haber acentuado los desequilibrios regionales y evitado una convergencia gradual de las economías de los países en vías de desarrollo (¿Globalización para qué?).

2. Sin abandonar la pura perspectiva económica del fenómeno de la globalización, una paradoja salta a la vista. La pretensión de un mercado global es, en todo caso, una petición de principio insostenible en términos económicos. Un mercado único, aún en una primera fase de integración económica⁴, requiere la libre circulación de todos los medios productivos: capitales, bienes, servicios y personas. Evidentemente, el presunto mercado global no admite la libre circulación internacional de mano de obra. Por una parte, los propios operadores económicos se benefician de esta restricción, que facilita la deslocalización de la producción en razón de los diferentes costes laborales y justifica, por ejemplo, el fenómeno de la “industria maquiladora”⁵. El “dumping social” parece consustancial a una globalización, cuyo lema puede ser “capitales, bienes, empresarios sin fronteras”, pero en ningún modo “trabajadores sin fronteras”. Al contrario, la acentuación de los desequilibrios regionales y los desajustes demográficos provocados por la globalización provocan presiones migratorias a duras penas retenidas por las políticas de inmigración de los Estados desarrollados, cada vez más restrictivas y únicamente interesadas en cubrir los mínimos déficits demográficos y de mano de obra del “mercado nacional”. Sin embargo, pese a todas las restricciones, los movimientos migratorios motivados por los desajustes demográficos y sociales adquieren proporciones cada vez mayores. No sólo los desequilibrios poblacionales y las difíciles condiciones de vida en los países subdesarrollados explican estos movimientos. La idea de la aldea global tiene mucho que ver asimismo con la internacionalización de los medios de comunicación de masas y con la relatividad de las distancias geográficas en una era tecnológica⁶. La “transparencia” de las sociedades invita y promueve la decisión

países de la Unión Europea y en el Derecho comparado, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, p. 854.

⁴ Vid. P. Behrens, “Integrationstheorie (internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung)”, *Rabels Z.*, 1981, pp. 8-50.

⁵ Vid. J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Cívitas, pp. 50-56.

⁶ Para A. Giddens, la tecnología de la comunicación instantánea es acaso el aspecto clave de una sociedad globalizada. La comprensión de la globalización, a su juicio, exige superar una visión estrecha como fenómeno económico, pues es tanto o más política, tecnológica y cultural (vid. *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*, 5ª ed., Madrid, Taurus, 2003, p. 23).

final que lleva a las personas a un desplazamiento geográfico con el ánimo de mejorar sus condiciones de vida o las de su familia. La desproporción de estos movimientos conduce a un problema grave de inmigración ilegal o desbordada que pone en primera línea de fuego a las políticas de extranjería de los países receptores. Estas políticas, concebidas en un primer momento como medidas de protección económica y, a renglón seguido, como un instrumento de defensa de la identidad cultural, se sobredimensionan y acaban “contaminando” sectores jurídicos afines como el Derecho de familia, como tendremos ocasión de ver. Por lo demás, la presencia en el territorio de un número creciente de extranjeros provenientes de diferentes culturas va a plantear una tensión esencial entre el respecto a la diversidad cultural y la necesidad de fomentar la integración social del extranjero⁷, aspecto sobre el que abundaremos más adelante. En suma, se produce asimismo lo que U. Beck ha denominado la “globalización de la biografía”: “los contrastes y las contradicciones del mundo tienen lugar no sólo ahí fuera, sino también en el centro de la propia vida, en los matrimonios y familias multiculturales”, y asistimos a una suerte de “topopoligamia”, una plurilocalidad que traspasa fronteras de mundos separados entre naciones, religiones, culturas, colores de piel, continentes, etc⁸.

El planteamiento de los problemas que suscita la libre circulación de personas, causa de tal globalización de la biografía y de semejante “topopoligamia”, es bien distinto en aquellos espacios internacionales efectivamente integrados, donde impera un auténtico mercado único. La experiencia de la Unión Europea demuestra, con todo, que aún cuando la circulación de trabajadores pueda resultar liberalizada, la globalización económica sigue concibiendo a la persona como una mercancía. Si en este caso el valor es opuesto, pues se trata de facilitar el desplazamiento de mano de obra y, en consecuencia, los movimientos migratorios, lo cierto es que el Derecho de familia sigue igualmente contaminado por los intereses económicos preferentes. Así lo evidencia el Derecho comunitario, donde la función integradora de la libre circulación de personas es más relevante que la estabilidad o la continuidad de la familia a la hora de fijar los criterios rectores del Derecho internacional privado de la familia⁹.

⁷ Vid. P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad multicultural”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 167.

⁸ Vid. *¿Qué es la globalización? (falacias del globalismo, respuestas a la globalización)*, Barcelona, Piados Ibérica, 1998, pp. 110-112.

⁹ Con estos términos describe E. Jayme las reglas de competencia judicial internacional en materia de divorcio contenidas en el Reglamento (CE) núm 1347/2000

3. Por lo demás, la globalización económica tampoco garantiza una globalización jurídica. En el terreno del Derecho privado, la unificación sigue siendo una pretensión razonable, no exenta de proyectos y distintas vías en el ámbito del Derecho comercial, pues con carácter general se defiende un efecto positivo de la unificación jurídica sobre la dinamización de los intercambios. Pero en modo alguno el Derecho de familia resulta permeable a la unificación jurídica, ni existen proyectos realistas de proceder a una mera aproximación de los Derechos nacionales en los distintos ámbitos de integración económica y jurídica. Ni siquiera en la Unión Europea, donde hay una estrecha vinculación cultural y un catálogo uniforme de derechos fundamentales y concepciones básicas en torno a la familia, se plantea una unificación material del Derecho de familia, habida cuenta la diversidad cultural de las distintas familias jurídicas¹⁰. Con más razón, si este planteamiento lo extendemos a escala universal. Esta reflexión nos lleva, de hecho, al análisis del segundo elemento clave en la comprensión del Derecho internacional de la familia de nuestros días: la posibilidad de coexistencia de una pluralidad cultural en un mercado global.

del Consejo, de 29 de mayo de 2000. Tales reglas, amparadas en la base jurídica que proporciona la libre circulación de personas, acaban beneficiando el *forum shopping* y la posición del primer cónyuge que plantee la demanda, fomentando en cierto modo el turismo divorcista, sin consideración de ningún valor distinto (igualdad de las personas, estabilidad de la familia, mediación familiar...) de la facilidad de la movilidad o circulación de las personas, como elemento clave de la integración económica [vid. “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Receuil des Cours de l’Académie de droit international*, t. 282 (2000), pp. 9-40, esp. pp. 23-25].

¹⁰ Vid. E.M. Hohnerlein, “Konturen eines einheitlichen europäischen Familien- und Kindschaftsrecht – die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention”, *The European Legal Forum*, núm. 4, 2000/01, pp. 252-260; W. Pintens, “Rechtsvergleichung und Rechstangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union”, *ZEuP*, 1998, pp. 670-676; D. Martiny, “Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?”, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 151-171. Quizás la armonización pueda ser algo más factible en espacios como el MERCOSUR, donde participan sistemas jurídicos más cercanos y hermanados por la tradición romano-germánico (vid. S. Feldstein de Cárdenas, “Armonización legislativa en materia de Derecho de familia en el MERCOSUR: ¿una necesidad o una quimera?”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 381-398.

II. PLURALIDAD CULTURAL Y DERECHO

1. Un ejemplo candente: Islam y Occidente

4. En esencia, el reto que suscita nuestro tiempo radica en la posibilidad de combinar un marco económico global con un marco socio-cultural plural. “Multiculturalidad”, “multiculturalismo”, “interculturalidad” son otros tantos vocablos que, al igual que “globalización” se difuminan cuanto más se usan. Desde un punto de vista histórico, puede resultar paradójico que la pluralidad cultural sea protagonista del presente, precisamente porque en cualquier otro tiempo pasado ha existido más pluralidad cultural. El devenir histórico y la propia “globalización” ha producido de forma natural la aproximación cultural, la desaparición de ciertas culturas y cierta estandarización de los modos de vida y de interpretación del entorno. Sin embargo, en términos sociológicos, la pluralidad cultural es relevante precisamente en este momento. De un lado, tras el proceso de descolonización, las diferentes culturas pretenden por vez primera reivindicarse en un plano de igualdad; en segundo lugar, los medios de comunicación de masas –entre ellos Internet- permiten un conocimiento inmediato y una valoración de distintas culturas, provocando su aproximación y una sociedad más “transparente”, siguiendo los planteamientos postmodernos de G. Vattimo¹¹. Por último, los movimientos migratorios convierten especialmente a las sociedades de los Estados desarrollados en sociedades pluriculturales. La densidad demográfica de ciudadanos extranjeros obedientes a otras culturas habilita la supervivencia y el mantenimiento de una diversidad cultural, cuya convivencia con la cultura metropolitana es fuente también de interrogantes jurídicos. Tampoco cabe desdeñar una percepción distinta: el imperialismo cultural y tecnológico alienta los fundamentalismos como mecanismos de defensa desesperada de la propia cultura en trance de desaparecer¹². Se trata del concepto de fundamentalismo entendido como “tradición acorralada” y que lleva a A.

¹¹ *La sociedad transparente*, 1ª ed., Barcelona, 1990, esp. 73-87.

¹² A juicio de J.E. Stiglitz, una de las principales cegueras de los responsables de gestionar la globalización es, precisamente, la que afecta al lado negativo; “la amenaza a la identidad y los valores culturales” (*vid. El malestar en la globalización*, 10ª ed., Madrid, Taurus, 2004, esp. p. 308).

Giddens a considerar tal fundamentalismo como un “hijo de la globalización”¹³ o a J. de Lucas a mencionar la formulación de la identidad cultural particular como “fobotipo” y los riesgos de “identidades asesinas”¹⁴.

5. En la actualidad, el tratamiento teórico del choque o conflicto de civilizaciones y culturas viene suscitándose en relación con dos ámbitos muy concretos. Por un lado, la influencia de los movimientos migratorios hacia los EE.UU. y la incidencia, en particular, de la cultura hispana, que ha dado lugar a los planteamientos alarmistas de S.P. Huntington¹⁵. De otro, las dificultades suscitadas en Europa y en EE.UU. por la presencia de inmigrantes provenientes de países islámicos, que reproducen análisis parecidos, como los de G. Sartori¹⁶. Con todo, ambas situaciones no son comparables, especialmente porque el abismo entre los ingredientes religiosos de las culturas opuestas no se produce en el primer caso. Por otra parte, los acontecimientos en los últimos tiempos derivados del terrorismo islámico y de las intervenciones militares en Afganistán e Iraq han llevado a un plano universal el choque de civilizaciones entre el mundo “occidental” y el “islámico”. Tomaremos como referencia esta tensión cultural entre el Islam y las llamadas “democracias occidentales” para ejemplificar los retos a que se enfrenta el actual Derecho internacional de la familia.

6. Conviene de antemano reconocer la imposibilidad de que el estudioso consiga un distanciamiento y una neutralidad absolutos, cuando pertenece a una de esas dos culturas, aunque se trate de un profesor español de la Universidad de Granada, acaso el país y la ciudad “occidentales” donde el peso de la cultura islámica resulte más

¹³ Cf. A. Giddens, *op.cit.*, pp. 61-63. La misma idea de que el neofundamentalismo islámico va parejo a la aculturación provocada por la globalización se aprecia con profusión de argumentos en O. Roy, *El Islam mundializado (los musulmanes en la era de la globalización)*, Barcelona, Bellaterra, 2002, pp. 147-157. En el caso de los países islámicos no puede desdeñarse tampoco el papel del fracaso de los regímenes nacionalistas que surgieron tras la descolonización (*vid.* Hala Mustafa, “El Islam y Occidente en tiempos de globalización: ¿coexistencia o choque de civilizaciones”, *¿Europa musulmana o Euro-Islam? (política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización)*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 143).

¹⁴ *Vid.* *Globalización e identidades (claves políticas y jurídicas)*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 43-48.

¹⁵ *Vid.* *Who are We?: The Challenges to America's National Identity*, New York, Simon & Schuster, 2004.

¹⁶ *Vid.* S.P. Huntington, *El choque de civilizaciones*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1997; G. Sartori, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.

evidente. Como individuo, e independientemente de las creencias religiosas o de la ausencia absoluta de ellas, la mayoría de los europeos y occidentales han sido educados dentro de la tradición cultural cristiana y de la cultura grecorromana. Con seguridad, esa experiencia cultural e histórica resulta inseparable de las valoraciones y de los análisis. Pero, al fin y al cabo, la neutralidad es siempre utópica y tampoco resulta un inconveniente –antes al contrario- para trazar una visión realista del problema, aunque sea desde la perspectiva de los países a que pertenecemos los miembros del IHLADI.

Con semejante prevención, no resulta difícil apuntar al nudo gordiano del conflicto entre la cultura islámica y la cultura occidental: la religión. No se trata, sin embargo, de un choque entre religiones. El conflicto no radica en una profesión de fe diferente, por otra parte con unos orígenes muy comunes y un contenido monoteísta compartido, sino en el distinto papel que las creencias religiosas ocupan en la determinación del poder político y en la ordenación de la vida social y familiar. La cultura “occidental” es esencialmente una cultura emancipada. Su proceso de “laicización” abarca muchos siglos y culmina en tiempos relativamente recientes, especialmente como resultado de las guerras de religión y de las revoluciones modernas. A sangre y fuego, esta laicización de la sociedad y de la cultura se observa como una conquista de la civilización, no siempre exenta de peligros e involuciones, que se traduce esencialmente en la separación absoluta entre religión y la Iglesia, de un lado, y del Derecho y el Estado, de otro. Como contrapunto, existe una afirmación del principio de libertad religiosa y de culto que alcanza el rango de derecho fundamental. Como tal, el fenómeno religioso pertenece a la esfera privada del individuo, el culto se convierte en un derecho y las Iglesias participan en la discusión social y política como un elemento fáctico más, como un grupo social con su propia capacidad de influencia, movilización y liderazgo moral¹⁷. Como contrapunto, la sociedad musulmana observa la laicización

¹⁷ Según Algunos planteamientos, en América Latina existiría un modo de participación específico en la globalización, tributario de una globalización conservadora basada en la renovación ético-religiosa, que perseguiría el fortalecimiento de la familia como institución con vínculos jerárquicos duraderos en una proximidad intergeneracional [vid. A. Fontaine Talavera, “Tendencias hacia la globalización en Chile”, *Globalizaciones múltiples: la diversidad cultural en el mundo contemporáneo* (ed. S. Berger/S.P. Huntington), Barcelona, Paidós, 2002, pp. 289-336]. Si esto fuera así, el continente americano estaría alejándose de la equidistancia religiosa de Occidente, moviéndose hacia una creciente imbricación entre sociedad y religión, incluso entre Iglesia (particularmente evangélica) y Estado, hecho que, aún aproximándolo a los planteamientos integristas islámicos, no haría más que incrementar

como un reto, avanzando en muchos casos en dirección contraria. Históricamente, Al-Andalus fue una sociedad más abierta y laica que la de muchos países islámicos en la actualidad. En cierto modo, la ofensiva cultural occidental propiciada por la globalización puede explicar ciertos fenómenos de repliegue cultural hacia posiciones de mayor integrista, que M. Bedjaoui ha denominado “pasado sin provenir”. El Presidente del TIJ ha puesto el dedo en la llaga, al reconocer el desafío del laicismo y el hecho de que “mientras el Islam mantenga las relaciones económicas y políticas en la órbita de lo sagrado, la sociedad no se podrá modernizar”¹⁸. En esta misma línea, se ha defendido la idea de un “Euro-Islam”, a saber, una religión islámica culturalmente adaptada a la cultura cívica de la modernidad europea, tendente a la aceptación del laicismo y el pluralismo religioso y cultural, y dispuesto a renunciar a la idea del predominio islámico¹⁹.

Sin embargo, una generalización acerca de la influencia de la religión en el Derecho de los países islámicos resulta inadecuada. Las prescripciones religiosas islámicas -cuya vocación es regir tanto las relaciones jurídicas como el culto y la moral – se comprenden en la *sharia* y el *fiqh*²⁰. La primera incluye tanto al Corán como a la *sunna*, o tradición del profeta (dichos, hechos y abstenciones). Sobre el postulado de la autonomía y universalidad de la *sharia*, el *fiqh* vendría a ser la inteligencia humana que extrae de la *sharia* los principios resolutivos para cada nuevo caso, si se quiere un medio de autointegración “jurisprudencial”. Los occidentales reconocemos como “Derecho musulmán” a las disposiciones propiamente jurídicas de la *sharia*. Pues bien, las relaciones de este “Derecho musulmán” con el “Derecho positivo” de los Estados

los conflictos de civilizaciones entre ambos mundos. Con todo, no compartimos el diagnóstico global sobre un modo particular de concebir la globalización latinoamericano, basado en la esencia evangélica y el nuevo papel de la familia. Pero tampoco cabe negar que, incluso en EE.UU., la presencia de motivos religiosos en las decisiones políticas y el alineamiento confesional del poder es una realidad más frecuente en el continente americano, y absolutamente impensable en Europa.

¹⁸ “Prefacio” a *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació, 1998, pp. 9-14.

¹⁹ Vid. Bassam Tibi: “Los inmigrantes musulmanes en Europa: entre el Euro-Islam y el gueto”, *¿Europa musulmana o Euro-Islam? (política, cultura y ciudadanía en la era de la globalización)*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 64-65.

²⁰ Para una primera y elemental aproximación a estos y otros conceptos básicos del Derecho islámico es recomendable P. Mandirola Brioux, *Introducción al Derecho islámico*, Madrid, Marcial Pons, 1988.

arabomusulmanes son muy diferentes en cada caso²¹, y tal es una circunstancia a tener en cuenta a la hora de resolver las distintas relaciones jurídicas. En particular, en los distintos países islámicos cabe hallar concepciones muy divergentes en torno a la familia²², que repercuten de forma directa en distintos tratamientos jurídicos. A título de ejemplo, el Derecho tunecino²³ mantiene criterios más severos frente a la poligamia o el repudio que los propios de la jurisprudencia francesa o española. Pero es indudable que el contenido de el Derecho de familia de los Estados arabomusulmanes se encuentra en buena medida impregnado de connotaciones religiosas²⁴, que no son un obstáculo para su eficacia extraterritorial por el hecho de ser religiosas, sino por perjudicar una determinada concepción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

2. Derechos humanos y multiculturalidad

7. El Derecho internacional de la familia en cave multicultural y, en especial, en las relaciones entre el mundo islámico y el “occidental”, suscita, pues, un debate que va mucho más allá de la confrontación entre Derechos privados, y nos sitúa en la incógnita de una “globalización” o auténtica “universalidad” de los derechos humanos²⁵. Las

²¹ Siguiendo la clasificación de R. Babadji (“Aproximación a las relaciones de la charia y el Derecho positivo en el mundo árabe”, *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació, 1988, pp. 83-84), cabría distinguir cuatro niveles de relación. En primer término situaríamos aquellos Estados que confieren al Derecho musulmán un papel primordial (Arabia Saudí, Omán, Libia y el ex-Yemen del Norte). En estos países la *sharia* viene a ser el equivalente a la Constitución. En segundo lugar, en un grupo de países la *sharia*, sin tener tal rango constitucional, constituye la fuente principal de la legislación (Siria, Bahrein, Sudán y Qatar). En un tercer grupo, es simplemente “una” (entre otras) de las fuentes principales (Egipto, Emiratos Árabes y Kuwait). Los países del Magreb, por último, ni siquiera mencionan al Derecho musulmán en su ley fundamental.

²² Para un estudio en detalle de estas distintas concepciones en torno a la familia, *vid.* especialmente D. Benham y S. Bouraoui, *Familles musulmanes et modernité (le défi des traditions)*, París, Publisud, 1986.

²³ *Vid.* Mohamend El Arbi Hachena, “Le code tunisien de droit international privé”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1999-2, pp. 227-244, esp. pp. 239-241.

²⁴ Sobre las causas de la sacralización de la tradición en la cultura islámica y su influencia en el Derecho, singularmente en el *fiqh* y en el Derecho de familia, así como las vías de reforma *vid.* J.L. Esposito, *Women in Muslim Family Law*, 2ª ed., Nueva York, Syracuse University Press, 2001, pp. 127 ss.

²⁵ No entramos en la discusión acerca de si la globalización ha incidido positiva o negativamente en la difusión de los derechos humanos. Básicamente, nos parece bastante claro que las desigualdades económicas que produce son una mengua del

revoluciones occidentales dieron a luz, con la modernidad, las primeras declaraciones de derechos humanos con pretensiones de universalidad, al tiempo que incorporaban al catálogo de derechos la libertad religiosa. En clave histórica, sin embargo, estas declaraciones responden a la historia de Occidente y se ubican geográficamente en países como Francia o los EE.UU. A finales del siglo XVIII, las declaraciones relativas a la libertad religiosa pensaban evidentemente en resolver las crisis y persecuciones derivadas de la división religiosa del cristianismo (católicos, protestantes, anglicanos...); difícilmente concebían tales principios por extensión a otros cultos, como el islámico o incluso el hebreo. En la actualidad, por supuesto, el principio de libertad religiosa contenido en esas mismas declaraciones y en todos los Tratados relativos a los derechos humanos no hace distinciones entre creencias y seres humanos, y toda la normativa sobre derechos humanos tiene pretensiones de validez universal. De hecho, la intervención en países terceros, a pesar de su descrédito, aún se sigue justificando actualmente en un afán garantista de los derechos humanos, aunque la objetividad de esta injerencia es bastante relativa²⁶.

Pero la pretendida universalización de los derechos humanos nos interesa ahora desde una perspectiva interna y horizontal. Para algunos, la constitución de un referente internacional de los derechos humanos fundamentales (cartas, convenciones, tribunales penales) representa una realidad horizontal que anuncia una ciudadanía postnacional²⁷, además de constituir una necesidad a la hora de abordar en el presente el tratamiento

sentido más puro de los derechos humanos, que incorpora asimismo un alcance socioeconómico y un fundamental equilibrio en la distribución de bienes. El hecho de que los medios de comunicación en la era de la globalización puedan provocar un contagio de los derechos humanos o emancipación del individuo frente a los Estados totalitarios no parece suficiente contrapeso a las nefastas consecuencias que las desigualdades y las necesidades producidas por la globalización están produciendo en la democratización y alcance de los derechos humanos más elementales en los países pobres. Una interesante discusión a este respecto puede hallarse en las distintas colaboraciones de S. George, N. Chomsky, J.E. Stiglitz, V. Shiva, H.K. Baba y K.A. Appiah, con sus correspondientes respuestas, contenidas en *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.

²⁶ Como señala A. Davidson, “es casi imposible imaginar una injerencia en Australia como la que hubo en la antigua Yugoslavia” (vid. “Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquéllos sin pertenencia”, *Ciudadanía e inmigración: Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, p. 53).

²⁷ M. Elbaz, “El inestimable vínculo cívico en la sociedad-mundo”, *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*, Granada, Ed., Maristán, 2002, p. 34.

jurídico y político de la inmigración²⁸. Más allá de la ingenuidad de los deseos, la cuestión estriba en concretar si esas declaraciones son asumidas asimismo universalmente o, al contrario, emanan exclusivamente de la cultura “occidental”. De esta cuestión depende esencialmente que una universalización interna de los derechos humanos conduzca a conflictos de civilizaciones característicos del Derecho internacional privado.

En el caso del Islam, la conclusión es bastante clara. Las declaraciones universales de Derechos humanos propiciadas desde Occidente no son aceptables para una sociedad que no ha logrado “laicizarse”. El Islam contemporáneo –como ha señalado J. Maila²⁹– ha necesitado adueñarse de los derechos humanos para proponer sus propias “declaraciones”, particularmente la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, proclamada en París, en la UNESCO, el 19 de septiembre de 1981. Forzosamente, en esta declaración los derechos humanos emanan directamente de la ley religiosa que les da legitimidad. Proclamada la libertad de credo, se evoca implícitamente la pena de muerte por apostasía; admitida la igualdad ante la ley, los derechos de la mujer se determinan “conforme a la ley”, esto es, de forma discriminatoria. La Declaración islámica no formula, pues, los derechos del hombre universal, sino los derechos del hombre musulmán, conteniendo una invitación (*dawa*) a todo hombre, sólo en la medida en que es susceptible de convertirse en musulmán. A título de mero ejemplo, el art. 26 de la Constitución de Arabia Saudí proclama la protección por el Estado de los derechos humanos “que sean conformes con la *sharia* islámica”; los Estados musulmanes que se adhirieron al Convenio de las N.U. de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer lo hicieron introduciendo reservas que vaciaban de contenido las obligaciones del convenio, en la medida en que sus disposiciones se aceptaban “en la medida en que no contrarían la *sharia* islámica”³⁰, una reserva que es general frente a cualquier

²⁸ Vid. A. Davidson, *loc.cit.*, pp. 35-54, esp. 53-54.

²⁹ Vid. “¿Son los derechos humanos impensables en el mundo árabe?”, *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1998, pp. 123-153, esp. pp. 143-149. Vid. asimismo el tratamiento P.A. De Miguel Asensio, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *R.G.D.*, jul-ago 1998, pp. 542-544.

³⁰ Vid. J.A. Rodríguez García, “Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y en el Derecho comparado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, p. 755.

declaración universal de Derechos humanos³¹. La paradoja, pues, consiste en realizar lo universal mediante la universalización de una cultura particular. Lo verdaderamente grave es que a los ojos del hombre musulmán las declaraciones universales de derechos humanos promulgadas desde Occidente pretenden exactamente lo mismo.

8. La irreductibilidad de las concepciones culturales acerca de los derechos humanos³² no dejan otra alternativa que aceptar su falta de universalidad en el compromiso, pero obliga a reforzar la pretensión de universalidad en cuanto a sus efectos. En suma, se trata de una concepción de derechos relativa y obediente a una cultura, pero ello no hace que pierda un ápice de imperatividad y esencialidad. En consecuencia, en los Estados “occidentales” la aplicación universal y la imperatividad máxima del respeto a los derechos humanos, tal y como son concebidos desde nuestra cultura, no admite gradación ni limitación. Consecuentemente, el conflicto intercultural y jurídico resulta inevitable, pues existe un límite infranqueable al reconocimiento de la diversidad cultural, que no es otro que el respeto a los derechos fundamentales tal y como se conciben en las Constituciones de las “democracias occidentales” y en los Convenios de derechos humanos a los que se incorporan. Desde un punto de vista filosófico, este aserto pone en evidencia la difícil cuestión de los límites de la tolerancia³³.

De esta forma, el derecho a la integridad física –al que podrían añadirse algunos otros-, como un derecho fundamental de la persona, impide admitir o contemplar atenuante alguna en la persecución de prácticas “religiosas” o “culturales” que pueden

³¹ Vid. Z. Combalia, “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas”, *A.D.E.E.*, vol. XII, 1996, p. 502.

³² Como señala A.-J. Arnaud, “el fondo del problema es que las obligaciones que dimanar de los derechos humanos en el ámbito internacional pueden construirse de forma muy diferente según las perspectivas culturales, jurídicas y éticas tenidas en cuenta”. Vid. sus interesantes reflexiones acerca de la eventual globalización de los derechos humanos como un modo axiológicamente válido de promoción y defensa de los derechos de la familia en “*Philosophie des droits de l’Homme et droit de la famille*”, *Internationalisation des droits de l’Homme et évolution du droit de la famille*, París, LGDJ, 1996, 19-25.

³³ Vid. especialmente W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 211-237.

ser aceptadas en otros sistemas³⁴, tales como la mutilación genital femenina -cada vez más frecuentes entre los grupos africanos y asiáticos afincados fundamentalmente en Europa-, e incluso, aunque su práctica sea menos invasiva y dramática, la circuncisión masculina. La defensa de este derecho fundamental no sólo exige medidas penales, sino que requiere la orientación del Derecho internacional de la familia para garantizar, por ejemplo, la adopción de medidas de protección del menor que prevengan estas conductas³⁵. El principio de igualdad de sexos no admite tampoco demasiados matices, y exige un tratamiento riguroso de la no discriminación por razón de sexos. La convivencia intercultural no permite tolerancia alguna con cualquier forma jurídica de discriminación de la mujer, y esta circunstancia va a plantearse con mucha frecuencia en el régimen del matrimonio y de las relaciones entre cónyuges. También la dignidad de la persona es un derecho que está en la base de conflictos característicos del Derecho de familia, tales como el reconocimiento de efectos al matrimonio poligámico o la eficacia extraterritorial de determinadas formas de disolución del matrimonio, como el repudio. Son sólo algunas manifestaciones de las dificultades que apunta la construcción de un Derecho internacional de la familia en un contexto globalizado, y que analizaremos con más detalle en las páginas siguientes³⁶. Pero acaso convendría cerrar estas reflexiones generales con una referencia al papel que la familia puede tener en la explicación de las diferencias multiculturales. Pues según planteamientos sólidos como los de E. Todd, al

³⁴ Según UNICEF, la mutilación genital femenina se practica en más de cuarenta países, básicamente africanos, pero también asiáticos (Indonesia, Malasia, India, Yemen, Omán, Bahrein y Emiratos Árabes): *vid.* <http://www.oneworld.org/unicef/firts-sept/fmg.html>.

³⁵ *Vid.* en este sentido las propuestas contenidas en M.D. Adam Muñoz, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho internacional privado*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003.

³⁶ Como señala C. Esplugues Mota, en el ámbito del Derecho español de Extranjería el art. 3.2 de la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, contiene una significativa cláusula de salvaguardia, pues tras referirse a los derechos humanos de los extranjeros en España y de su interpretación conforme a los convenios internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, precisa: “sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarias a las mismas” (*cf.* “Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, CGPJ, 2002, p. 112). La advertencia es exactamente la misma que impera, por ejemplo, en la jurisprudencia estadounidense, a la hora de prescindir de cualquier consideración cultural para valorar el grado de responsabilidad criminal (*cf.* L. Rosen, *The Justice of Islam*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 202-205).

fin y al cabo las diferencias multiculturales y, en especial, las distintas concepciones acerca de los derechos humanos, acaso emanan de una distinta cultura sobre las relaciones familiares y, en particular, sucesorias (familia y propiedad)³⁷. Siendo la diversidad de la familia sociológica la causa de la pluralidad cultural, es fácil comprender como ésta repercute en la familia jurídica, cerrando un círculo vicioso inextricable.

III. INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA

1. Función del Derecho internacional privado como canal de comunicación intercultural: el estatuto personal

9. Los conflictos interculturales que suscitan las distintas concepciones acerca del fenómeno familiar requieren una respuesta adecuada por parte del Derecho internacional privado. Desde puntos de vista postmodernos, se ha defendido el papel de esta disciplina como un “canal de comunicación entre culturas”³⁸. En este sentido, el Derecho internacional privado estaría llamado a proporcionar cauces de convivencia, integración y respeto de la diversidad cultural. Sin embargo, también el Derecho internacional privado debe suministrar los límites de la tolerancia a que antes nos hemos referido. En la consecución de estos objetivos, el Derecho internacional privado comparado arroja luces y sombras y se enfrenta a algunos problemas de alcance general en el tratamiento del llamado tradicionalmente “estatuto personal”.

A) La disyuntiva entre nacionalidad y residencia habitual

10. La disyuntiva entre la integración-asimilación del inmigrante y el respeto a su identidad cultural suele justificar la opción respectiva entre la ley de la residencia habitual o la ley de la nacionalidad como conexiones para determinar la ley aplicable.

³⁷ Vid. *El destino de los inmigrantes (asimilación y segregación en las democracias occidentales)*, Barcelona, Tusquets, 1996.

³⁸ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, vol. XLVI (1994/2), pp. 576-580; E. Jayme, “Identité culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne (Cours général de droit international privé)”, *R. des C.*, t. 251 (1995), esp. pp. 262-264.

11. Se estima, por una parte, que la ley nacional es la más respetuosa con la identidad cultural en la medida en que refleja la ley de origen del individuo, aquélla con la que presenta un vínculo personal más estrecho. Sin duda esto ocurre así en muchos casos, pero la asimilación entre identidad nacional e identidad cultural tiende a difuminarse en muchas otras hipótesis. Por una parte, la remisión a la ley nacional puede conducir a sistemas jurídicos religiosamente comprometidos, imponiendo al inmigrante la aplicación de una ley nacional que presupone ciertas creencias, en contra de su auténtica libertad personal³⁹, o, incluso, de los propios cambios sociales no reconocidos por el sistema jurídico estatal⁴⁰. Asimismo, muchos Estados son esencialmente multiculturales, y la diversidad de legislaciones no ampara una diversidad de nacionalidades⁴¹. La pluralidad legislativa de base personal implica en estos países el célebre problema de la remisión a sistemas plurilegislativos donde la ley nacional debe exceptuarse a favor de conexiones más abiertas: “vínculos más estrechos” o “principio de proximidad”. Pero, en segundo lugar, los movimientos migratorios han generado, como se ha dicho, la presencia de grupos o minorías obedientes a otra cultura, que acaban accediendo a la nacionalidad del Estado de acogida, siquiera sea en sucesivas generaciones. También esta convivencia multicultural justifica una disgregación de los propios ciudadanos de origen de dichos Estados. Es perfectamente posible que un ciudadano marroquí adquiera la nacionalidad española, sin perder por ellos sus rasgos culturales; al igual que es dable que un español se convierta en musulmán sin perder su nacionalidad. Estas situaciones generan “conflictos ocultos”⁴² en supuestos aparentemente internos, que no deben descartar soluciones muy parecidas a las propias de las situaciones internacionales, en especial recursos como el análisis en dos escalones, que expondremos más abajo.

³⁹ Vid. F. Pastore, “Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia”, *Riv.dir.int.*, 1993, p. 145; *id.* *Familles entre les droits. Essai de reconstruction socio-historique de la condition juridique des familles migrantes de pays arabo-musulmans vers l’Europe*, Florencia, IUE, 1996, pp. 307-310.

⁴⁰ Vid. A. Moulay R’chid, “Le droit de la famille entre la politique de l’État et le changement social”, *Droit et environnement social au Maghreb*, París, CNRS, 1989, pp. 237-255.

⁴¹ *Ad. ex.* S.A. Aldeeb Abu-Sahlieh, *Non-musulmans en pays d’Islam (cas de l’Egypte)*, Zurich, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1979.

⁴² Vid. en particular A. Borrás Rodríguez, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *R. Des C.*, t. 249 (1994-V), pp. 334-361.

12. La aplicación de la ley de la residencia habitual, por su parte, fomenta la integración del extranjero, que ve sometidas sus relaciones personales y familiares a la ley del país de inmigración⁴³. Debe tenerse en cuenta que los movimientos migratorios provocan una gran rigidez de las normas de extranjería, de forma que resulta común que el acceso a la nacionalidad del Estado de acogida requiera un período de residencia, por otra parte “legal”, enormemente largo y de justificación compleja. En el transcurso de estos lustros, el inmigrante no accede a la nacionalidad, pero ostenta una suerte de “nacionalidad sociológica”. Al resultar aplicable la ley nacional, la política de extranjería está “contaminando” la regla relativa al estatuto personal (ley nacional) que pretende aplicar la ley más próxima al sujeto. Si se quiere respetar este valor sin modificar las normas de inmigración, sólo cabe preferir la “nacionalidad sociológica” o anticipar dicha nacionalidad a los efectos del Derecho aplicable, mediante el recurso a la “ley de la residencia habitual”⁴⁴. A través de esta alternativa se estaría facilitando la propia integración del inmigrante.

B) El papel de la autonomía de la voluntad.

13. La fuerza expansiva de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado no patrimonial es un dato contrastado⁴⁵. La evolución afecta en primer término a aquellas instituciones del Derecho no patrimonial que presentan, no obstante, un alcance económico: régimen económico matrimonial y sucesiones; pero se extiende

⁴³ *Vid.* en este sentido, J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *R. des C.*, t. 211 (1988-IV), pp. 200-216.

⁴⁴ Una propuesta que combinaría esta anticipación de la ley de la residencia habitual con la autonomía de la voluntad partiría de aplicar la primera una vez que se cumple un plazo de residencia (*ad. ex.* cinco años), a menos que el interesado manifestara su deseo de seguir sometiendo su estatuto personal a la ley nacional (*vid.* la propuesta en J. Basedow y B. Diehl-Leistner, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip in Einwanderungsland”, *Nation und Staat im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, CF Müller, 1990, p. 41).

⁴⁵ Para un análisis de su aplicación práctica y comparada *vid.* por todos J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992, pp. 281-422. S. Sánchez Lorenzo, “El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, pp. 207-230.

también a materias estrictamente personales: efectos del matrimonio, divorcio, nombre y apellidos⁴⁶.

⁴⁶ En el Derecho de sucesiones, la *professio iuris* en torno a la ley nacional o a la ley domiciliar, que ya se encuentra en el art. 463 del C.C. boliviano de 1831 [Cf. G.A.L. Droz, "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé", *R. des C.*, t. 229 (1991-IV), p. 240], es la solución de la Ley Federal suiza de Derecho internacional privado de 1987, al permitir optar por la ley nacional desplazando la aplicación de la ley domiciliar (arts. 90 y 91); una solución similar se observa en el art. 46.1º de la Ley italiana de Derecho internacional privado de 1995, si bien en este caso la elección opera a favor de la ley de la residencia habitual frente a la regla general de la ley nacional, y presenta ciertas cautelas vinculadas a los derechos legitimarios y a la conservación de la residencia en el momento del fallecimiento (la introducción de la autonomía de la voluntad en algunos sectores del Derecho de familia y de sucesiones es uno de los elementos más característicos de la reforma de la legislación italiana, que ha procedido a relativizar el imperio de la ley nacional en dicho sistema, desde los postulados de P.S. Mancini: cf. N. Marchal Escalona, "La Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano de 31 de mayo de 1995" *R.E.D.I.*, vol. XLVIII, 1996-1, pp. 480-481). Idéntica *professio iuris* se desprende del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (art. 5.1º). Fórmulas más limitadas se encuentran asimismo en el art. 25.2 E.G.B.G.B. (ley alemana como *lex rei sitae* de los inmuebles) y en las disposiciones de algunos Estados de Norteamérica (*vid.* más detalladamente A.E. Von Overbeck, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 628-632; N. Watté, "L'autonomie de la volonté dans les conventions de La Haye", *Rev. belge dr.int.*, 1991, pp. 413-417).

En materia de relaciones entre los cónyuges, puede decirse que la autonomía conflictual se pierde en la antigüedad. Con ocasión de su matrimonio, el Cid otorga arras a Doña Jimena "por fuero de León", aunque comprendía bienes y heredades en Castilla (Cf. F.K. Juenger, "Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos", *Principios, objetivos y métodos en Derecho internacional privado. Balanca y perspectivas de una década*, Madrid, 1995, p. 38); En 1490 hay constancia de capitulaciones matrimoniales sometidas a la ley aragonesa (*Vid.* J. Delgado Echevarría, "Unos capítulos matrimoniales tensinos de 1490", *Revista de Derecho civil aragonés*, 1997.2, pp. 11 ss. M. P. Diago Diago, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, Zaragoza, 1999, p. 104). Más actualmente, la autonomía conflictual relativa a las relaciones entre los cónyuges aparece, entre otras fuentes, en el Convenio de La Haya de 1978 sobre regímenes económicos matrimoniales, el art. 14 EGBGB y el art. 9.2º CC español, sin olvidar la pionera decisión del *Hoge Raad* holandés de 10 de diciembre de 1976 (cf. T.M. De Boer, "Forty Years on: The evolution of Postwar Private International Law in Europe", *Forty Years on: the Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 12-13. Para más detalles sobre la asunción en el Derecho comparado de la autonomía conflictual en este sector, *vid.* la relación de A.E. Von Overbeck "L'irrésistible...", *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 632-635. En el ámbito convencional cf. N. Watté, *loc.cit.*, pp. 413-437). En algunos ordenamientos, el principio de libertad personal se traduce en la prioridad del régimen económico matrimonial pactado por las partes frente a cualquier eventual Derecho aplicable (art. 12 del C.c. del Congo; art. 10 del Código de Familia de

Panamá; art. 80 del Código de Familia de Filipinas; art. 235 del C.c. de Ruanda; art. 22 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Tailandia; art. 3123 del C.c. de Quebec). En algunos casos, semejante autonomía material es muy limitada o ficticia, al someterse a las normas imperativas del foro (art. 47 del Código de Familia de El Salvador; art. 135 C.c. de Paraguay), permitir una simple conversión, en caso de cambio de nacionalidad, adaptada al ámbito de las capitulaciones admitidas por la ley del foro (art. 52 del C.c. de Gabón), o limitar la autonomía conflictual a la elección de la ley del foro (§ 17 de la Ley finlandesa de 5 de diciembre de 1992, relativa a determinadas relaciones del Derecho de familia de naturaleza patrimonial). El § 19 de la Ley de Derecho internacional privado austríaca de 25 de junio de 1978 se muestra en este punto más progresista al permitir una elección libre por los cónyuges del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial. La Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987 limita dicha posibilidad de elección a la ley del domicilio común o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges (arts. 52 y 53), reglamentación semejante a la de la ley de Derecho internacional privado de Liechtenstein de 1996. La ley italiana de 1995 establece asimismo una limitación en torno a la ley de la nacionalidad o residencia de cualquiera de los cónyuges (art. 30), similar a lo previsto en el art. 14 de la Ley turca de Derecho internacional privado de 1982. Aún más estricta es la limitación a la autonomía conflictual en el art. 161 del Código de familia ruso de 1995, pues sólo puede operar ante la ausencia de nacionalidad y residencia común. Dicha elección, aunque libre, se ve limitada en el art. 21 de la Ley rumana de Derecho internacional privado de 1992 al régimen y los efectos del régimen económico matrimonial pactado. Lo mismo ocurre a tenor del art. 37 de la Ley yugoslava de Derecho internacional privado de 1982, pero siempre que lo permita la ley aplicable a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, en cuya determinación (art. 36) no interviene la autonomía de los cónyuges. El Derecho español (art. 9.2º CC), de forma muy similar al Derecho alemán (arts. 14 y 15 E.G.B.G.B.) aparece como uno de los ejemplos más progresistas. La autonomía conflictual abarca tanto los efectos personales como los patrimoniales, y la autonomía conflictual sólo cede ante la ley nacional común al tiempo de contraer matrimonio (*Vid.* sobre la redacción del actual art. 9.2º CC y el alcance de la reforma de 1990: A. Borrás Rodríguez, "Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1991, pp. 626-634, esp. p. 629). Tal vez esta sea una razón de crítica para los legisladores español y alemán. Tal límite impide muchas veces que matrimonios de extranjeros residentes en España, y plenamente integrados en nuestra cultura, puedan optar por unas relaciones familiares adecuadas al medio en que viven, y a la inversa [*Cf.* en este sentido P. Gannagé, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1992, p. 448. A juicio de D. Henrich, esta disponibilidad de la ley nacional común debe ser admitida cuando ceda en favor de la elección de la ley del foro coincidente con la común residencia de los cónyuges (*cf.* "Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Familienrecht", *Comparative Law in the World Today. The 40th. Anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan*, Chou University, 1988, pp. 566-567)].

Finalmente la Ley holandesa de 25 de marzo de 1981 sobre conflictos de leyes en materia de disolución del matrimonio introduce dicha autonomía conflictual en un ámbito particularmente imperativo y sensible como es el divorcio, si bien su orientación sea claramente legeforista (*Rev.crit.dr.int.pr.*, 1981, pp. 809 ss. Nota de R. Von Rooij), al igual que el Derecho español tras la reciente reforma del art. 107 C.c. Lo mismo puede decirse del Derecho internacional privado suizo relativo al nombre y apellidos, si

La justificación de esta extensión de la autonomía de la voluntad, al margen de las exigencias propias de los sistemas plurilegislativos de base personal⁴⁷, se encuentra en la postulación de los intereses estrictamente individuales y de grupo, derivados de un valor o principio de libertad⁴⁸. En el ámbito concreto del derecho de familia, el principio de libertad personal se combina con la libertad religiosa y de conciencia y el libre desarrollo de la personalidad⁴⁹ para configurar un sector del ordenamiento cada vez menos intervenido, pero en el que aún son necesarias ciertas cautelas, particularmente en orden a garantizar que la elección sea libre y no haya discriminación o imposiciones de género contrarias al principio de igualdad de sexos⁵⁰.

Este principio de libertad, que no de absorción o integración, justifica directamente la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de familia, como mecanismo para promover esa plenitud y participación voluntaria en la vida cultural y social. Tanto en Europa como en Norteamérica, los importantes movimientos migratorios hacen que residan en estos países multitud de extranjeros que por razones demográficas y económicas tiene un acceso limitado a la adquisición de la nacionalidad⁵¹. Y aún cuando fuera por el deseo personal de mantener su nacionalidad, una residencia continuada aconseja conceder la libertad de optar, en particular, por la ley de su residencia. De esta forma, se adecua una política de integración o asimilación con el debido respeto a la libertad individual y cultural de los inmigrantes⁵². Todo ello justifica que deba enervarse la limitación en la elección de la ley aplicable a las

bien abre la posibilidad de que cualquiera pueda someter el régimen de su nombre y apellidos a su ley nacional (art. 37.2º de la Ley de 1987: Cf. F. Sturm, "Die Parteiautonomie in sweizerischen IPR-Gesetz", *Freiheit und Zwang. Festschrift für Hans Geiger*, Berna, 1989, p. 686).

⁴⁷ P. Gannagé ha puesto de manifiesto que la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de familia no encuentra, obviamente, la misma justificación en el mundo occidental que en los países con sistemas plurilegislativos de base personal (cf., "La pénétration...", *loc.cit.*, pp. 430-432).

⁴⁸ Vid. en este sentido J.-Y. Carlier, *op.cit.*, pp. 239-241; P. Gannagé, "La pénétration...", *loc.cit.*, p. 426; F. Schwind, "Neue Tendenzen im Internationalen Privatrechts", *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1989, p. 107.

⁴⁹ Vid. J. Carrascosa González, *Matrimonio y elección de Ley*, Granada, Comares, 2000, pp. 67-69.

⁵⁰ Vid. B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, París, LGDJ, p. 40.

⁵¹ Este dato es puesto de relieve convenientemente por J.-Y. Carlier, *op.cit.*, pp. 234-239.

⁵² Vid. P. Gannagé, "La pénétration...", *loc.cit.*, p. 428.

relaciones entre los cónyuges cuando media nacionalidad común, obstáculo insalvable a la luz de legislaciones *a priori* progresistas como la española o la alemana (art. 9.º C.c. español, y arts. 14 y 15 E.G.B.G.B., respectivamente).

La vinculación de este principio de libertad con la naturaleza personal de las instituciones impone límites de proximidad a la autonomía conflictual, que evite eventuales fraudes. Normalmente, junto a la nacionalidad como conexión principal, la elección debe reducirse a conexiones objetivas que presenten un grado de vinculación personal y social del individuo o grupo, particularmente la residencia habitual. De ahí que la técnica de la *professio iuris* se presente como la más válida en este sentido⁵³. Pero, en suma, la expansión de la autonomía conflictual en materias no patrimoniales confirma, según palabras de K. Siehr, un "cambio definitivo de valores" en el ámbito del Derecho internacional privado⁵⁴, una nueva orientación hacia un principio de libertad individual y de los grupos, atenta al respeto de la libertad de creencias y culturas, consecuente con un Derecho internacional privado más orientado al individuo y a su función como canal de comunicación intercultural. Esta es la opción, por otra parte, recogida en la *Res. I.D.I. de El Cairo de 1987*.

C) Correctivos materiales

14. La perspectiva conflictual no es suficiente, sin embargo, para dar una respuesta completamente eficiente a las situaciones familiares internacionales en que colisionan distintas concepciones culturales. Finalmente, la técnica conflictual "nacionaliza" situaciones heterogéneas y genera "conflictos ocultos". El análisis en dos escalones (*Zweistufentheorie*) trata de dar respuesta, desde el Derecho de familia, a esta rémora clásica del planteamiento savignyano⁵⁵. Las *Sents. Hoge Raad de 18 de noviembre de*

⁵³ Vid. J.-Y. Carlier, *op.cit.*, pp. 257-270; G.A.L. Droz, *loc.cit.*, pp. 242-243; A.E. Von Overbeck, "La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé", *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Genk, 1966, pp. 1.085 ss.; F. Vischer, "General Course on Private International Law", *R. des C.*, t. 232 (1992-I), pp. 127-128.

⁵⁴ Vid. "Die Parteiautonomie...", *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 509.

⁵⁵ Tal y como ha expuesto la doctrina alemana (*vid.* M. Keller y K. Siehr, *Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986, pp. 516-524; H.J. Hessler, *Sachrechtliche Generalklauseln und internationale Familienrecht. Zu einer zwistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, Munich, 1985; E. Lorenz: "Zweistufen theorie des IPR und ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht", *Fam.R.Z.*, 1987, pp. 645-653), la *Zweistufentheorie* responde básicamente a la misma propuesta del Cripto-Derecho internacional privado de H. Jessurun d'Oliveira (*vid.* "Krypto-Internationales Privatrecht", *Z.f.Rvgl.*, 1986, pp.

1983, 28 de noviembre de 1984 y 30 de marzo de 1984, extraídas por H. Jessurun d'Oliveira, ilustran este método en sendos supuestos de contratos laborales con elemento internacional, en que el despido afectaba, respectivamente, a ciudadanos chino, marroquí y turco, empleados en los Países Bajos. Pese a la aplicabilidad de la ley holandesa (*lex fori* y *lex causae*), el Tribunal tuvo en cuenta la diversidad cultural del caso y el Derecho de origen para determinar cuestiones tales como la configuración de la relación patrono-empleado o la legitimidad de una ausencia laboral motivada por razones de desplazamiento al país de origen o convicciones religiosas (Ramadán). En estos casos, aunque el primer escalón remite a la *lex fori*, en un segundo escalón se tiene en cuenta el elemento extranjero e intercultural para interpretar el Derecho nacional a la luz del Derecho extranjero, quizá considerado como simple dato, con el único fin de incorporar a la decisión las diferencias culturales, religiosas y sociales que pueden apuntar a una decisión más modulada o incluso antagónica respecto de aquellos supuestos en que no concurren tales diferencias, por ejemplo considerando improcedente un despido laboral⁵⁶.

15. El correctivo clásico del “orden público” se erige como un elemento de equilibrio insoslayable en un sentido inverso: como “límite a la tolerancia”. Aunque deba partirse de un concepto “atenuado” de orden público, que limite su intervención a aquellos casos en que resulte auténticamente imprescindible para garantizar una protección material e individual de los derechos fundamentales, su presencia es inevitable. El correctivo debe funcionar en todo caso con la necesaria sensibilidad hacia la diversidad cultural, lo que no es incompatible con una tutela efectiva de los derechos humanos. En Europa, este planteamiento ha trascendido a la hora de interpretar el correctivo de orden público, particularmente en el ámbito del Derecho de familia. E.

246-262; *Id.*, “Nota a la Sent. Hoog Raad de 10 de diciembre de 1976”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1978, p. 107). La idea ya está presente en W. Wengler (*Internationales Privatrecht*, t. I, Berlín, 1981, pp. 264 ss.) También tiene en común con la *Datumtheorie* de A.A. Ehrenzweig el hecho de modular la respuesta conflictual (particularmente al resultar aplicable la *lex fori*), atendiendo al Derecho extranjero en cuanto hecho, si bien los planteamientos teóricos difieren (*vid.* AA.VV.: *Albert A. Ehrenzweig und das internationales Privatrecht*, Heidelberg, 1986, especialmente H.J. Hessler, “Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts”, *ibíd.*, pp. 137-141; también E. Jayme, “The American Conflict Revolution and its Impact on European Private International Law”, *Forty Years on: the Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, pp. 26-27).

⁵⁶ *Vid.* otros ejemplos en A. Borrás Rodríguez, “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, *El Islam jurídico y Europa, op.cit.*, pp. 181-189.

Jayne se refiere a la concreción del orden público como correctivo funcional, concretamente cuando la pauta de valoración se extrae de un convenio internacional, aunque no se halle en vigor en el foro⁵⁷. Pues bien, con carácter general, esta apertura valorativa, fruto del fenómeno multicultural, redunda en beneficio de un principio de libertad personal, reconocido con carácter general en las Constituciones de los países occidentales. A ello se añade, como contrapunto, que los movimientos migratorios generan una vinculación de las relaciones jurídicas familiares con el país de inmigración (*Inlandsbeziehung*) que muy a menudo parece justificar una acción discriminada del orden público, que se ampara no tanto en parámetros jurídicos como antropológicos. En muchos casos, la normativa extranjera contraria al orden público encuentra una explicación antropológica que no es ya defendible en otro contexto territorial y cultural, lo que facilita la actuación del correctivo de orden público y el papel dominante de la *lex fori*⁵⁸. Analizaremos algunas de sus manifestaciones singulares en los apartados siguientes.

2. Luces, sombras y zonas grises

A) Celebración del matrimonio

16. La libertad en la elección de la forma de celebración del matrimonio constituye, sin duda, un aspecto positivo en la adecuación del Derecho internacional de la familia a la realidad multicultural⁵⁹. El sistema español puede ser un buen ejemplo de esta

⁵⁷ Cf. "Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 82, Universidad Central de Venezuela, 1991, pp. 253-260, esp. pp. 255-256.

⁵⁸ Esta tesis se mantiene singularmente en la obra de M-C. Flobets, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique (antropologie juridique et immigration)*, París, Karthala, 1994. Existen muy variadas manifestaciones de esta realidad. Como ejemplo, el nuevo protagonismo económico de la mujer senegalesa en Europa produce una evicción de la poligamia [cf. E. Evers Rosander, "El dinero, el matrimonio y la religión. Comerciantes senegalesas en Tenerife (España)", *Mujeres de un solo mundo: globalización y multiculturalismo*, Granada, Universidad de Granada, 2002, p. 153].

⁵⁹ Vid. especialmente el extenso y documentado estudio de I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999, singularmente pp. 60-74 y 122-194 sobre el matrimonio islámico y el matrimonio en los Estados musulmanes. Sobre este último, también A. Motilla y P. Lorenzo, *Derecho de familia islámico: los problemas de adaptación al sistema español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 29-43. Sobre el matrimonio en los Estados musulmanes, vid. en especial D. Pearl y W. Menski, *Muslim Family Law*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1998, pp. 139-398. Un compendio de legislación en materia de matrimonio y divorcio en los países árabes,

apertura desde las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueban los Acuerdos entre el Estado español con la Federación de Entidades religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, viniendo a unirse con el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 para habilitar cuatro ritos de celebración religiosa alternativos a la forma “civil”: canónico, hebrero, evangélico e islámico. El único borrón de esta normativa es que únicamente se admite el matrimonio canónico como forma religiosa cuando se trate de aplicar la ley española a un matrimonio celebrado fuera de España cuando al menos uno de los contrayentes es español, lo que no casa bien con el principio de aconfesionalidad del Estado⁶⁰. En esta reglamentación, el respecto a la identidad cultural se mantiene con sensibilidad y, a la vez, despejando cualquier duda sobre principios esenciales tales como la libertad para contraer matrimonio y la integridad del consentimiento matrimonial. De ahí que el consentimiento del *walí* o tutor matrimonial en el matrimonio según el rito islámico sea intrascendente para la validez del matrimonio, por cuanto se exige y garantiza la concurrencia de un consentimiento libre e incondicionado por parte de los contrayentes. Al margen de que el *walí* exprese formalmente el consentimiento siguiendo el mandato de la esposa, como ocurre en el Derecho marroquí, o su intervención sea más decisiva, el consentimiento de la esposa debe ser asimismo expresado de forma individual en las condiciones formales requeridas⁶¹. Otra cosa es que el *walí* pueda participar de forma igualmente folclórica a como en las bodas reales en España el monarca asiente con un gesto previo a la expresión del consentimiento matrimonial por príncipes e infantes. En el mismo sentido, los países occidentales no han tenido excesivos problemas a la hora de admitir la dote propia del matrimonio islámico, reconduciendo su régimen a figuras como la deuda

con un capítulo previo sobre dichas materias en los sistemas no codificados, puede encontrarse en inglés en D. Sudqui El Alami y D. Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*, Londres, Kluwer. 1996.

⁶⁰ Vid. N. Marchal Escalona, “Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la D.G.R.N.”, *La Ley*, núm. 4175, 27-11-96, pp. 1-7.

⁶¹ Vid. sobre esta aspecto y su régimen diferencial en el sistema español en relación con las formas de matrimonio hebrea y evangélica, I. García Rodríguez, *op.cit.*, p. 241; M.D. Adam Muñoz, *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, pp. 69-71.

alimenticia, el contrato o el régimen económico matrimonial, si bien con ciertos apuros y dudas a la hora de proceder a determinar su correcta calificación⁶².

17. En contrapartida, el aspecto más negativo del moderno Derecho internacional privado de la familia trae causa, nuevamente, en la contaminación provocada por la política de inmigración y las normas de Extranjería. Se trata de los llamados “matrimonios de conveniencia”, “por complacencia”, “simulados” o “fraudulentos”. Las ventajas que el matrimonio proporciona para obtener la residencia legal o facilitar el acceso a la nacionalidad facilita el recurso fraudulento a dicha institución. Para evitarlo, las políticas de inmigración contaminan el Derecho civil, procediendo a establecer presunciones objetivas de consentimiento simulado⁶³, cuyo rigor implica en muchos casos una vulneración frontal del derecho a contraer matrimonio y de otros derechos fundamentales⁶⁴; además, altera el carácter del consentimiento matrimonial en el

⁶² Vid. especialmente E. Zabalo Escudero, “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 246-252; *id.*, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 15-18. También A. Motilla y P. Lorenzo, *op.cit.*, pp. 151-153.

⁶³ En el ámbito de la Unión Europea, la *Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997* sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos establece una orientación parecida, fijando una serie de presunciones para considerar fraudulento un matrimonio: no mantenimiento de la vida en común; ausencia de contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; el hecho de que se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el hecho de que medie un pago por contraer el matrimonio; los antecedentes de alguno de los cónyuges en este tipo de conductas. La detección de uno de estos factores obliga a los Estados a no expedir el permiso de residencia hasta que la autoridad competente compruebe que no se trata, en efecto, de un matrimonio fraudulento. En caso contrario, el permiso o autorización de residencia por matrimonio se revocará, se retirará o no se renovará. Evidentemente, la disposición comunitaria no prevé ni puede prever la nulidad del matrimonio, agotando su eficacia en el terreno del Derecho de Extranjería.

⁶⁴ La reciente experiencia española puede servir de ilustración, por la frecuencia demostrada con que las autoridades yerran en la apreciación, perjudicando el derecho fundamental a contraer matrimonio (art. 32 C.E.). Estos errores se ponen de manifiesto, en especial, en los supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero, cuya inscripción se rechaza por el Consulado, así como el correspondiente recurso ante la D.G.R.N. Al intentar inscribirse posteriormente el mismo matrimonio en el Registro Central, se vuelve a rechazar por fraudulento, y se vuelve a recurrir a la D.G.R.N. En este último recurso, la Dirección repara en que ha pasado ya un buen tiempo y se acumulan los indicios de que, realmente, el matrimonio era auténtico, pese a la “absoluta certeza” del método seguido. En lugar de reconocer su error al considerar fraudulento un consentimiento que fue

matrimonio civil, que de suyo es independiente de la finalidad perseguida con el matrimonio, suscitando una vuelta al matrimonio romano-canónico. En muchos casos, las presunciones operan con criterios abiertamente discriminatorios y escasamente respetuosos con la convivencia multicultural. Así, a veces se emplea como argumento favorable a la validez del matrimonio el hecho de que ambos contrayentes profesen la misma religión o el contrayente español ostente asimismo o haya ostentado la nacionalidad extranjera del otro contrayente⁶⁵. Por lo demás, esta intromisión de las políticas de extranjería en el Derecho matrimonial acaba alterando las propias reglas de Derecho internacional privado, partidarias de someter el consentimiento y la capacidad matrimonial a la ley personal, cuando, en realidad, se sujetan a la *lex fori* sin excesivos argumentos⁶⁶.

auténtico, la D.G.R.N. , con harto cinismo, habla de “hechos nuevos”. La frecuencia de esta hipótesis es tal que ha dado lugar a una nueva rúbrica en el catálogo de calificación del propio Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado exclusivamente referida a tales casos: “Matrimonio celebrado en el extranjero.- Se ordena su inscripción en el Registro Central, a pesar de que fue denegada en el Registro Consular, porque hay hechos nuevos que justifican la existencia de consentimiento matrimonial”. Ciertamente no hay ningún hecho nuevo, pues el consentimiento sigue siendo el mismo, a no ser que la DGRN opte por la “posesión de estado”. Más bien lo que hay son errores viejos que se subsanan pasado el tiempo que los revela. Al mismo tiempo, la doctrina de la D.G.R.N. acerca de los matrimonios de conveniencia ha generado una auténtica discriminación entre españoles según la nacionalidad de la persona con quien pretendan contraer matrimonio (art. 14 C.E.), que ha sido puesta de relieve por la *Sent. Aud. Prov. de Barcelona de 16 de octubre de 2000*, en relación con uno de los indicios habitualmente considerados como sospechosos: la diferencia notable de edad. *Vid.* más extensamente S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la D.G.R.N. acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional (homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero)*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 247-273, *id.* “La contaminación del Derecho de familia por el Derecho de Extranjería: el ejemplo de los matrimonios de conveniencia”, *Derechos humanos e inmigración*, Motril, 2002, pp. 67-92.

⁶⁵ Así, las *Ress. D.G.R.N. española de 10 de abril de 2000 (2ª) y de 22 de mayo de 1999 (1ª)*.

⁶⁶ Debe señalarse que, en principio, en España la práctica exige que al menos uno de los contrayentes sea español, pues, formalmente, este control de la capacidad se realiza sobre la base de la aplicabilidad de la ley española (art. 9.1º del C.c.). Ello parece justificar la imposibilidad de juzgar un eventual fraude en el consentimiento si ambos son extranjeros, aunque no de ellos haya adquirido posteriormente la nacionalidad española [*Ress. D.G.R.N. (1ª) de 26 de noviembre de 2001, (2ª, 3ª, 4ª y 5ª) de 11 de septiembre de 2002, (5ª) de 29 de junio de 2002*]. La incoherencia es manifiesta cuando se aplica la doctrina del Derecho español acerca del matrimonio simulado o fraudulento a un matrimonio entre una nigeriana y un alemán [*Res. D.G.R.N. (1ª) de 9 de marzo de 2001*]. Evidentemente, al tratarse de un ciudadano comunitario, las cautelas del Derecho de extranjería vuelven a emerger sin justificación legal alguna, demostrando que la referencia a las normas básicas del Derecho civil o internacional privado es una pobre

18. El tratamiento de la poligamia nos sumerge en una zona gris, donde se producen los casos auténticamente difíciles. Por definición, la poligamia es considerada en muchos sistemas una práctica contraria a la dignidad de la mujer y, en consecuencia, incompatible con sus derechos fundamentales. En la práctica totalidad de las democracias occidentales resulta imposible concluir un segundo matrimonio válido mientras no se disuelva el anterior, y la bigamia puede constituir un ilícito penal⁶⁷. También acontece así, por cierto, en algunos países arabo-musulmanes como Túnez o Turquía, a pesar de que el Corán tolere la poligamia según la interpretación más común⁶⁸. Consecuentemente, es perfectamente comprensible que el impedimento de ligamen se erija en una cuestión de orden público, más acentuada cuanto mayor sea la

excusa que no logra ocultar el funcionamiento de la D.G.R.N. como una extensión del Ministerio del Interior.

⁶⁷ Así en todos los países de la Unión Europea (*vid.* S.A. Aldeeb Abu-Sahlieh y A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude e 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)*, Zurich, Schulthess Polygraphischer, 1999, pp. 101 ss.).

⁶⁸ Y esta es la expresión correcta, pues, aunque la poligamia es lícita, se trata de una excepción únicamente “tolerada” en razón de necesidades procreativas, pero en realidad no bien vista moralmente, desde los postulados islámicos establecidos a partir de El Corán, particularmente en el rito malequita (*vid.* M.A. Al-Midani, “La famille musulmane et la Sharia”, *Le droit de la famille en Europe*, Estrasburgo, Presses Universitaires, 1992, pp. 34-36; F-J. Pansier y K. Guellaty, *Le droit musulman*, París, puf, 2000, p. 61). *Vid.* asimismo las reflexiones de A. Motilla, “Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica”, *El matrimonio islámico y su eficacia en el sistema español*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 156-162; A. Motilla y P. Lorenzo, *op.cit.*, pp. 141-147; A. Rodríguez Benot, “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 27-38). Por esta razón, desde la propia doctrina arabo-musulmana se viene advirtiendo que una posición liberal frente a la poligamia por parte de los países laicos tendría el efecto pernicioso de otorgar un crédito adicional a una institución que es criticada en el mismo seno de su medio de origen (*cf.* A.K. Elgeddawy, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1971, p. 143). Sobre la vinculación entre poligamia y orden público *vid.* asimismo I. García Rodríguez, *op.cit.*, pp. 276-284, quien realiza asimismo afirmaciones que sugieren la posibilidad de reconocer la poligamia como una opción válida y conforme al orden público, pues a su juicio, y entre otras razones, se trata de una contradicción económica, más que moral, desde el momento en que se admite, al menos de hecho, la monogamia simultánea con una unión de hecho (*ibíd.*, pp. 305-306). De la misma autora: “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 143-220.

vinculación con el foro (*Inlandsbeziehung*) -especialmente si el primer cónyuge es nacional del Estado de inmigración-, y cualquiera que sea la ley nacional del contrayente polígamo y lo que establezca acerca de su capacidad nupcial⁶⁹. Se trata de una intervención del orden público muy similar a que procede, por ejemplo, frente al impedimento de disparidad de cultos⁷⁰.

Ahora bien, la circunstancia señalada exige un tratamiento más atenuado en otras circunstancias. Por una parte, no hay inconveniente en reconocer la eficacia de matrimonios “potencialmente poligámicos”. Así, la Ley británica de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995 ha procedido a aceptar la validez de los matrimonios celebrados fuera del Reino Unido que, aun contraídos conforme a una ley que permita la poligamia (potencialmente poligámicos), resulten ser monógamos en la práctica⁷¹. También resulta indicado la extensión al matrimonio poligámico del tratamiento propio del matrimonio putativo, y la permanencia de ciertos efectos para el contrayente de buena fe o los hijos⁷². Es bien conocida, asimismo, la tendencia jurisprudencial de algunos países europeos y americanos en orden al reconocimiento de determinados efectos del matrimonio poligámico, que si bien no pueden alcanzar la validez del vínculo, sí permiten el reconocimiento de derechos de alimentos y

⁶⁹ Aunque válido sólo hasta principios de los años setenta, es interesante el estudio comparado del reconocimiento de la poligamia y del repudio en varis países occidentales de P. Mercier, *Conflicts de civilisations en droit international privé. Polygamie et répudiation*, Ginebra. Droz, 1972, esp. pp. 31-87.

⁷⁰ Así, la prohibición contenida en algunos sistemas de inspiración islámica acerca del matrimonio de una mujer con un varón que no sea musulmán, o por motivo de disparidad de cultos, no será admisible por contradecir tanto el principio de no discriminación por razón de sexo como el principio de libertad religiosa. *Ad. ex.* en España *Res. D.G.R.N. (1ª) de 10 de junio de 1999*. Sobre esta cuestión *vid.* A. Motilla y P. Lorenzo, *op.cit.*, pp. 149-150.

⁷¹ *Vid.* P. Orejudo Prieto, “Ley británica de Derecho internacional privado de 8 de noviembre de 1995”, *R.E.D.I.*, vol. XLVIII, 1996-2, pp. 341-342. Se trata de la conclusión de una reflexión doctrinal que nace del asunto *Hyde v. Hyde* en 1866, y que aparece bien resumida por A.K. Elgeddawy, *op.cit.*, pp. 192-193. Para un estudio comparado, con especial referencia al sistema británico, *vid.* L. Palsson, *Marriage and Divorce in Comparative Conflict of Laws*, Países Bajos, Sijthoff, 1974, pp. 150-170.

⁷² *Vid.* B. Ancel, “Le statut de la femme du polygame”, *Le droit de famille è l'épreuve des migrations transnationales*, París, LGDJ, 1993, pp. 106-123, esp. p. 110; A. Motilla, *loc.cit.*, *op.cit.*, pp. 161-162; M. Alenda Salinas, “Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, 308-311.

sucesorios o prestaciones sociales para el segundo o ulteriores “cónyuges”⁷³. En efecto, pese a la ineficacia legal del matrimonio poligámico, es posible que los inmigrantes procedentes de otras culturas vivan “de hecho” en semejante situación. En tales casos, un efecto atenuado del orden público aconseja prorratear derechos sucesorios o alimenticios entre todos los cónyuges. De igual modo, la prohibición de la poligamia tampoco aconseja optar en el Derecho de extranjería por preterir a los sucesivos cónyuges en derechos como la reagrupación familiar, reservando el privilegio al primer cónyuge o, aún peor, al que elija el propio reagrupante, tal y como se contempla en un buen número de normativas europeas y occidentales⁷⁴. Tampoco resulta saludable la denegación de residencia al extranjero polígamo, pues incita a la práctica del repudio. Así P. Lagarde rescata el ejemplo de la respuesta del Ministerio de Asuntos Sociales

⁷³ Singularmente en Francia, aunque dichos efectos no van más allá de la igualdad económica ni contamina los efectos personales. Así, según *Sent. Tribunal de Grand Instance de Versailles de 31 de mardo de 1965*, el marido polígamo no puede imponer a la primera esposa la presencia de la segunda en el domicilio conyugal (*Journ.dr.int.*, 1966, p. 97 y nota de A. Ponsard). Cf. A.K. Elgeddawy, *op.cit.*, pp. 215-257; D. Alexandre, “L’intervention de l’ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français”, *Le droit de la famille en Europe*, Estrasburgo, Presses Universitaires, 1992, pp. 111-112. M. Aguilar Benítez de Lugo, “Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad”, *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2001, pp. 322-327. En EE.UU. la jurisprudencia ha reconocido los derechos sucesorios de dos esposas pakistaníes en el asunto *Re Dalip Singh Bir’s Estate* de 1948 (cf. P. Mercier, *op.cit.*, p. 72). En realidad, como bien apunta J.M. Espinar Vicente, el orden público resulta necesariamente relativo para aquellos sistemas que admiten la “poligamia sucesiva”, y contemplan un régimen de relaciones patrimoniales que afecta a las relaciones de un sujeto con su cónyuge y otros eventuales excónyuges (Cf. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacionalk privado*, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 26-27).

⁷⁴ En el ámbito de la Unión Europea, el art. 4.4 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, no permite la reagrupación de otro cónyuge en el caso de matrimonios poligámicos, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, y permite a los Estados miembros el establecimiento de límites adicionales de los hijos menores del otro cónyuge y del reagrupante (*D.O.C.E. L 251/12 3.10.2003*). Vid. I. Blázquez Rodríguez, “La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, *Portularia. Revista de Trabajo Social*, vol. 3, 2003, p. 273; M.P. Canedo Arrillaga, “La Propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar; algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 134-141. *Id.*: “Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 203-205.

francés a un argelino que vive en Francia y desea obtener la nacionalidad francesa, instándole al compromiso de repudiar a su mujer que permanece en Argelia⁷⁵.

Estas reflexiones acerca de la zona gris de la poligamia nos lleva a formular un principio general: los derechos fundamentales que están en la base de los límites a la tolerancia que encierra el correctivo de orden público no pueden conducir en ningún caso a un perjuicio material o una restricción de los derechos sustantivos o procesales de la persona cuyos derechos individuales tratan de garantizarse.

B) Relaciones entre los cónyuges

19. Como ya se ha señalado, el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges (art. 9.2º del C.c. español) es, en realidad, el único supuesto en que el legislador español ha previsto la autonomía conflictual, en un sentido estricto⁷⁶, si bien este modelo ha sido aplaudido por su carácter progresista dentro del marco comparado⁷⁷. El abanico de opciones (ley de la nacionalidad o de la residencia de cualquiera de los contrayentes) parece lo suficientemente abierto, aunque no así las rígidas condiciones formales y temporales a que se somete dicha elección. Con todo, y a pesar de que la disposición resulta, en efecto, notablemente progresista, si se compara con la mayoría de los sistemas comparados, su principal defecto radica en impedir dicha elección cuando ambos contrayentes ostentan la misma nacionalidad (al igual que en Alemania), a diferencia de otros sistemas en que la autonomía conflictual es la conexión prevalente. La preeminencia de la ley nacional común es un resabio del tributo que rinde nuestro Derecho internacional privado histórico a la ley nacional, como dominadora del estatuto personal. Exceptuar dicho supuesto de la libre elección no se acomoda la concepción actual de la nacionalidad como vínculo estrictamente político, desprovisto de las connotaciones de vinculación sociológica que las rigurosas normas de inmigración se han encargado de hacer desaparecer. En un sector cada vez más “privado” se impone orientar las normas hacia los intereses de los particulares, evitando además supuestos de discriminación por razón de nacionalidad. Un español tiene

⁷⁵ Vid. “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, *Nouveaux itineraries en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 281.

⁷⁶ Para un análisis más detallado de nuestra reglamentación vid. J. Carrascosa González, *op.cit.*, pp. 123-179.

⁷⁷ Vid. el análisis comparado de I. Viarengo, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1996, pp. 167-202.

libertad para diseñar sus relaciones matrimoniales en el supuesto en que contraiga matrimonio con un extranjero, pero no si lo hace con alguien de su misma nacionalidad. E idéntica discriminación padece un portugués o portuguesa residente en España que decide contraer matrimonio con una portuguesa o con un portugués. Si el sistema jurídico español, aún admitiendo la residencia en España de un matrimonio entre sujetos que ostentan la misma nacionalidad extranjera, limita considerablemente sus opciones para adquirir la nacionalidad española, resulta criticable que ni siquiera puedan optar por el Derecho español, correspondiente a su residencia, para regir sus relaciones matrimoniales, cuando un dilatado período de residencia en España puede haber provocado, de hecho, su integración social y la adquisición, por así decirlo, de la nacionalidad sociológica española. Una opción libre por la ley de su nacionalidad o por la ley española, como ley de la residencia, permite facilitar la integración voluntaria, pero habilita asimismo el respeto a su propia identidad cultural, amén del libre desarrollo de la personalidad. Estas son las razones que avalan la justa crítica a este precepto por parte de la doctrina española⁷⁸.

C) Divorcio y repudio

20. La disolución del matrimonio suscita igualmente luces, sombras y zonas grises cuando se pone en contacto con la diversidad cultural. Entre las luces, destaca la posibilidad del reconocimiento transfronterizo de divorcios *inter privatos*. Mientras que en muchos ordenamientos el divorcio exige la intervención judicial, en otros se trata de un acto más informal, eficaz incluso sin la intervención de una autoridad judicial, singularmente cuando la disolución del matrimonio se produce de mutuo acuerdo. Se trata de un práctica legal en países asiáticos, escandinavos, islámicos, pero también en modelos más cercanos, como el cubano. El Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970 sobre reconocimiento de divorcios y separaciones ya había tenido presente esta diversidad “cultural”. Sobre esta base, el sistema español comenzó a partir de 1996 (*Sent. T.S. de 1 de octubre y 19 de noviembre de 1996*) a reconocer divorcios privados en cuyo procedimiento intervenían autoridades no judiciales⁷⁹, a cambio de que la

⁷⁸ Vid. A. Borrás Rodríguez, *loc.cit.*, p. 629. J. Carrascosa González, *op.cit.*, pp. 144-149; S. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, vol. XLVI, 1994-2, p. 575.

⁷⁹ En consecuencia, no puede admitirse actualmente la afirmación de que resulta contrario al orden público la disolución del matrimonio sin la intervención de una autoridad judicial, tal y como defienden algunos autores (*ad.ex.* M. Moreno Antón, “El

autoridad no actuara como simple fedatario público y de alguna manera llevara a cabo cierta fiscalización de la ruptura del vínculo, sus consecuencias sobre los hijos menores, etc. En la práctica, esta doctrina ha conducido a cierta diferenciación o discriminación según el origen, facilitando únicamente el reconocimiento de los divorcios *inter privatos* originados en aquellos Estados más cercanos a nuestra cultura o civilización⁸⁰, pretiriendo las fórmulas características de los modelos islámicos.

21. En efecto, las sombras aparecen con frecuencia en torno a la eficacia de las fórmulas islámicas de repudio, particularmente si éste tiene lugar en el país de

matrimonio islámico ante el Derecho español”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y en el Derecho comparado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2001, p. 626).

⁸⁰ Los divorcios de mutuo acuerdo mediante escritura notarial en Cuba son reconocidos con normalidad, dado que la legislación cubana atribuye a los notarios autorizantes las competencias de control aludidas, e incluso la conversión del expediente en contencioso, razones suficientes para justificar su reconocimiento, habida cuenta del carácter definitivo de la extinción del vínculo matrimonial (*Autos T.S. de 4 de febrero de 1997, 12 de mayo de 1998, 7 de julio de 1998, 15 de junio de 1999, 5 de octubre de 1999, 23 de noviembre de 1999, 15 de febrero de 2000, 14 de marzo de 2000*). Los supuestos en que se ha denegado el reconocimiento obedecen a la falta de competencia de la autoridad de origen, por ejemplo tratándose de dos españoles residentes en España (*Auto T.S. de 15 de febrero de 2000*). El mismo trato favorable reciben los divorcios de mutuo acuerdo ante el Encargado del Registro Civil característicos de la legislación mexicana (*Auto T.S. de 29 de octubre de 1998*), o el divorcio administrativo japonés (*Autos T.S. de 24 de noviembre de 1998 y 20 de mayo de 2002*), danés (*Auto T.S. de 8 de julio de 2003*) o islandés (*Auto T.S. de 13 de octubre de 1998*). En el caso del divorcio de mutuo acuerdo ruso, el criterio debe ser el mismo, si bien precisan exequátur, pues el Convenio bilateral sólo se extiende a las resoluciones judiciales [*Res. D.G.R.N. (5ª) de 14 de mayo de 2001*]. Mayores problemas plantea el reconocimiento del divorcio *inter privatos* procedente de Marruecos u otros países islámicos. En una serie de resoluciones iniciales (*Autos T.S. de 6 de febrero de 1998, 23 de julio de 1998*) se rechaza el reconocimiento de divorcios acordados por acta de los Adules notarios adscritos a la sección notarial de los Tribunales de Primera Instancia de Marruecos, por no acreditar la irrevocabilidad de la disolución y no aportar el informe exigido con vistas a probar el carácter de las funciones de los Adules autorizantes, en concreto, sobre su intervención constitutiva, y no meramente como fedatarios públicos, si bien lo cierto es que estos actos de los Adules vienen refrendados por la autoridad judicial, y no deberían plantear problemas acerca del carácter de la intervención de la autoridad. Más recientemente, la entrada en vigor del Convenio bilateral con Marruecos ha producido el traslado de esta cuestión a los Juzgados de Primera Instancia, por resultar incompetente el Tribunal Supremo (*Autos T.S. de 13 de octubre de 1998, 24 de noviembre de 1998, 16 de marzo de 1999, 23 de noviembre de 1999*). *Vid.* para el reconocimiento en Brasil del divorcio privado japonés C. Lima Marques, “O direito internacional privado solucionando ‘conflitos de cultura’: os divorcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 547-572.

inmigración⁸¹. En el caso de los países de cultura islámica, el reconocimiento del divorcio *inter privatos* suscita inconvenientes de fondo, más que de forma. Básicamente, las fórmulas de repudio pueden ser contrarias al orden público, al ser privilegio del marido y vulnerar el principio de igualdad de sexos. En segundo lugar, los mecanismos de repudio conllevan a menudo una indefensión procesal de la esposa, e, igualmente, debe tenerse en cuenta que el repudio suele ser revocable. Sin embargo, no debe descartarse taxativamente la posibilidad de reconocer en los países occidentales un repudio islámico, incluso pronunciado en sus territorios⁸². La revocabilidad, de un lado, no es absoluta. Así el tercer

⁸¹ En el Reino Unido el reconocimiento de la disolución del matrimonio por *talaq* (entendido estrictamente como repudio y no como divorcio judicial, si bien el término engloba a ambos) no plantea problemas si se realiza en el país de origen. Sin embargo, si se lleva a cabo en el Reino Unido carece de efectos, y debe recurrirse al procedimiento judicial inglés (Sentencia de la *House of Lords* en el caso “Fátima” en 1986; *vid.* por todos D. Pearl y W. Menski, *op.cit.*, pp. 87-106), lo que invita a un simple desplazamiento al país de origen, tal vez vacacional, que es aprovechado para un repudio eficaz. En Alemania, el tratamiento es muy similar, y ha dado lugar a severas críticas por el tratamiento diferencial que conlleva (*vid.* D. Gordon, “Ghulam Fatima: Extra-judicial Divorces and the House of Lords”, *Family Law*, 1986, pp. 169 ss.). *Vid.* asimismo el planteamiento comparado de F. Boulanger, *Droit civil de la famille*, t. II, París, Economica, 1994, pp. 522-530, y, para el caso de Francia, la documentada monografía de R. el-Housseini Begdache, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, París, LGDJ, 2002. En el caso de Francia, al igual que ocurre con el matrimonio poligámico, el reconocimiento del repudio se hace depender en buena medida de la *Inlandsbeziehung*, resultando más restrictivo si afecta a matrimonios domiciliados en Francia o a cónyuges de nacionalidad francesa (*vid.* una defensa doctrinal de este criterio en H. Gaudemet-Tallon, “La desunión du couple en droit international privé”, *R. des C.*, t. 226 (1991-I), pp. 270-271; D. Alexandre, “La protection de l’épouse contre la répudiation”, *Le droit de famille à l’épreuve des migrations transnationales*, París, LGDJ, 1993, pp. 140-142). A nuestro juicio, este funcionamiento del orden público tiene el inconveniente de una gradación *ratione personae* de un orden público inspirado en la protección de derechos fundamentales, hecho de escasa justificación si se pretende sobreponer la conveniencia de evitar situaciones claudicantes sobre cuestiones más esenciales como la dignidad humana.

⁸² La jurisprudencia francesa, concretamente, ha protagonizado una atenuación del correctivo de orden público frente a la unilateralidad y revocabilidad del repudio (*cf.* R. el-Housseini Begdache, *op.cit.*, pp. 153-165), e incluso la doctrina ha defendido la posibilidad de un repudio pronunciado en Francia –por analogía con el matrimonio consular (*cf.* J. Déprez, *loc.cit.*, pp. 159-160)-, hechos que han provocado una reacción crítica de la doctrina árabe más progresista, esencialmente en Túnez o Turquía (*cf.* en relación con este último T. Yücel, “Les traits essentiels du droit familial”, *Le droit de famille en Europe*, Estrasburgo, Presses Universitaires, 1992, pp. 172-173; M. Zwahlen, *Le divorce en Turquie*, Ginebra, Droz, 1981), países que aplican con rigor el orden público para negar efectos frontalmente efectos al repudio o la poligamia admitidos en otros países islámicos (*cf.* K. Meziou y A. Mezghan, “Les musulmans en Europe. L’application de la loi nationale au statut personnel: essai de clarification”, *Cahiers des droits Maghrebins*, 1995, pp. 65 ss).

repudio tras dos repudios sucesivos es irrevocable en el Derecho marroquí y en otros sistemas jurídicos, y cualquier repudio deviene irrevocable tras el plazo de seis meses a lo sumo (*idda*). Estos datos son fácilmente constatables y habrían justificado el reconocimiento en algunos supuestos en que el T.S. español lo ha rechazado. En segundo lugar, la acción del orden público en defensa de la esposa no parece de recibo cuando es precisamente ella quien solicita el reconocimiento, o ha aceptado el divorcio contrayendo nuevo matrimonio. Como demuestra el excelente estudio de A. Quiñones Escámez⁸³, los supuestos más frecuentes de solicitud de reconocimiento de repudios se producen a instancia de la mujer. Finalmente, hay tipos de repudio en que la mujer no aparece discriminada o mantiene suficientes garantías procedimentales (repudio tipo *khul'a*)⁸⁴. De ahí que deban saludarse decisiones como el *Auto T.S. español de 21 de abril de 1998*, reconociendo un repudio de la esposa española por parte del esposo egipcio, por acta notarial proveniente de Egipto, teniendo en cuenta “el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequátur, unido al dato de que ha transcurrido con creces el período de tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido, quien, como consta acreditado en autos, ha contraído, por ende, nuevas nupcias. A la vista de semejantes circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público internacional (...) mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del exequátur se recibiría la Sentencia con ese mismo contenido”⁸⁵. En la misma línea, el Derecho holandés⁸⁶ y el belga⁸⁷ se muestran favorables al reconocimiento sobre la base del consentimiento expreso y tácito de la mujer. Esta práctica, y no el rechazo apriorístico del

⁸³ *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000.

⁸⁴ Para un estudio del repudio islámico (*talaq*) y sus diversas formas, *vid.* L. Milliot y F.-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, París, Dalloz, 2001, pp. 350-401.

⁸⁵ *Vid.* N. Marchal Escalona, “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 5, 2002, pp. 367-376; c. García-Vaso Pérez-Templado: “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 411-426.

⁸⁶ Art. 3 de la Ley de 1981.

⁸⁷ *Cf.* M- Liénard-Ligny, “La répudiation”, *Relations familiales internationales*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 26

repudio, se muestra respetuosa con el principio general que habíamos formulado al tratar la cuestión de la poligamia: los derechos fundamentales que están en la base de los límites a la tolerancia que encierra el correctivo de orden público no pueden conducir en ningún caso a un perjuicio material o una restricción de los derechos sustantivos o procesales de la persona cuyos derechos individuales tratan de garantizarse.

22. Muchos más delicado es el tratamiento de las fórmulas de separación y divorcio y la determinación del Derecho aplicable, que se mueve en las penumbras de las zonas grises. La reciente reforma del art. 107 del C.c. español por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre es un buen ejemplo de la imbricación de las políticas de inmigración en el Derecho internacional privado⁸⁸. El legislador español ha procedido a una orientación material de la norma de conflicto en esta materia con el fin de facilitar la integración de los extranjeros procedentes de otras culturas. Aunque en una primera parte la ley aplicable a la separación y al divorcio se formula de forma neutral y tradicional, remitiendo sucesivamente a la ley nacional común y a la ley de la residencia habitual precisada con diversas fórmulas, lo que nos interesa destacar ahora son las excepciones a favor de la *lex fori* (ley española) que se contienen en el apartado segundo, cuando al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. La primera de ellas se refiere a las demandas de separación o divorcio presentadas ante el Tribunal español por ambos cónyuges de mutuo acuerdo, o por uno con el consentimiento del otro (art. 107.2. b). Esta excepción introduce la posibilidad en tal caso de la autonomía de la voluntad, cuando la demanda se plantea por los cónyuges sobre la base del Derecho español. En efecto, si ambos cónyuges ostentan la misma nacionalidad extranjera y, residiendo en España, plantean su divorcio o separación de mutuo acuerdo, de conformidad con su Derecho nacional (primera conexión del art. 107.2º), la excepción carece de sentido, pues, tal y como apunta la propia Exposición de motivos, la excepción parece pensada para eludir una ley nacional común que restrinja o limite el derecho a la separación y el divorcio.

La segunda excepción, cuya aplicación exige asimismo que al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, tiene que ver con el supuesto de que ninguna de las leyes referidas reconozcan la separación o el divorcio o,

⁸⁸ Vid. M. Pilar Diago Diago, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 271-294.

reconociéndolos, lo hagan de forma discriminatoria o contraria al orden público (art. 107.2 c). El precepto faculta en este caso la aplicación de la ley española, y al referirse al orden público está pensado expresamente en las restricciones impuestas en especial a la mujer por algunos derechos islámicos. Aunque su intención sea saludable, lo cierto es que esta regla provoca de hecho que, al ser aplicada la ley española, el divorcio o la separación sean decisiones claudicantes, a menudo inefectivas en el país de origen de los inmigrantes. Tal circunstancia acaso hiciera preferible un sistema que partiera de una aplicación de principio de la ley extranjera, corregida o modulada con criterios materiales como el orden público o el análisis en dos escalones o, en todo caso, a partir de una asistencia jurídica que permitiera a los cónyuges adoptar la mejor estrategia sobre el Derecho aplicable⁸⁹.

Esta posibilidad estaba pensada específicamente para supuestos característicos, referidos a matrimonios de marroquíes cuya ley nacional no contempla la posibilidad de separación judicial, abocando al rechazo de la demanda⁹⁰ o a la aplicación subsidiaria de la ley española por “falta de prueba del Derecho extranjero”⁹¹. Admitir ahora la demanda de separación de dos marroquíes en España, sobre la base de la ley española, no impide que la sentencia española sea ineficaz en Marruecos, y es discutible que se trate de una buena solución cuando existen otras alternativas de resolución de la crisis matrimonial, básicamente sobre la fórmula del divorcio, que podrían ser tan efectivas en España como en Marruecos. En cambio, es bastante más justificado que pueda operar el orden público si la ley extranjera contempla causas de divorcio contrarias a los derechos fundamentales y, en particular, a la igualdad de los cónyuges. Así, aunque la infidelidad pueda ser, objetivamente, causa de divorcio, no resultará admisible si la ley extranjera configura dicha causa de forma discriminatoria, admitiendo, por ejemplo, el adulterio de la mujer como causa de divorcio, pero no así la infidelidad del marido. Con carácter general, además, no se podrá declarar el divorcio a partir de una ley extranjera que contemple la disolución del vínculo como un privilegio exclusivo de la voluntad de uno de los contrayentes (*ad. ex.* determinadas formas de repudio en los Derechos islámicos),

⁸⁹ *Vid.* en este sentido A. Quiñones Escámez, “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII-2002, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 282-299.

⁹⁰ *Ad. ex. Sents. Aud. Prov. de Madrid de 21 de febrero de 2000 y Aud. Prov. de Barcelona (sección 12ª) de 6 de abril de 2000.*

⁹¹ *Sent. Aud. Prov. de Barcelona núm. 34/2004 (sección 18ª) de 19 de enero.*

como bien subraya la *Sent. Aud. Prov. de Madrid de 28 de septiembre de 2000*, respecto del Derecho iraní.

D) Filiación

23. La filiación adoptiva constituye acaso la institución más problemática en el ámbito de la filiación, desde un punto de vista internacional. Por una parte, los desequilibrios regionales y la globalización han permitido el desarrollo de un mercado cautivo de niños, donde florece un negocio de exportación de criaturas humanas contrario al respeto a los más elementales derechos fundamentales. La escasa natalidad en los países receptores, singularmente en Europa, hace muy difícil la adopción de menores nacionales, por lo que dicha institución se nutre del excedente de países en vías de desarrollo o en franco subdesarrollo. Semejante situación exige extremar las cautelas para evitar un auténtico mercado cautivo de menores adoptables, que requiere a su vez mecanismos de cooperación internacional que, junto a las iniciativas unilaterales, introduzcan un fuerte control de los procedimientos de adopción.

A esta necesidad responde específicamente el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en vigor en países tradicionalmente receptores como España, Portugal, Alemania, Francia e Italia, y otros países como Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, por citar a los países representados en el IHLADI⁹². El Convenio introduce fuertes garantías en los procedimientos de adopción, tutelando en todo momento el interés superior del niño y sus derechos fundamentales, y desarrollando de forma concreta principios generales ya reseñados en el artículo 21 de la Convención sobre derechos del niño de 1989⁹³.

⁹² El Convenio, por otra parte, introduce un tratamiento material infinitamente más efectivo y deseable que el que consigue con métodos tradicionalmente conflictuales la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores celebrado en La Paz en 1984.

⁹³ El Convenio de La Haya se refiere a las adopciones internacionales que impliquen el desplazamiento del niño de un Estado parte a otro. El interés del menor justifica que se introduzcan ciertas exigencias materiales que actúan como condición para estas adopciones, y que se refieren a la propia actuación de las autoridades de origen del niño, que deben establecer su adoptabilidad y la concurrencia del interés del menor, así

Frente a la luz que arroja el Convenio de La Haya de 1993, las sombras derivan de las distintas concepciones en torno a los fenómenos adoptivos y agnaticios que generan un déficit de reconocimiento o libre circulación internacionales de estas fórmulas de prohijamiento y protección de los menores. Por una parte, nos enfrentamos con la prohibición de la adopción en la gran mayoría de los países islámicos, inspirada en algunos pasajes del Corán y en los propios conflictos familiares del profeta⁹⁴. Instituciones como la *kafala* no pueden ser asimiladas ni reconocidas como adopciones en los países occidentales, en que el vínculo de filiación es consustancial. Para resolver esta dificultad, garantizando la continuidad de esta forma de protección del menor,

como garantizar la concurrencia y fundamento de los consentimientos necesarios, la ausencia de compensaciones económicas, la adecuada información al niño y la toma en consideración de sus deseos y opiniones, e incluso de su consentimiento libre y desinteresado. Asimismo, se establecen cautelas que debe observar el Estado de recepción acerca de la idoneidad de los padres adoptivos, su debido asesoramiento y la ausencia de obstáculos a la entrada y residencia permanente del niño en su Estado. El mecanismo de cooperación que garantiza el cumplimiento de estas exigencias se funda en las autoridades centrales. El Convenio establece asimismo ciertas exigencias de probidad para los organismos acreditados que cooperan con las autoridades de los Estados parte (art. 11). De forma muy detallada, el capítulo IV del Convenio de La Haya regula las condiciones de procedimiento de las adopciones internacionales sujetas a su ámbito de aplicación. La solicitud de adopción se cursa a través de las autoridades centrales (art. 14). La autoridad del Estado de recepción elabora un detallado informe sobre los solicitantes, que remite a la autoridad de origen. La autoridad de origen elabora a su vez un exhaustivo informe, repleto de garantías, sobre la idoneidad del niño, sus condiciones personales, médicas y socioculturales, los consentimientos necesarios y la consideración del interés del menor, que reenvía a la autoridad central del Estado de recepción. La prosecución del procedimiento de adopción depende, entonces, de que se cumplan las exigencias previstas en el artículo 17, relativas a la conformidad e idoneidad de los padres adoptivos y la remoción de cualquier duda acerca del derecho del niño a acceder al territorio del Estado de recepción y a residir allí permanentemente. En todo caso, ambas autoridades centrales deben consentir en la prosecución del procedimiento. El desplazamiento del niño al Estado de recepción está asimismo plagado de garantías sobre su seguridad, su ajuste a los Derechos de extranjería respectivos, y de que, en general, se realice en condiciones adecuadas. Añade el Convenio ulteriores cautelas sobre la información mutua acerca del procedimiento de adopción y, si éste debe desarrollarse en el país de recepción, el Convenio regula incluso las medidas de protección del niño para el caso en que la autoridad central del Estado de recepción estime que no resulta adecuado culminar la adopción, en interés del menor (art. 21).

⁹⁴ El matrimonio de Mahoma con Zeinab, su prima y esposa de su hijo adoptivo Zayd, puede estar en el origen de la prohibición de la adopción como vínculo de filiación en el Islam, por la contrariedad que supondría el matrimonio con la esposa del hijo.

procede buscar una transposición o equivalencia de instituciones mediante otras vías alternativas, descartando la simple y llana negación de efectos⁹⁵.

La solución no es muy distinta cuando se trata de adopciones simples creadas al amparo de un sistema jurídico que reconoce la permanencia del vínculo familiar de origen o la revocabilidad de la adopción⁹⁶. Ambas condiciones nos llevan a una zona más gris. Si parece clara la imposibilidad de reconocer como adopción una institución como la *kafala* que no establece vínculo de adopción alguno entre el adoptante y el menor, exigiendo su reconducción hacia figuras como el acogimiento familiar o la tutela, las otras dos condiciones señaladas admiten soluciones más matizadas⁹⁷. La

⁹⁵ Vid. A. Rodríguez Benot, “Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, *Derecho internacional privado y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, 1999, pp. 195-206. La *Sent. Aud. Prov. de Granada (sección 4.ª) de 25 de abril de 1995* es una muestra palmaria de calificación funcional. La Audiencia considera apropiado, para iniciar un expediente de adopción, que las partes recurran al número 3 del artículo 176.2 C.c., al considerar que la menor llevaba más de un año en situación de acogimiento por el adoptante, “teniendo en cuenta que la adopción que legalmente se realizó en el Estado marroquí por el adoptante respecto de la menor María, hace tres años, no produce en nuestro ordenamiento los efectos legales de una adopción, pero sí crea unas relaciones jurídicas iguales a las del acogimiento y así lo ha expresado la DGRN en la resolución antes mencionada de 14 de mayo de 1992 al establecer que la adopción del Estado marroquí, llamada *kafala*, envuelve una situación personal de prohijamiento y acogimiento que será anotable en el Registro Civil conforme a los artículos 81 y 154.3 del Reglamento del mismo Registro. Por tanto es totalmente equiparable el acogimiento en nuestro ordenamiento con el *kafala* del ordenamiento marroquí”.

⁹⁶ Se trata de una fuente de conflictos muy habitual entre sistemas como el español, el italiano o el alemán (por citar sólo sistemas de Estados parte en el Convenio de La Haya), que mantienen la adopción plena sobre un principio muy exigente de ruptura de los vínculos anteriores, y algunos modelos latinoamericanos que distinguen entre adopción plena y simple y contemplan posibilidades de conversión [cf. F. Boulanger, *Enjeux et défis de l'adoption (étude comparative e internationale)*, París, Economica, 2001, pp. 230-237. Un estudio del régimen de los sistemas jurídicos de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Honduras, algunos Estados mexicanos, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela se encuentra en F. Calvo Babío, *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pp. 123-178].

⁹⁷ Con carácter general, son tres los elementos determinantes de la equivalencia de la adopción constituida en el extranjero respecto de la prevista en la legislación española: integración plena del adoptando en la familia adoptiva, extinción de los vínculos con la familia anterior e irrevocabilidad de la adopción. Estos criterios han servido a la D.G.R.N. para denegar la inscripción de adopciones constituidas en Marruecos, Paraguay, Guatemala, El Salvador, México o la República Dominicana. Además, en el caso de Brasil, no se reconoce, salvo supuestos excepcionales, la equivalencia de las adopciones entre mayores de edad. En contrapartida, la misma regla de equivalencia permite el

revocabilidad puede ser sanada mediante la simple renuncia a tal derecho, facilitando el reconocimiento de la adopción⁹⁸. Y en cuanto al mantenimiento de los vínculos con la familia de origen, el propio Convenio de La Haya de 1993 facilita la superación de dicho límite cuando no está previsto en el país donde ha de reconocerse la adopción, pero se admite en la legislación del país de origen, exigiendo ciertos consentimientos

reconocimiento de las adopciones peruanas o ecuatorianas, en este último caso tras la reforma de su Derecho interno en 1992. La falta de reconocimiento como adopción no implica que tal acto no pueda ser reconocido en España con los efectos que produce en el país de origen. Ahora bien, la imposibilidad del reconocimiento como adopción impide su inscripción registral como tal o la producción de sus efectos propios, debiendo transponerse la institución a fórmulas aproximadas, como el acogimiento, o justificando una mera anotación registral con efectos puramente informativos. En relación con el requisito de la revocabilidad, la D.G.R.N. ha mostrado en ocasiones cierta flexibilidad, al margen de la posibilidad que ofrece actualmente el último párrafo del artículo 9.5º del C.c. En ocasiones, tal flexibilidad se apoya en argumentos sumamente toscos. Así, la *Res. D.G.R.N. de 25 de marzo de 1998* reconoce una adopción nepalí revocable, simplemente obviando la legislación nepalí que admite dicha revocabilidad exclusivamente para los adoptados varones, considerándola discriminatoria y contraria al orden público. Evidentemente, el reconocimiento de la adopción no es una cuestión de Derecho aplicable; si así fuera, podría obviarse cualquier legislación extranjera que admitiera la revocación de la adopción sin distinciones por razón de sexos. De lo que se trata es de no reconocer en España una institución que, conforme a la ley de origen, produce efectos no admisibles en nuestro país. En contrapartida, en varias resoluciones se reconocen las adopciones vietnamitas, sobre un correcto análisis de las causas de revocabilidad del Derecho vietnamita. Así, la *Res. D.G.R.N. de 6 de mayo de 2000*, siguiendo la doctrina de las *Res. D.G.R.N. de 30 de marzo y 1 de junio de 1999* indica al respecto: “Las divergencias parecen encontrarse en la revocación de la adopción, porque, mientras en España sólo es posible una extinción judicial de la adopción en el caso extremo del artículo 180 C.c., en Vietnam la extinción de la relación adoptiva es admitida con mayor amplitud en el artículo 39 de la Ley de 29 de diciembre de 1986... En efecto, como ya lo indicó la Resolución de 1 de junio del pasado año, el artículo 39 de la Ley Vietnamita prevé que ‘la adopción puede ser terminada si el adoptante o el adoptado o ambos cometen serios actos de violación física o moral mutua u otros actos que hagan desaparecer los vínculos sentimentales entre sí’. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la terminación de la adopción es decidida en todo caso por los tribunales y que es sólo la revocación voluntaria, y no la judicial, la que se opone a la concepción española de la adopción. Por otro lado difícilmente pueden promover la revocación los padres naturales, cuando se trata de un niño abandonado. Es evidente, por otra parte, que siendo casi impensable que entre una adopción española y una extranjera exista absoluta identidad en los efectos de una y otra, ha de bastar que éstos se correspondan, por lo que esta expresión ha de interpretarse en el sentido fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen, y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes”.

⁹⁸ Así lo prevé el art. 9.5º *in fine* del C.c. español.

(art. 4) que habilitan dicha conversión hacia la adopción plena (art. 27)⁹⁹. Por otra parte, una cierta vuelta a la adopción simple, o al menos de su compatibilidad con el orden público, se viene amparando en el derecho de todo individuo a conocer su origen familiar¹⁰⁰ o a no “separar completamente al menor de sus raíces”, como señala la *Sent. Cour de Cassation francesa de 31 de enero de 1990*¹⁰¹. No se trata de un derecho que haya sido formulado ni perfilado con claridad, pero se apunta como un elemento para reconsiderar un régimen excesivamente rígido acerca de la adopción plena, singularmente en la dimensión internacional¹⁰².

24. En el ámbito de la filiación por naturaleza, la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su origen matrimonial o no matrimonial constituye un límite claro a la tolerancia. No cabe bajo ningún concepto una aplicación de normas extranjeras que establezcan cualquier tipo de discriminación personal, familiar, económica o sucesoria sustentada en esta diferenciación, más allá de elementales criterios distintos a la hora del establecimiento o prueba de la filiación. Como es sabido, la desigualdad de los hijos ante la ley y la prohibición de la investigación de la paternidad son principios característico de los sistemas islámicos que parece derivar directamente de las disposiciones del Corán¹⁰³.

⁹⁹ Acerca de esta posibilidad y las contradictorias opiniones acerca de su materialización cuando España sea el país receptor, *vid.* B.L. Carrillo Carrillo, *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, Granada, Comares, 2003, pp. 294-299; A.L. Calvo Caravaca, “Globalización y adopción internacional”, *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 42-44; A. Rodríguez Benot, “La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero: una relectura del art. 9.5º CC a la luz del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 181-202.

¹⁰⁰ *Vid.* A. Kemelmajer de Carlucci, “El Derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso ‘Odièvre c. France’”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 511-530.

¹⁰¹ *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1990, p. 519 y nota de E. Poisson-Drocourt.

¹⁰² Un ilustrativo estudio comparado entre sistemas partidarios de la ruptura de los vínculos originales (Alemania, España, Grecia e Irlanda) y otros modelos europeos más flexibles (Inglaterra, Bélgica, Francia, Países Bajos y Suiza), con un balance del interés del menor y el principio de seguridad jurídica en el diagnóstico de esta evolución puede consultarse en I. Lammerant, *L’adoption et les droits de l’homme en droit comparé*, Buselas, Bruylant, 2001, pp. 596-618.

¹⁰³ *Cf.* A. Durán Ayago, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 298-299; A. Motilla,

25. Tampoco los límites de la tolerancia pueden sobrepasarse cuando se trata de diseñar las relaciones paternofiliales y la atribución y privación de derechos de patria potestad o custodia sobre la base de criterios discriminatorios por razón de sexo, etnia, origen o religión. Este límite provoca conflictos habituales entre los sistemas occidentales e islámicos. La vinculación de los menores a uno de los progenitores en los países islámicos, singularmente a aquél que garantiza la educación y formación del menor en el Islam (indefectiblemente si el varón es musulmán y su esposa occidental), es fuente habitual de conflictos que trascienden al ámbito de la simple decisión sobre la custodia¹⁰⁴, propiciando supuestos de secuestro legal de menores o “legal kidnapping”¹⁰⁵. Una tercera parte de los países que componen la Comunidad Internacional ha suscrito el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores¹⁰⁶. Entre ellos, si se exceptúa Turquía, Turkmenistán o Burkina Faso, no aparece ningún país islámico. Resulta lógico, hasta cierto punto, por la vinculación que la custodia y protección del menor tiene con la experiencia y la formación religiosas, que se interpretan no como algo distinto al interés del menor, sino, precisamente, como el mayor interés del menor. En el curioso convenio bilateral hispano marroquí sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de

“La filiación natural y adoptiva en el Derecho islámico y en los códigos de Marruecos, Arabia y Túnez. Relevancia en el Derecho español”, *ibíd.*, pp. 585-601.

¹⁰⁴ Incuyendo las reglas de competencia judicial internacional. En un supuesto de aplicación del art. 3.1º del Reglamento (CE) núm. 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes, la *Sent. Aud.Prov. de Murcia núm. 166/2003 (sección 1ª) de 12 de mayo de 2003* admitió la competencia del tribunal español para determinar la responsabilidad parental sobre un menor que se encontraba en Marruecos, al considerar que se trata de una estancia temporal, “conclusión a la que habría de llegarse incluso si se aceptara que la residencia habitual de tal menor era la de Marruecos, en este caso aplicando la competencia de los Tribunales españoles como foro de necesidad, pues el interés preferente de la menor y la imposibilidad de que la madre pueda acudir a Marruecos a entablar este procedimiento, ante las consecuencias que tal visita podría acarrearle, hace necesario admitir la competencia de nuestros Tribunales para poder dar solución al conflicto jurisdiccional planteado por las partes”.

¹⁰⁵ *Vid.* M.A. Asín Cabrera, “La imagen del menor en el Derecho de familia islámico: problemas culturales de identidad e integración”, *Derecho internacional privado y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, Madrid, 1999, pp. 155-166.

¹⁰⁶ Diez países de la O.E.A. participan asimismo de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores celebrada en Montevideo en 1989, en el marco de la IV CIDIP, que prevalece en el marco de sus relaciones frente al Convenio de La Haya de 1980 (art. 34).

resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid, el 30 de mayo de 1997, encontramos alguna pista que nos ayuda a comprender la inutilidad del Convenio de La Haya en las relaciones entre Islam y Occidente: en su art. 8, después de establecer la obligación de devolución inmediata si han transcurrido menos de seis meses desde el desplazamiento ilegal del menor, se contemplan dos excepciones. La segunda, más clásica, se refiere a la contradicción con una decisión dictada en el Estado requerido antes del desplazamiento ilegal, pero la primera permite a la autoridad requerida no devolver al menor cuando “el menor sea nacional, exclusivamente, del Estado requerido y, según la ley interna de este Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad” (apartado 2 letra a). Esta disposición es plenamente eficaz en el supuesto de la crisis de una pareja de inmigrantes marroquíes que residen en España y se encuentran integrados en nuestro país, en aquellos casos en que uno de los progenitores – singularmente el varón- lo desplaza ilícitamente hacia Marruecos; y, de hecho, provoca una situación de abierta indefensión de la madre que permanece en España. Por su parte, el art. 7 b) prevé de forma paralela la devolución inmediata si “se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el Derecho del Estado del que fuera nacional”; esta regla difícilmente resulta aplicable por una autoridad española, obligada imperativamente a analizar el interés superior del menor¹⁰⁷.

La única alternativa eficaz para luchar contra estos conflictos de civilizaciones consiste en la actualidad en la cooperación policial internacional. El retorno del menor ilegalmente desplazado sólo es concebible entre estos países en supuestos de cooperación penal internacional, sobre la base de un ilícito penal. Esto explica por qué en países como España se ha vuelto a una tipificación penal de estas conductas (art. 225 bis del Código penal tras su redacción por Ley Orgánica 9/2000, de 10 de diciembre).

V. CONCLUSIÓN

26. Un repaso aún superficial de algunas manifestaciones del Derecho internacional privado de la familia arroja luces y sombras, y en cualquier caso demuestra la extraordinaria dificultad de compaginar la globalización y los movimientos migratorios con la diversidad cultural. El Derecho debe ponerse al servicio de dicha convivencia y proponer soluciones flexibles, al mismo tiempo que establecer con rigidez las fronteras

¹⁰⁷ Vid. la crítica de A. Quiñones Escámez, *op.cit.*, pp. 137-138.

de la tolerancia, erigidas sobre un respecto a los derechos humanos que nunca ha de perder de vista al individuo – y no a la cultura- como objeto final de protección. La tarea no es sencilla, pero es indudable que sí conseguimos un buen resultado al diseñar ese Derecho internacional de la familia del siglo XXI, no sólo habremos hecho una pequeña contribución a la paz, sino que habremos conseguido demostrar que, pese a todas las dificultades, dicha paz aún es posible. Y esta, en verdad, sí sería una contribución inestimable.