

Inmigración magrebí y Derecho de familia

Irene Blázquez Rodríguez
COORDINADORA

María Dolores Adam Muñoz

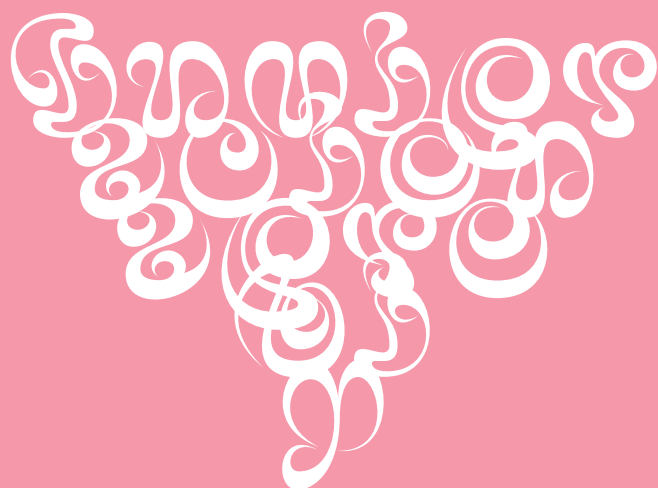


IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

(Sevilla, 1971) es Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla (1994) y Doctora en Derecho por la Universidad de Córdoba, con la calificación sobresaliente *cum laude* por unanimidad (2000), donde imparte docencia como profesora asociada de Derecho internacional privado. Ha completado su formación con estancias investigadoras en centros extranjeros de reconocido prestigio como son: la *Academia de Derecho Internacional* de La Haya (1997), el *Instituto Universitario Europeo* de Florencia (1998), la *Université Robert Schuman* de Estrasburgo (1999) o el *Instituto Suizo de Derecho Comparado* de Lausanne (2002). Es autora de los libros: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, que ha conocido dos ediciones (2001, 2003) y *La libre circulación de trabajadores, establecimientos y servicios en la Unión Europea* (2004).

MARÍA DOLORES ADAM MUÑOZ

(Úbeda, 1959) es Licenciada de grado en Derecho por la Universidad de Granada con la calificación de sobresaliente (1982) y Doctora en Derecho por la Universidad de Córdoba con apto *cum laude* por unanimidad (1991). En la actualidad, es Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Córdoba donde ha desempeñado el cargo de Defensora Universitaria desde el 30 de septiembre de 1999 hasta el 20 de diciembre de 2004. Entre sus publicaciones cabe destacar: *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional* (1995, segunda edición 1997), *La protección de los Derechos de las mujeres en una sociedad multicultural* (2000), *La violencia y género* (Actas del Congreso celebrado en la Facultad de Derecho de Córdoba, marzo de 2001), *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde el Derecho internacional privado español* (2003) y *La Protección internacional del menor: sustracción de menores y adopción internacional* (2004).



**Inmigración magrebi
y Derecho de familia**



Desde hace unos años, la Junta de Andalucía ha decidido asumir la inmigración como una de sus prioridades políticas, dando así respuesta a las actuales demandas que se plantean desde la nueva realidad social. La Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias de la Consejería de Gobernación con el fin de proporcionar una solución adecuada a los retos de esta naciente sociedad culturalmente plural, contempla, entre otras acciones, el estudio del fenómeno migratorio desde las distintas ramas científicas que se ocupan del mismo.

Este trabajo, al igual que otros fruto del contacto permanente con las distintas universidades andaluzas, contribuye a la consecución de uno de los objetivos generales del I Plan Integral para la Inmigración en Andalucía, a saber, “mejorar permanentemente el conocimiento de la realidad y de las estrategias más adecuadas para el cambio, mediante el mantenimiento sostenido de la actividad de investigación y la formación permanente del personal cualificado para este tipo de intervención”. En efecto, entendemos que la investigación de la inmigración extranjera debe ser la base para una sólida intervención social, máxime si se trata de un fenómeno social tan mutante y complejo como el que nos ocupa.

*Desde esta perspectiva, se publica el presente trabajo realizado por las doctoras Irene Blázquez Rodríguez y M^a Dolores Adam Muñoz que bajo el título **Inmigración marroquí y Derecho de familia** aborda, de una manera rigurosa y exhaustiva, una cuestión de máximo interés y no menos complejidad. Ciertamente, consecuencia de las migraciones provenientes de la otra orilla del Mediterráneo, se generan nuevos retos para todos que demandan una respuesta inclusiva de los diferentes actores en presencia; es decir, desde la población de acogida, las administraciones públicas y, por supuesto, las distintas disciplinas científicas implicadas.*

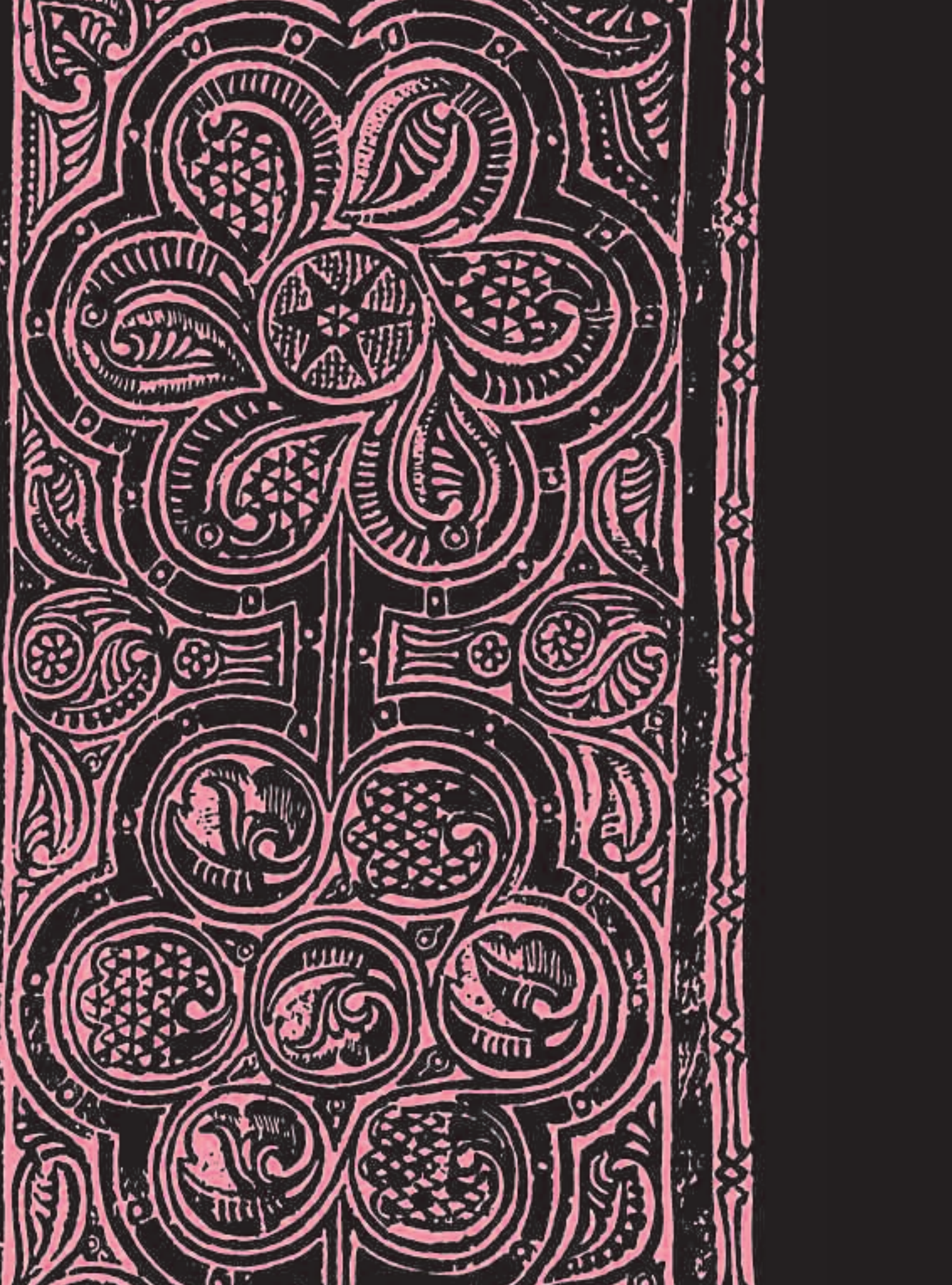
Ante esta nueva realidad, el Derecho está llamado a ocupar un papel central al deber armonizar la diversidad cultural y religiosa de los nuevos ciudadanos, con el respeto absoluto de los valores constitucionales. Ese encuentro producido entre Occidente y las sociedades musulmanas al tiempo que propicia riqueza y diversidad cultural en la sociedad de acogida, genera multitud de “desencuentros” en el ámbito del Derecho de familia. Efectivamente, las instituciones familiares fuertemente influenciadas por la idiosincrasia, el sentir y la religión musulmana, demandan, en tanto que una manifestación cultural más del individuo, su reconocimiento por nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, el sistema legal se enfrenta a instituciones y prácticas, hasta el momento, desconocidas a las que debe dar respuesta, tales como la celebración del matrimonio coránico, el repudio islámico, la poligamia o el papel de la mujer en las instituciones familiares.

En la seguridad de que las novedades aportadas por las autoras van a servir para conocer mejor este ámbito importante de las relaciones jurídico-privadas que se generan en toda sociedad multicultural, nos satisface publicar este trabajo con la idea de conocer aquellas estrategias más adecuadas para una integración de los inmigrantes magrebíes que conviven en nuestra comunidad.

TERESA BRAVO DUEÑAS

DIRECTORA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS MIGRATORIAS





SUMARIO

PRESENTACIÓN 017

CAPÍTULO I

LA INMIGRACIÓN MAGREBÍ HACIA ESPAÑA: UNA APROXIMACIÓN A SUS CARACTERES 021

I. INTRODUCCIÓN 023

II. LOS FLUJOS MIGRATORIOS CONTEMPORÁNEOS 024

1. Europa 024

2. España 026

3. Andalucía 027

III. LAS MIGRACIONES MAGREBÍES: APROXIMACIÓN A SUS CAUSAS SOCIALES Y ECONÓMICAS 029

IV. CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO 031

1. Inmigración intracomunitaria y extracomunitaria 031

2. Perfil de la inmigración exterior en España 032

3. La sedentarización y la diversidad cultural 034

CAPÍTULO II

SOCIEDAD MULTICULTURAL Y DERECHO DE FAMILIA 037

I. INTRODUCCIÓN 039

II. SOCIEDAD MULTICULTURAL Y FAMILIA 040

1. La multiculturalidad: carácter de la sociedad postmoderna 040

2. Respeto a la identidad cultural 041

2.1. La protección de la identidad cultural del inmigrante 041

2.2. El derecho como parte de la identidad cultural del individuo 043

3. Integración versus diversidad cultural 043

3.1. Noción y modelos de respuesta social a la diversidad 043

3.2. Integración, diversidad cultural y Derecho 045

3.3. La Administración pública frente a la integración ¿Hacia qué modelo vamos? 046

III. LA RECEPCIÓN DEL ESTATUTO MUSULMÁN 051

1. Noción y regulación del estatuto personal 051

1.1. Introducción 051

1.2. El estatuto personal: su contenido 052

1.3. La ley personal. La polémica nacionalidad-domicilio 052

2. Plurilegislación y conflicto de civilizaciones: Islam, familia y derecho 053

3. Las respuestas del sistema jurídico ante la creciente multiculturalidad 056

3.1. Conclusión de Convenios Bilaterales o Multilaterales 057

3.2. Adaptación de la propia normativa interna: 059

3.3. Una aplicación judicial flexible y respetuosa con la diferencia 061



CAPÍTULO III

PECULIARIDADES DE LA ENTRADA, RESIDENCIA Y TRABAJO DE CIUDADANOS MAGREBÍES EN ESPAÑA

	067
I. INTRODUCCIÓN	069
1. Una pluralidad de estatutos de extranjería	069
2. Una diversidad de disposiciones legales	070
II. ENTRADA Y CIRCULACIÓN POR EL TERRITORIO ESPAÑOL	072
1. Entrada por los puestos habilitados al efecto	073
2. Documentación necesaria para efectuar la entrada	074
2.1. El cruce de la frontera exterior común española	075
2.1.1. El visado	075
2.1.2. El resto de condiciones de entrada	077
2.2. El cruce de la frontera española desde otro Estado miembro	078
III. LA RESIDENCIA EN ESPAÑA	080
IV. EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS	083
1. Consideraciones previas	083
2. El Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos	085
2.1. Ámbito de aplicación personal	085
2.2. Comunicación de las ofertas de trabajo	086
2.3. Evaluación de las condiciones profesionales y firma del contrato	086
2.4. Derechos y condiciones de los trabajadores marroquíes	087
2.5. Disposiciones especiales relativas a los trabajadores de temporada	087
2.6. Disposiciones de aplicación y coordinación	088
3. Las prerrogativas en el marco de los Acuerdos Euromediterráneos	088
3.1. El principio de no discriminación en cuanto a las condiciones de trabajo y remuneración	089
3.2. El principio de no discriminación en el sector de la Seguridad Social	089
3.2.1. Ámbito material: concepto de Seguridad Social y beneficios incluidos	090
3.2.2. Ámbito personal: la noción de trabajador y familia	091

CAPÍTULO IV

LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: ESPECIAL REFERENCIA A LA INMIGRACIÓN MAGREBÍ	095
I. INTRODUCCIÓN	097
II. MARCO JURÍDICO	099
1. Convenios internacionales	099
2. Instrumentos jurídicos europeos	100
3. El Derecho comunitario europeo	101
3.1. La normativa comunitaria aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea	101
3.2. La Directiva 2003/86 del Consejo de 22 de septiembre de 2003: hacia una armonización sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea	103
4. Legislación española	105
III. FAMILIARES REAGRUPABLES	107
1. El cónyuge del residente	107
1.1. La existencia de un vínculo marital. La problemática de las parejas de hecho	107
1.2. No encontrarse separado de hecho o de derecho	109
1.3. Matrimonio celebrado en fraude de ley. El caso de los matrimonios de conveniencia	110
1.4. Los matrimonios poliámicos	111
1.5. Las segundas nupcias y el procedimiento jurídico de la separación	112
2. Los Descendientes	113
2.1. La diferencia de alcance entre la legislación de extranjería y la normativa comunitaria	113
2.2. El supuesto de los hijos adoptados. Especial referencia a la Kafala	115
2.3. La reagrupación familiar de los hijos bajo la Directiva 2003/86 del Consejo	117
3. Menores e incapaces bajo la guarda legal	118
4. Los Ascendientes	119
5. Otros familiares	120
IV. REQUISITOS Y FORMALIDADES ADMINISTRATIVAS	121
1. Fases del proceso	121
2. Residencia legal	121
3. Vivienda adecuada	122
4. Medios de subsistencia	123
5. Visado	124
V. SITUACIONES ESPECIALES: LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS	128
1. Cuestiones previas	128
2. El menor en situación de desamparo	129
3. El menor solicitante de asilo	131



CAPÍTULO U

LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO MUSULMÁN Y SU RECONOCIMIENTO EN DERECHO ESPAÑOL	135
I. INTRODUCCIÓN: INMIGRACIÓN MAGREBÍ Y MATRIMONIO	137
II. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO SEGÚN EL DERECHO ISLÁMICO	139
III. EL DERECHO ESPAÑOL Y LA PLURALIDAD DE FORMAS DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO	142
1. Marco jurídico general	142
2. El Acuerdo de cooperación entre el Estado y la comisión islámica de España, en materia matrimonial	143
2. 1. Consideraciones previas	143
2. 2. Ámbito de aplicación del Acuerdo	144
3. La celebración del matrimonio musulmán según el art. 7 del Acuerdo	145
3.1. Sobre el significado y alcance de la celebración del matrimonio según la forma islámica	145
3.2. Capacidad de los contrayentes y modalidades de celebración	146
3.3. La Instrucción de 10 de febrero de 1993: la resolución de ciertas incógnitas	148
IV. LA VALIDEZ CIVIL DEL MATRIMONIO ISLÁMICO CON ELEMENTO EXTRANJERO	150
1. Matrimonio celebrado en España	151
2. Matrimonio celebrado en el extranjero	153
V. LA PRÁCTICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y EL NOTARIADO	155

CAPÍTULO UI

LA MUJER MUSULMANA Y EL DERECHO DE FAMILIA	161
I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MUJER	163
1. La protección en el ámbito internacional de los derechos de la mujer	163
2. La protección islámica de los derechos fundamentales de la mujer	165
3. Posible armonización de las concepciones occidental e islámica de los derechos fundamentales	169
4. El Derecho internacional privado como medio de solución de los conflictos interculturales	171
4.1. Características de la interacción entre la cultura occidental y la cultura islámica	171
4.2. Posibles instrumentos del Derecho internacional privado para paliar el “conflicto de civilizaciones”	174
II. EL ESTATUTO PERSONAL DE LA MUJER MUSULMANA	178
1. Características del estatuto personal de la mujer musulmana	178
2. La ley aplicable al estatuto personal en el Ordenamiento Jurídico español	182

CAPÍTULO VII

EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA MUJER MUSULMANA DERIVADO DEL MATRIMONIO	187
I. CONFIGURACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: CARACTERES GENERALES	189
1. Introducción	189
2. Concepto y naturaleza jurídica del matrimonio	189
3. Caracteres generales de la institución matrimonial	190
II. LA PROTECCIÓN DEL <i>IUS NUBENDI</i> EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES	192
III. CONFIGURACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ISLÁMICO	193
1. Naturaleza jurídica del matrimonio en el Derecho islámico	193
2. Ley aplicable al contrato matrimonial	193
3. La formalización del contrato matrimonial	198
3.1. La figura del tutor matrimonial o <i>wali</i>	198
3.2. La presencia de los testigos	199
4. Circunstancias susceptibles del contrato matrimonial	200
4.1. Cláusulas negociables con carácter general	200
4.2. La dote o <i>sadaq</i>	201
5. El consentimiento matrimonial	204
5.1. Caracteres del consentimiento matrimonial	204
5.2. Ley aplicable al consentimiento matrimonial	205
5.3. La importancia del consentimiento en la celebración del matrimonio: los matrimonios concertados	206
5.4. Consecuencias de la falta de consentimiento matrimonial y momento en el que se puede apreciar la inexistencia del mismo	208
5.5. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles y ley aplicable a la nulidad matrimonial	210
6. Impedimentos para contraer matrimonio	211
6.1. Impedimento de disparidad de cultos	212
6.2. Impedimento de edad	214
7. Impedimento de <i>liqamen</i> : la poligamia	216
7.1. Origen y fundamento de la poligamia según la concepción musulmana	216
7.2. Reglas a las que está sometida la poligamia en el Derecho islámico	218
7.3. La posición del Ordenamiento Jurídico español ante la poligamia	219
IV. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL REPUDIO ISLÁMICO	228
1. Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio	228
2. Competencia judicial de nuestros tribunales en materia de separación judicial y divorcio	231
3. Formas de disolución del vínculo matrimonial en el Derecho islámico	232
4. Efectos del repudio atendiendo a si el mismo se produce ante autoridad competente desde la óptica del Ordenamiento español	234
5. Algunas posiciones frente al repudio en el Derecho internacional privado comparado	235
6. Respuestas del Derecho internacional privado español en relación con el repudio	239
6.1. Autoridad interviniente en el repudio	239
6.2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de separación y divorcio	240
6.3. Acciones convencionales emprendidas por el Estado español en aras de la cooperación judicial internacional	241
6.4. Requisitos que ha de cumplir un repudio pronunciado en el extranjero para su posible reconocimiento en España: Conformidad con el orden público internacional español	242





Presentación



El presente estudio forma parte de las acciones de comunicación e intercambio que la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía fomenta entre los investigadores que desde las Universidades andaluzas se dedican a la inmigración. Dicha actividad realizada a través de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias se ha desarrollado fundamentalmente en dos líneas de actuación: por un lado, mediante la organización cada año de un Seminario sobre la Investigación de la Inmigración Extranjera en Andalucía y, por otro, suscribiendo Convenios de investigación con distintas universidades andaluzas. En este contexto se firmó el mes de septiembre de 2003 un acuerdo de colaboración con la Universidad de Córdoba y cuyos principales resultados se recogen en este trabajo bajo el título “*Inmigración magrebí y Derecho de familia*”.

En un breve periodo de tiempo España ha pasado a ser un país de inmigrantes dando así un giro copérnico en su tradicional carácter de país de emigrantes. Junto a este cambio en el sentido del flujo migratorio, asistimos a una evolución en sus caracteres, entre los que destacamos la diversidad cultural y la gradual sedentarización. En esta corriente migratoria uno de los colectivos más significativos es el magrebí y, en concreto el marroquí, que además de constituir junto con los ciudadanos ecuatorianos el grupo más numeroso, mantiene un claro índice de crecimiento. Por otra parte, en torno a este colectivo giran la mayoría de los debates sobre la diversidad, -y la consiguiente necesidad de integración-, no sólo por considerarse la minoría más diferente sino también porque un número de fatales acontecimientos internacionales y, muy recientemente, también nacionales han generado un rechazo hacia lo musulmán en general y, en particular, a sus gentes, a su religión o a sus valores¹.

Fruto de la aludida pluralidad étnica junto con la progresiva sedentarización, España se conforma paulatinamente como una sociedad multicultural donde se plantean nuevos retos que precisan soluciones adecuadas desde todas las ramas científicas que analizan el fenómeno migratorio. Desde un punto de vista jurídico, las nuevas minorías demandan una protección de su identidad cultural que incluya el reconocimiento legal de sus instituciones familiares muy frecuentemente influidas por el sentir religioso de cada pueblo.

En concreto, el estudio que aquí se presenta ha tenido dos objetivos claves. En primer lugar, detectar los nuevos retos que se están gestando en el mundo del Derecho consecuencia de la presencia de un número creciente de inmigrantes provenientes del Magreb, y por consiguiente, con una cultura, un Derecho, una concepción del hombre y de la familia muy distinta e, incluso en ciertos aspectos, contradictoria a la nuestra. En efecto, el colectivo marroquí, la población inmigrante mayoritaria en Andalu-

[1] MARTÍN MUÑOZ, G., *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*, Fundación Repsol YPF (Ed.), Madrid, 2003, p. 8.

cía, vive su propia identidad cultural y jurídica entre nosotros, demandando de la sociedad y también del Derecho fórmulas hacia su reconocimiento. Y en segundo lugar, la presente investigación no se ha limitado en detectar los problemas derivados de ese “conflicto de civilizaciones”, sino que ha pretendido aportar soluciones prácticas que al tiempo que sean respetuosas con la diferencia cultural y garanticen la integración en la sociedad de acogida, no supongan menoscabo alguno a los principios y valores consagrados en nuestra Carta Magna. Hemos de adelantar desde un inicio que la puesta en marcha de tales soluciones no está exenta de dificultades ya que implica activamente a multitud de actores, desde el legislador, que ha de gestar textos respetuosos con esa nueva diferencia, hasta el juez, que necesariamente ha de dotarse de una flexibilidad en sus decisiones para albergar situaciones hasta el momento desconocidas.

Una vez franqueada la primera etapa de la inmigración cuyos mayores problemas son la regularización de los inmigrantes o la obtención del permiso de residencia, aflora la vida en común en una sociedad donde las costumbres, los valores y el derecho son profundamente diferentes a los de su país de origen, sobre todo insisto cuando se trata de inmigrantes de países musulmanes². Si bien el fenómeno migratorio español es, en comparación con la mayoría de países europeos, reciente y los especialistas coinciden en ubicarlo en su primera fase, es ahora el tiempo para la reflexión³; para identificar los problemas que aún afloran tímidamente al mismo tiempo que esbozar los déficit de nuestro sistema jurídico a la hora de enfrentarse a la multiculturalidad de esta nueva sociedad. Me reitero es el momento idóneo a efecto de prever las reformas que resultaran necesarias en un futuro próximo, antes que la presión de los medios de comunicación y los acontecimientos sociales exijan medidas improvisadas.

El contenido de la obra se ha organizado en torno a una serie de capítulos que manteniendo un hilo conductor común poseen, no obstante, cierta autonomía. En concreto, en el *primer capítulo*, y a modo de introducción general, se esbozarán las principales características así como la evolución en los flujos migratorios de Europa, España y Andalucía.

En el *segundo capítulo*, tras constatar que la multiculturalidad es un carácter intrínseco de la sociedad postmoderna, se ha atendido a la dialéctica entre integración y respeto a la identidad cultural. Por otra parte, este capítulo tras indagar sobre la recepción del estatuto personal musulmán en el ordenamiento jurídico español, esboza las distintas respuestas del sistema legal ante esa creciente diversidad cultural.

El *tercer capítulo* ha analizado la normativa básica, de origen nacional como europea, en cuanto a la entrada, residencia y trabajo de los extranjeros en nuestro país, centrándose en aquellos acuerdos y textos legales que aportan caracteres propios al flujo migratorio procedente del Magreb.

Por su parte, el *capítulo cuarto* tras esbozar el marco jurídico regulador de la reagrupación familiar ha centrado el análisis en los familiares reagrupables así como en el procedimiento mismo de la reagrupación. En particular, este capítulo ha prestado una especial atención al reconocimiento



[2] DIAGO DIAGO, M. P., “La dot islamique à l’épreuve du conflit de civilisations, sous l’angle du droit international privé espagnol”, *Annales de Droit de Louvain*, vol. 61, 2001, n° 4, pp. 407-8.

[3] ESPINAR VICENTE, J. M., “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, en I. GARCÍA RODRÍGUEZ (Ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla 6-9 de abril de 1999)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, p. 185.



de ciertas instituciones familiares propias del Derecho musulmán que dificultan la reagrupación por parte del residente; *ad exemplum*, la *kafala*, el matrimonio poligámico o el repudio islámico.

El *quinto capítulo* ha centrado su análisis en la celebración del matrimonio coránico y su reconocimiento civil por el Derecho español. En concreto, tras realizar una aproximación a la concepción de la unión marital en el Derecho musulmán, se ha atendido a la descripción de éste por el Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Comisión Islámica de España para, a continuación, indagar sobre la eficacia del mismo celebrado tanto dentro como fuera de nuestras fronteras.

El *capítulo sexto* versa sobre la diversa concepción que poseen el mundo occidental y el mundo islámico en relación con los derechos fundamentales, y el papel que el Derecho internacional privado tienen como medio para integrar y armonizar estas distintas posiciones, de manera que sea posible la consecución de una sociedad intercultural donde los derechos fundamentales de los extranjeros no sufran menoscabo alguno.

Para finalizar, el *capítulo séptimo* se refiere a la posición que la mujer musulmana ocupa en las relaciones familiares, fundamentalmente en el ámbito matrimonial. Al hilo de cada una de estas instituciones familiares (contrato de matrimonio, tutor matrimonial, obligaciones y derechos conyugales, poligamia, repudio, etc.) se analiza el resultado de su situación jurídica como consecuencia de la aplicación de su ley nacional, norma que según nuestro sistema rige las relaciones personales, a la vez que se ofrecen diversas soluciones para evitar posibles situaciones discriminatorias.

rídica como consecuencia de la aplicación de su ley nacional, norma que según nuestro sistema rige las relaciones personales, a la vez que se ofrecen diversas soluciones para evitar posibles situaciones discriminatorias.

Para concluir la presentación de este estudio, quisiera destacara tres aspectos en cuanto a la realización del mismo. En primer lugar, este trabajo aborda una realidad que se impregna de los propios caracteres del fenómeno migratorio, -a saber, complejidad, continua evolución y carácter pluridisciplinar-. De este modo, sus fuentes han resultado muy diversas no sólo en cuanto a su origen, tanto nacionales como internacionales, sino también por el campo científico de procedencia. Junto a las clásicas fuentes jurídicas (legales, jurisprudenciales y doctrinales) han sido imprescindible recurrir a obras de disciplinas tales como la Sociología, la Antropología o la Historia. En segundo lugar, Andalucía que posee una situación privilegiada para el análisis de los procesos migratorios en España y Europa, ha sido el marco de intervención de referencia. Ello se debe fundamentalmente a su situación geográfica así como su actividad económica mayoritaria, el sector servicios y la agricultura, siendo para muchos inmigrantes magrebíes sus costas la puerta de entrada a Europa y también el destino en su "aventura migratoria". Y, para finalizar quisiera comentar que este estudio es el resultado de un trabajo en equipo, entre otros aspectos en relación a su estructuración, la obtención de fuentes o el balance de resultados, la responsabilidad en cuanto a la redacción de los capítulos ha sido la siguiente: los Capítulos I-V han sido realizados por Irene Blázquez Rodríguez y los Capítulos VI-VII por María Dolores Adam Muñoz.

Córdoba, 1 de septiembre de 2004

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ
COORDINADORA DEL ESTUDIO

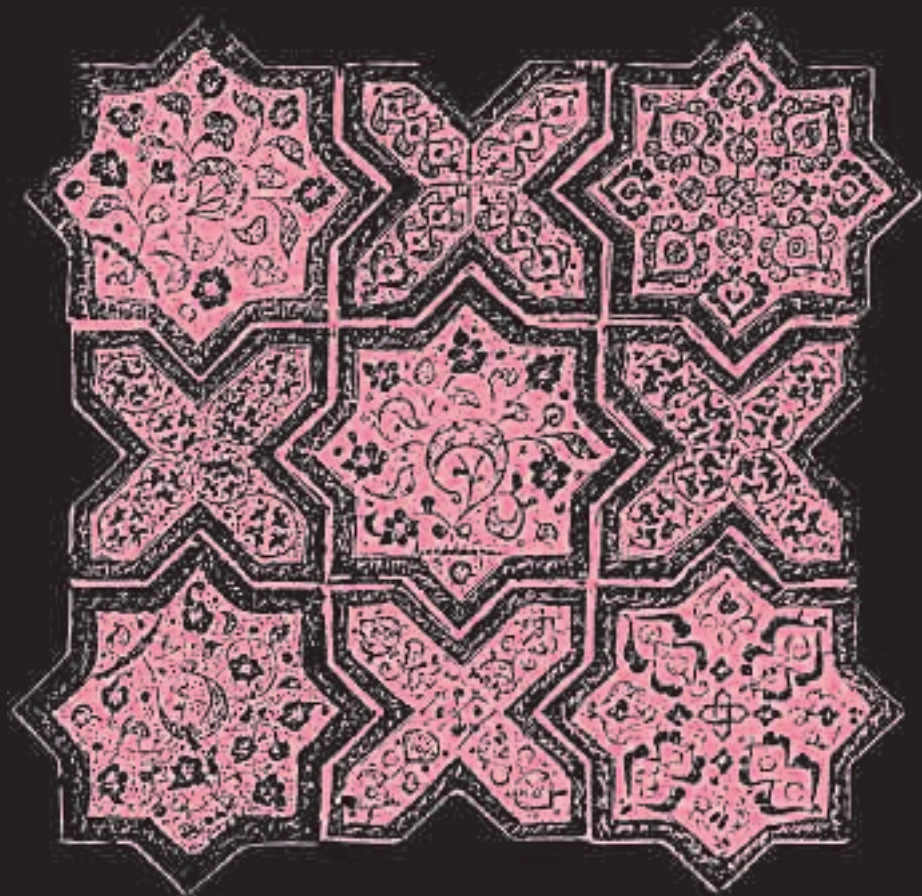




CAPÍTULO I

La inmigración magrebí hacia España: una aproximación a sus caracteres

Por: Irene Blázquez Rodríguez



1. INTRODUCCIÓN

De todos es conocido que, desde hace unos años, España se conforma paulatinamente como un país de inmigración, cambiando así el carácter que en tiempos de nuestros padres y abuelos ha tenido de patria eminentemente de emigrantes. Las razones de los flujos migratorios son, si bien con matices, antes y ahora, muy semejantes: precariedad económica, guerras, conflictos políticos, y en definitiva la esperanza para todos de una vida mejor. No obstante, sí asistimos a un cambio en el sentido de este flujo migratorio y esta vez nos encontramos en un nuevo papel, el de ser sociedad no de partida sino de acogida. A principios del siglo XXI, las corrientes migratorias cuyo destino es la próspera Europa son muy numerosas y diversas. Así junto con la propia circulación intracomunitaria de europeos de unos Estados miembros a otros, se reciben ciudadanos de las más diversas latitudes: el Magreb, el África Subsahariana, la Europa del Este o el Continente Asiático.

En este primer capítulo, intentaremos esbozar los caracteres básicos del fenómeno migratorio en España, si bien hemos de advertir que este conocimiento de cifras y caracteres es más que una empresa difícil, podríamos decir que incluso imposible. En efecto, la novedad del fenómeno, la intensificación continua del flujo y el alto porcentaje de inmigración clandestina, impiden poder contar con estadísticas actualizadas ya que éstas en un breve periodo de tiempo distan mucho de reflejar la realidad. Teniendo en cuenta estas dificultades, este capítulo realiza una aproximación a los flujos migratorios actuales, donde prestaremos especial interés a las causas sociales y económicas que impulsan las migraciones magrebíes, para finalizar esbozando los principales caracteres de la inmigración en España.

II. LOS FLUJOS MIGRATORIOS CONTEMPORÁNEOS

Los movimientos migratorios son un fenómeno constante en la historia de la humanidad, origen desde siempre de enriquecimiento y conflicto entre pueblos que se encuentran y que darán paso a un grupo humano distinto, más plural en todos los sentidos. El panorama demográfico mundial está caracterizado por un aumento continuo de la población, que ha sobrepasado los 6.000 millones de personas en el año 2000. Junto a este dato, se calcula que más de 150 millones, animados fundamentalmente por razones con fuerte substrato político o económico, residen en un país distinto al de origen. Además esta situación parece haberse potenciado en los últimos años. Según la ONU, se espera que la población mundial siga aumentando y se estima que la mejora en las comunicaciones, junto con las disparidades económicas y los conflictos bélicos, incrementen aún más los movimientos demográficos en este siglo XXI.

Si bien las migraciones humanas son una constante en la historia, cada proceso tiene sus propias características fruto del particular contexto económico, social y político en el que se encardina. Asimismo, estos caracteres conformaran junto con los rasgos de la población de origen y de la sociedad de acogida, la naturaleza de la futura sociedad.

Los caracteres de los flujos migratorios han cambiado no sólo en el continente europeo sino en España y en la Comunidad Autónoma Andaluza. El estudio de sus caracteres actuales, debería tenerse en cuenta no sólo para un enfoque más operativo de la regulación de los flujos sino, y es aquí donde nos centraremos, para abordar la integración de los inmigrados⁴.

1. Europa

Los movimientos migratorios habidos en el continente europeo se han ido transformando en su sentido y caracteres. Durante siglos Europa ha sido básicamente un continente de emisión de emigrantes. Entre otras se pueden destacar las migraciones de países como Holanda, Francia o Reino Unido con fines colonialistas, o las posteriores hacia América realizadas por italianos a la parte Norte del continente o por españoles hacia la parte Sur. A partir de mediados del siglo XX se produce una triple mutación en la situación de esta Europa históricamente de emigrantes⁵.

1º En los años cincuenta se produce el primer cambio cuando los Estados de la Europa Central empiezan a recibir una inmigración masiva de trabajadores extranjeros. Éstos proceden fundamentalmente del sur de Europa y, posteriormente, también de otras latitudes como el Magreb o Turquía.

2º En los años setenta se asiste a la segunda mutación. La inmigración existente en las décadas anteriores pasa de ser temporal a permanente. La crisis económica junto con las políticas migratorias restrictivas conllevará el proceso de sedentarización de los inmigrantes.

3º A finales de los años ochenta y principios de los noventa asistimos a la tercera mutación cuando los países del sur de Europa pasan de ser países de emigración a países receptores de inmigrantes.

[4] APARICIO GÓMEZ, A., "La inmigración en el siglo XXI: Las novedades de las actuales migraciones" en *Actas del III Congreso sobre la inmigración en España: contextos y alternativas*, Granada, 2003, p. 31.

[5] GARCÍA, M.; MARTÍNEZ, M. F., Y SANTOLAYA, F. J., *Integración Social y Empleo de Inmigrantes*, Junta de Andalucía (Ed.), Sevilla, 2002, pp. 25 ss.

Se observa que los Estados europeos tienen una larga tradición en el campo de la inmigración, si bien su forma y dinámica varía sustancialmente entre los países y en el tiempo. En efecto, durante este último periodo se ha producido un incremento y una diversificación de la tipología de los inmigrantes, de los modelos migratorios y de la combinación de los países de origen y de acogida. Pese a dicha diversidad hay un rasgo que parece común: la afluencia de un importante contingente humano procedente de países musulmanes que al entrar en contacto con la sociedad laica occidental generará un mismo “conflicto” fruto del encuentro entre el Islam y Europa.

Se estima que más de 15 millones de personas de religión musulmana viven en el continente europeo y aunque su procedencia es diversa, -magrebíes, turcos, paquistaníes o egipcios-, e independientemente del país de acogida las dificultades de índole social como jurídica con las que se encuentran estos inmigrantes son a menudo idénticas.

El aumento cuantitativo si bien no es el único cambio operado sí es uno de los caracteres más generalizado. En los años noventa, la inmigración neta positiva se convirtió en el principal componente del cambio de población en la mayoría de los Estados miembros. Esta fluctuaba en torno a un total neto en el conjunto de la UE de 850.000 inmigrantes anuales a finales de la década. En 2001, esta cifra se estimó en algo más de un millón y la tasa migratoria en la Unión fue de 1.8 por 1000 personas⁶.

La población migrante procedente de países no comunitarios representa en la actualidad en torno al 4% de los hombres y mujeres que vivían en la UE en el año 2000, es decir aproximadamente 15 millones de personas⁷. De esta población migrante procedente de terceros países la mayor parte vivía en Austria y Alemania seguida de Francia.

[6]

Vid. Eurostat annuaire 2002 (Officine des publications des Communautés Européennes, Luxembourg, 2002).

[7]

Para obtener una información más detallada, vid. Eurostat, *Women and men migrating to and from the EU, Statistics in focus, Theme 3 -2/2003*; Eurostat, *First demographic estimates for 2002, Statistics in focus, Theme 3 -25/2002*.

Figura 1: LA INMIGRACIÓN EN LA UE

	Población 1.1.2003	Inmigración neta 2002	Porcentaje población extranjera 2000	Variación anual población extranjera
Finlandia	5,2	5300	1,8	+ 13,2%
Portugal	10,4	70.000	2,1	+ 6,8%
Italia	57,0	107.100	2,4	+ 5,9 %
Austria	8,0	17.000	9,3	+5,2%
Dinamarca	5,3	9.600	4,8	+4,9%
Irlanda	3,9	28.800	3,3	+4,7%
Luxemburgo	0,4	2.600	37,3	+3,8%
Alemania	82,5	221.700	8,9	+3,2%
Reino Unido	59,0	104.000	4,0	+3,1%
Suecia	8,9	30.900	5,4	+0,1%
Bélgica	10,3	38.900	8,4	-0,5%
Holanda	16,1	27.700	4,1	-0,7%
Francia	59,6	65.000	5,6	-1,1%
Grecia	11,0	32.100	2,7	- - -

Fuente: Eurostat y OCDE

2. España

El sentido del flujo migratoria ha cambiado en un breve periodo de tiempo en nuestro país. Como es bien sabido, recientemente España ha pasado de ser un país de emigrantes a un país de inmigración. A partir del año 1985, empieza en España una nueva etapa en el fenómeno migratorio caracterizado por un crecimiento rápido de los flujos. Junto al factor cuantitativo, existen otros de carácter cualitativo al cambiar los países de origen y con ello el tipo de inmigrante. Antes de la década de los noventa, la incipiente inmigración provenía de Europa e Iberoamérica, mientras que a partir de estos momentos empieza a cobrar mayor relevancia la inmigración procedente del Magreb y del África Subsahariana.

En un breve lapso de tiempo, la composición de la sociedad española se va asemejando a pasos agigantados a la que presenta desde hace ya unas décadas el resto de países de la Unión Europea. En efecto, según el anuario Eurostat del año 2001, España contaba con una tasa de población extranjera muy inferior a la de países europeos de nuestro entorno. En concreto, la proporción que los extranjeros suponían en la población española superaba levemente el 3%, mientras que en la mayoría de países de la Unión Europea esa proporción se situaba entre el 5 y el 10%. Según las cifras oficiales de población del último padrón, aprobado con fecha de 1 de enero de 2003, de los 42.717.064 habitantes de España, 2.672.596 son extranjeros⁸. Los extranjeros ya suponen en España el 6,26%, porcentaje que supone un incremento de un 35,1% con respecto al 4,73 fijado en el año 2002. Esta población extranjera legalmente asentada en España se concentra fundamentalmente en las Comunidades Autónomas de Cataluña (25,38%), Madrid (22,05%), Valencia (15,53%) y Andalucía (10,69%). No obstante, el porcentaje más elevado de población extranjera en relación con la nacional corresponde a Baleares (13,37%) y a Madrid (10,31%), seguidas de Canarias (9,48%) y la Comunidad Valenciana (9,28%)⁹.

De esta población inmigrante, el mayor porcentaje tras la de origen comunitario son los ciudadanos de procedencia ecuatoriana, seguidos por los de nacionalidad marroquí. Según los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, a 1 de enero de 2003, la población marroquí residente en España se elevaba a 378.787 personas, es decir aproximadamente un 15% de los residentes extranjeros en nuestro país. Esta cifra supone casi el diez por ciento de la emigración total marroquí, concentrados en países europeos como Francia, Holanda, Bélgica, Alemania e Italia, países en los que los residentes, los naturalizados y los nacionales originarios de Marruecos o de sus familias oriundas de ese país se aproximan a los 2 millones de personas¹⁰.

[8] Fuente Instituto Nacional de Estadística, datos publicados en El País, jueves de 29 de enero de 2004.

[9] *Ibidem*.

[10] LÓPEZ GARCÍA, B., "Marroquíes en España 1991-2001: confirmación de los perfiles de origen", en *La inmigración en España: contextos y alternativas*, pp. 252.

Figura 2: LA POBLACIÓN EXTRANJERA RESIDENTE EN ESPAÑA POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS. AÑO 2003

Andalucía	Aragón	Asturias	Baleares	Canarias	Cantabria	Castilla-La Mancha
285.620 (10,69%)	62.340 (2,33%)	20.341 (0,76%)	126.631 (4,74%)	179.698 (6,72%)	13.724 (0,51%)	71.013 (2,66%)
Castilla y León	Cataluña	C. Valencia	Extremadura	Galicia	Madrid	Murcia
59.819 (2,24%)	544.670 (20,38%)	415.015 (15,53%)	17.950 (17,950%)	53.888 (2,02%)	589.400 (22,05%)	113.973 (4,26%)
Navarra	P. Vasco	Rioja	Ceuta	Melilla	Total	
38.925 (1,46%)	49.262 (1,84%)	20.791 (0,78%)	3.203 (0,12%)	6.333 (0,24%)	2.672 (6,26%)	

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Figura 3: **RESIDENTES EXTRANJEROS MAGREBÍES EN ESPAÑA. AÑO 2000-2002**

Nacionalidades	Año 2000	Año 2002
Marruecos	199.782	282.432
Argelia	13.847	26.081
Túnez	643	798
Libia	175	-
Mauritania	4.071	4.592

Fuente: Balance 2001. Delegación de Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. Ministerio del Interior

3. Andalucía

La Comunidad Autónoma de Andalucía tiene una especial situación para el estudio del fenómeno migratorio no sólo en España sino también en Europa. Dada su singular situación geográfica, sus costas se han convertido en una de las entradas sur a ese espacio común europeo. Como consecuencia de las políticas restrictivas existentes en cada uno de los Estados miembros, potenciadas si cabe aún más por los condicionantes de los Acuerdos de Schengen, han proliferado las vías clandestinas de acceso a esa llamada nueva “Muralla China” o “Europa Fortaleza”. Nuestra Comunidad Autónoma recibe si cabe con mayor virulencia esa presión migratoria irregular que procede fundamentalmente del Magreb y del África Subsahariana.

Pero Andalucía no sólo se conforma como una región de tránsito hacia otras ciudades de España o de Europa, sino también es el punto de destino para muchos que inician su “sueño europeo”. De este modo, Andalucía aparece no sólo como la región más castigada por la cara más trágica de la inmigración ilegal sino el lugar de residencia para muchos. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, a 1 de enero de 2003, la población extranjera residente en Andalucía, supone el 10,69% de toda la población extranjera residente en España, ocupando de este modo el cuarto lugar entre las Comunidades Autónomas, después de Madrid, Cataluña y la Comunidad Valenciana. Al observar las cifras de años precedentes, se advierte que la población extranjera en Andalucía ha aumentado en una proporción menor que el resto de Comunidades con alta proporción de extranjeros. En efecto, en el año 2002, la población extranjera residente en Andalucía suponía aproximadamente el 14% del total asentada en España, mientras que en el año 2003 ese porcentaje se sitúa alrededor del 11%. Atendiendo a la nacionalidad de los extranjeros residentes, la población más numerosa tras el colectivo perteneciente a la Unión Europea, es sin duda, la magrebí que se elevaba en el año 2002 a un total de 43.453. En concreto, los procedentes de Marruecos se sitúan en 40.476, cuyo grueso se ubica en la provincia de Almería (aproximadamente el 40% del total residente), seguida a gran distancia de Málaga (16%)¹¹.

Son muchos los factores que animan fundamentalmente a los inmigrantes y, en particular, al colectivo magrebí a asentarse en Andalucía: su proximidad geográfica con sus países de procedencia, principalmente Marruecos que permite visitas frecuentes a su familia, o bien la importancia de la agricultura, el sector servicios y la construcción, sectores todos ellos en los que con mayor facilidad se ocupan los trabajadores inmigrantes.

[11]

Para un estudio detallado sobre las cifras de la población extranjera residente en Andalucía, *vid.* 1º Plan integral para la inmigración en Andalucía 2001-2004 elaborado por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, en particular pp. 15-56.

Figura 4: LA POBLACIÓN EXTRANJERA EN ANDALUCÍA POR PROVINCIAS Y PROCEDENCIAS. AÑO 2000

	América Norte	América Sur	Africa	Asia	Oceanía	Apátrida	Europa UE/EEE	Resto Europa
Almería	481	2.056	24.553	535	15	9	4.760	1.778
Cádiz	1.140	769	3.072	679	19	11	4.744	288
Córdoba	334	684	1.183	367	9	4	761	165
Granada	569	1.018	3.368	857	17	8	4.184	403
Huelva	187	409	2.618	174	2	3	1.754	209
Jaén	154	427	1.971	928	4	1	423	114
Málaga	1.752	3.063	7.437	3.387	89	65	36.679	2106
Sevilla	1.124	1.716	2.482	863	22	35	2.808	600
TOTAL	5.741	10.142	46.684	7.790	177	136	56.113	1.527

Figura 5: LA POBLACIÓN MAGREBÍ EXISTENTE EN ANDALUCÍA. AÑO 2002

	Argelia	Marruecos	Túnez	Libia	Mauritania
Almería	506	16.707	36	-	441
Cádiz	204	2.939	4	-	140
Córdoba	61	1.211	9	-	10
Granada	117	3.127	9	-	33
Huelva	242	2.313	1	-	143
Jaén	240	3.168	2	-	34
Málaga	241	8.647	37	-	37
Sevilla	225	2364	8	-	25
TOTAL	1.936	40.476	107	-	934

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

III. LAS MIGRACIONES MAGREBÍES:

APROXIMACIÓN A SUS CAUSAS SOCIALES Y ECONÓMICAS

El Magreb es la región más extensa del mundo árabe que incluye los países de Argelia, Marruecos, Libia, Mauritania y Túnez¹². Cuando hablamos de inmigración magrebí en España se advierte que la colonia marroquí es la que domina casi con exclusividad entre los afincados en España, dado que la presencia del resto de nacionalidades es casi testimonial en nuestro territorio. En el año 2002, de aproximadamente 300.000 residentes, el 92% eran de origen marroquí, seguidos de los argelinos que representaban casi el 6%, siendo el grupo más reducido el de los nacionales libios con un total de 180 personas (0,06%).

Atendiendo a estos datos voy a centrarme en Marruecos, dado que en España hablar de inmigración magrebí es prácticamente sinónimo de hablar de inmigración marroquí. Para atender a esta población es preciso profundizar en las factores que impulsan esa inmigración sin precedentes hacia España que ha quintuplicado en menos de diez años la población residente del colectivo marroquí.

Figura 6: EVOLUCIÓN DEL COLECTIVO MARROQUÍ (1992-2003)

	1992	1995	1998	2001	2002	2003
Marruecos	54.105	74.886	140.896	234.937	282.432	378.787

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

En el mundo contemporáneo el motivo básico que impulsa a las gentes a desplazarse desde sus países de orígenes a otras latitudes lejanas en la distancia y en la cultura es la desesperación ante multitud de factores como la pobreza, la guerra, las violaciones a los derechos humanos o las catástrofes naturales. La ONU estima que en la actualidad, cerca de 150 millones de personas (el 2,5% de la población mundial) viven fuera de su país de origen. Si la desesperación es la causa, sin duda, el impulso hacia ese viaje es la certidumbre de desarrollarse y vivir en un mundo mejor, el “paraíso” para todos. Según un sondeo realizado por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, un 63,82% de los marroquíes sueñan con emigrar en busca de un vida mejor y un 38% estarían incluso dispuestos a arriesgar su vida cruzando el estrecho hacia España¹³.

Siguiendo los estudios elaborados por B. LÓPEZ GARCÍA¹⁴ se pueden esgrimir una serie de causas que impulsarían ese flujo migratorio desde Marruecos a España.

a) Al igual que en otros movimientos migratorios contemporáneos, los *motivos socio-económicos* son la principal causa de las actuales migraciones marroquíes hacia el continente europeo en general y hacia España en particular¹⁵. De los más de 27 millones de marroquíes censados en el año 1998, el 47% de la población se encontraba en situación de precariedad y el 13% viviría por debajo del umbral de la pobreza. La pobreza y el analfabetismo se concentra principalmente en la zona rural donde servicios básicos como la luz o el agua potable alcanzan entre el 15 y el 20% de la población. El analfabetismo llega a cotas altísimas, casi el 90%, en el caso de las mujeres del mundo rural¹⁶.

[12]

A. SEGURA I MAS, *Aproximación al mundo islámico. Desde los orígenes hasta nuestros días*, Editorial UOC, Barcelona, 2002.

[13]

El País, viernes 23 de enero de 2004.

[14]

LÓPEZ GARCÍA, B. (dir.), *Atlas de la inmigración magrebí en España*, Universidad Autónoma de Madrid, 1996; *id.*, “Des clandestins en Espagne: démagogie ici et ailleurs” en ASSOCIATION MAROCAINE D’ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LES MIGRATIONS, *La migration clandestine. Enjeux et perspectives*, Rabat, 2000; *id.*, “La régularisation des Maghrébins sans papiers en Espagne”, en R. Leveau, C. Wihtol de Wenden y L. Mohsen-Finan (Eds.), *Nouvelles citoyennités: réfugiés et sans papiers dans l’espace européen*, Paris, IFRI, 2001; *id.* “Marroquíes en España 1991-2001: confirmación de los perfiles de origen”, *La inmigración en España: contextos y alternativas*, *cit.*, pp. 251-264.

[15]

Como ha puesto de relieve MARTÍN MUÑOZ si bien es cierto que el motivo económico ha sido y es el factor de estímulo principal en la emigración marroquí, existe un cambio evidente en la estructura de las causas económicas. Así mientras que en los años sesenta el impulso hacia la emigración era para la mayoría de los marroquíes “encontrar un trabajo más lucrativo” o “mejorar el nivel de vida”, a partir de la década de los noventa éstos esperan en la emigración “la búsqueda de un empleo”. De este modo, como afirma esta autora “se ha pasado, pues, de la búsqueda del bienestar o de mejora del nivel de vida a un motivo de necesidad más desesperada”. *Vid.* MARTÍN MUÑOZ, G. (Dir.), *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*, Fundación Repsol YPF, Madrid, 2003, p. 44.

[16]

Datos extraídos del estudio de LÓPEZ GARCÍA, B., “Marroquíes en España 1991-2001: confirmación de los perfiles de origen”, *cit.*, p. 252.

b) Marruecos y en general el resto de los países del Magreb experimenta desde hace treinta años unas *fuertes migraciones internas*, un éxodo constante desde la pobreza del mundo rural hacia los núcleos urbanos. B. LÓPEZ GARCÍA, estima que sólo en Marruecos el volumen de migraciones interiores anuales ha oscilado entre 100-150 mil personas en los años setenta, de unas 200-250 mil en los ochenta y de unos 300 mil en los noventa. Los especialistas en la materia coinciden en considerar que estos flujos internos son un eslabón hacia una nueva emigración al extranjero, especialmente a los países de la Unión Europea¹⁷.

c) Uno de los rasgos demográficos más relevantes del Magreb y en general del mundo árabe es un *incremento de la población muy fuerte*. La tasa de crecimiento anual de la población en Marruecos se sitúa en un 1,7% superando el 2% en otros países como Argelia o Mauritania¹⁸. Esto se traduce en una población extremadamente joven que ante la falta de trabajo y el colapso de las ciudades opta por la emigración al exterior¹⁹.

d) Durante los años 60-70 el flujo migratorio procedente del Magreb tenía como destino principal otros países de la entonces Comunidad Económica Europea, fundamentalmente Francia, Holanda o Bélgica²⁰. A partir de los años 80 empiezan a prosperar en estos países *políticas migratorias* restrictivas que harán que la población marroquí empiece a fijarse en España como destino²¹. Además el cierre general de las fronteras europeas junto con la persistencia de las causas sociales, económicas y demográficas marroquíes harán que prosperen redes de inmigración ilegal cuyo destino es aquél de mayor proximidad geográfica: su vecino del norte, España.

Observando las causas que impulsan esa inmigración marroquí, no es aventurado afirmar que el panorama actual debería de dar un giro de noventa grados a efectos de que ese contingente humano no se dirigiera hacia España o, de manera más general, a Europa. Las actuales circunstancias conllevan que la emigración sea la única opción en muchas zonas para el drenaje de la población. Si bien es cierto que nuestro vecino del sur vive un momento histórico con una joven sociedad civil que demanda cambios hacia la modernidad, no es menos que el cambio requerido es, hoy por hoy, sumamente incierto y, en absoluto, todo lo veloz y concienzudo que debiera. Así pues, mientras acontece dicho cambio, la única solución factible parece contribuir mediante programas de cooperación al desarrollo de Marruecos²² con el fin de que la inversión económica retuviera la joven población migrante.

[17]

Íbid. Asimismo destaca esta cadena migratoria SEGURA I MAS, A., *Aproximación al mundo islámico. Desde los orígenes hasta nuestros días*, cit., p. 25.

[18]

El descenso de la natalidad es una realidad ya en Marruecos, no obstante sus efectos no empezarán aún a verse en la población ya que se estima que hasta el 2025 el crecimiento anual no descenderá hasta el 1,1%.

[19]

Ha destacado AL-KHARRAS que para muchos jóvenes marroquíes dada la falta de vías de inserción socio-económicas en su país, el cruce del Estrecho se convierte en el comienzo hacia su promoción social y el camino de su autonomía y emancipación individual. *Vid.* AL-KHARRAS, M., "La inmigración marroquí en España. Percepciones desde dentro y fuera" en G. MARTÍN MUÑOZ (Ed.), *Aprender a conocer. Percepciones sociales y culturales entre España y Marruecos*, Madrid, Fundación Repsol YPF, 2000.

[20]

En el año 2000 la población marroquí emigrante alcanzaba los dos millones de personas, de los cuales el 80% vivía en Europa, en particular en Francia 860.000, en Holanda 245.000, en Bélgica 200.000, en Italia 160.000, en España 162.000 y en Alemania 105.000. *Vid.* BELGUENOUZ, A., *Le Maroc occupable d'emigration et de transit vers l'Europe*, Boukili, Kenitra, 2000.

[21]

El destino migratorio elegido por los marroquíes sigue siendo Francia, sobre todo mediante la reagrupación familiar, siguiéndole en la actualidad España, detrás de la cual aparece Holanda y, a cierta distancia Alemania y Bélgica. Dependiendo de la región de procedencia el destino pesa de manera diferente. Mientras en Alhucemas destaca Holanda con casi la mitad de intenciones, seguida de España (una de cada cuatro), en Nador encabeza Holanda seguida de Alemania. En Larache, Chauen, Tetuán y Tánger, se presenta como el destino preferente. Por su parte, Francia atrae las intenciones de emigrar de las poblaciones de Taza, Uxda, Berkan, Taunat y Uezzan (Fuente: estudio realizado en 1995 por el Plan de Acción Integral para el Desarrollo y la Ordenación del Territorio de la zona norte marroquí junto con el Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos de la Universidad Autónoma de Madrid).

[22]

Con las miras puestas en este objetivo la Unión Europea y sus Estados miembros tienen suscritos con los países del Magreb una serie de acuerdos. Así el 25 de abril de 1976 se firmaron los Acuerdos de Cooperación con la República de Argelia, la República de Túnez y con el Reino de Marruecos (el texto de estos Acuerdos puede verse respectivamente en *DOUE* L n° 263-265, todos ellos de 27 de septiembre de 1978). Más recientemente y con el fin de continuar esta cooperación entre las dos orillas del Mediterráneo, se han suscrito con el fin de sustituir los mencionados Acuerdos de Cooperación de los años setenta, los Acuerdos Euromediterráneos. Hasta la fecha, se han suscrito tales Acuerdos Euromediterráneos con la República de Túnez, el 17 de julio de 1995, y con el Reino de Marruecos, el 26 de febrero de 1996 (los respectivos textos se encuentran en *DOUE* L n° 97, de 30 de marzo de 1998 y *DOUE* L n° 70, de 18 de marzo de 2000).

IV. CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO

1. Inmigración intracomunitaria y extracomunitaria

Antes de aportar aquellas características básicas en cuanto que informadoras de la sociedad multicultural a la que se dirige la sociedad española del siglo XXI, considero crucial distinguir dos flujos migratorios existentes en Europa y también en España: la procedente del exterior, es decir de terceros países, y la intracomunitaria, que procede de otros Estados miembros. Desde todos los aspectos se está ante dos cuestiones completamente distintas tanto en su número, asentamiento, intenciones, nivel cultural y nivel de integración.

a) Según su número. Hasta hace escasamente dos años, la presencia de ciudadanos comunitarios representaba aproximadamente el 50% de los extranjeros residentes en el territorio de los Estados miembros. No obstante, este dato ha cambiado en un breve periodo de tiempo. En efecto, pese a que la instauración de la libre circulación de personas en el territorio comunitario es una realidad, la migración interior permanece constante, mientras que, y pese a los fuertes controles fronterizos exteriores a las migraciones provenientes de terceros países, la presión migratoria exterior es cada vez más fuerte.

b) Según su permanencia. La naturaleza en cuanto a la permanencia de los ciudadanos comunitarios y extracomunitario es diversa. Por regla general, los ciudadanos europeos se desplazan a otros Estados miembros por un periodo determinado. La circulación intracomunitaria se caracteriza por una fuerte movilidad²³. Normalmente, el trabajador europeo regresa a su país de origen tras su jubilación, decide pasar una larga temporada como “turista-residente” en otro país de la Unión o, bien, una vez alcanzada la jubilación decide asentarse en países como España donde el clima es más benévolo y el nivel económico más bajo. Por el contrario, la migración proveniente de terceros países se caracteriza por su permanencia. A la venida del trabajador, le seguirá la de la familia y el nacimiento de los hijos.

c) Según la normativa aplicable. El régimen jurídico de los ciudadanos de los Estados miembros varía ampliamente del fijado para los nacionales extracomunitarios. Mientras que en el primer caso, el sistema parece mostrar todas sus bondades, en el segundo caso todo son dificultades y obstáculos. Desde hace unos años, se asiste en Europa a un movimiento de signo contrario que ha ido conformando paulatinamente la llamada “Europa fortaleza”. Por una parte, Europa aspira a convertirse en un espacio interior sin controles fronterizos donde circulen y residan libremente todos los ciudadanos de la Unión y, como contrapartida, en aras a mantener un nivel óptimo de seguridad interior, se inicia una política de cierre al exterior. De unos años, los Estados miembros continúan facilitando aún más la movilidad de los comunitarios²⁴ al tiempo que imponen fuertes requisitos de entrada a los nacionales de terceros países que deseen acceder, trabajar o residir en la Unión Europea²⁵. En España, esta diversidad de regímenes se aprecia claramente entre el estatuto jurídico instaurado por la Ley 4/2000²⁶, reformada por la Leyes 8/2000 y 14/2003 para los extranjeros en general y el R.D. 178/2003, de 14 de febrero, aplicable a los ciudadanos de otros Estados miembros y del Espacio Económico Europeo²⁷.

[23]

CARLIER, J. Y., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad, en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE Ángel, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000. p. 28.

[24]

A modo de ejemplo, la firma el 28 de julio de 2000, en Marsella, por los Ministros del Interior de Francia, Alemania, Italia y España, ha suprimido la obligación de poseer la tarjeta de residencia para todos aquellos ciudadanos europeos que sean trabajadores, beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente, estudiantes o familiares de estas personas que sean a su vez nacionales de la Unión Europea. Para adaptar nuestra normativa interna a este cambio, entre otros motivos, se ha adoptado el R.D. 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE, de 22 de febrero de 2003).

[25]

Vid. las condiciones uniformes de entrada fijadas por el artículo 5 del Acuerdo de Aplicación del Convenio de Schengen, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1989 (DOUE L nº 239, de 22 de septiembre de 2000). Sobre esta cuestión, Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba-Junta de Andalucía (Ed.), 2003, en particular, pp. 119 ss.

[26]

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000), reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre) y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE, de 21 de noviembre de 2003).

[27]

Cit. supra.

d) **Según su diversidad cultural y grado de integración.** La inmigración exterior se caracteriza por su diversidad cultural, dato que conllevará mayor dificultad a la hora de su convivencia en la sociedad de acogida. Actualmente la mayor presión migratoria que recibe España proviene del Magreb, región formada por países de fuerte raíz islámica. Este fenómeno va a conllevar la aparición en las sociedades de acogida de nuevas minorías que demandan un respeto de su identidad cultural y religiosa. Como veremos esta diversidad afecta al ámbito jurídico y, en concreto, a las relaciones familiares impregnadas fuertemente de todo sentir religioso y cultural. Por el contrario, y pese a cierto rechazo que pudo existir antaño en determinados países europeos a la presencia de inmigrantes procedentes de otros Estados miembros, la inmigración europea se caracteriza actualmente por una asimilación y una fuerte proximidad cultural²⁸.

2. Perfil de la inmigración exterior en España

Si bien es cierto que cualquier estudio que se preste sobre multiculturalidad e integración debe tener como punto de partida los caracteres de la inmigración en la sociedad de acogida, no le falta razón a J. ARANGO VILA-BELDA cuando advierte que “esbozar un retrato de la inmigración en España es cualquier cosa menos fácil”²⁹. Como describe este autor ello se debe fundamentalmente a razones tanto estructurales como coyunturales. Con respecto a las primeras, ha de tenerse muy presente que desde finales de los años 90 “el fenómeno migratorio en España está atravesando un periodo de cambio acelerado y convulso sin precedentes”. Entre las razones coyunturales se incluyen los procesos de regularizaciones que junto con los sucesivos cambios legislativos y reglamentarios operados no facilitan su caracterización.

Teniendo en cuenta dichas dificultades, el especialista en la materia J. ARANGO VILA-BELDA apunta ciertos caracteres de la inmigración en España de comienzos de este siglo. Entre estos, nosotros destacamos los siguientes:

a) **Una inmigración reciente.** En la última década España ha pasado de ser un país de emigración a inmigración³⁰. Hasta los años noventa el saldo migratorio español ha sido negativo, teniendo su punto más álgido en el periodo de 1960-5 cuya tasa se situaba en -3,5%, habiendo que esperar al año 1990 para que adquiriera tímidamente sentido positivo³¹. Este dato conlleva que el fenómeno migratorio en España muestre los problemas propios de su estadio formativo: preocupación por la contención de los flujos, gestión adecuada de fronteras exteriores, clandestinidad en el trabajo, precariedad en la vivienda, etc.

b) **Un volumen reducido pero creciente.** Como consecuencia de estar ante un fenómeno relativamente reciente el número de inmigrantes residentes en España contrasta todavía con los niveles existente en otros Estados miembros. Según la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, a finales del 2002, España contaba con 1.324.001 extranjeros, es decir un 3% del total de su población, contrastando con países tales como Alemania con más de 7 millones de extranjeros, cifra que supone prácticamente un 9% de su po-

[28]

CARLIER, J. Y., “De Schengen á Dublin en passant par Maastricht: Nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles, Bruylant, 1993*, p. 135.

[29]

ARANGO VILA-BELDA, J., “La inmigración en España a comienzos del siglo XXI: un intento de caracterización”, *La inmigración en España: contextos y alternativas*, cit., p. 57.

[30]

Para un estudio detallado sobre este cambio, vid. CACHÓN, L., “La formación de la “España inmigrante”: mercado y ciudadanía”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, enero-marzo 2002, pp. 95-126; ARANGO, J., “Becoming a Country of Immigration at the End of the XXth Century: the Case of Spain” en R. KING, G. LAZARIDIS & C. TSARDANIDIS (Eds.), *Eldorado or Fortress? Migration in Southern Europe*, London, Macmillan Press, 1999.

[31]

Fuente: Eurostat 2000. Destacar lo novedoso del hecho, ya que cuando la media europea se situaba en el periodo 1990-94 en el 2,9% dado que países como Alemania o Austria tenían una tasa superior al 7%, España con 0,4 % tenía la tasa positiva más baja de la Unión detrás de los valores negativos de Italia o Portugal.

blación³². Si tenemos en cuenta las cifras facilitadas por el Instituto Nacional de Estadísticas el número total de extranjeros correspondientes al padrón municipal sería de 2.672.596 en el año 2003, elevándose ese porcentaje desde un 3 a un 6,26%. La amplia diferencia entre la cifra de extranjeros que facilita el INE y el dato de los inmigrantes con permiso de residencia que proporciona el Ministerio de Interior nos muestra otro de los rasgos de la inmigración en España, la alta proporción de aquéllos que se encuentran en situación irregular o indocumentados. Entre estos incluimos aquellos que no consiguieron legalizar su situación en los procesos de regularización, a los que hay que unir los que desde entonces han cruzado ilegalmente la frontera así como el colectivo más numerosos, aquellos que bajo su aparente "visado de turista" devienen en situación irregular tras la expiración de su autorización³³. Si bien su cifra es difícil de concretar no cabe duda que su número es más que significativo.

c) Una composición heterogénea y cambiante. Sin duda, uno de los caracteres de la inmigración española es su diversidad en cuanto a su origen geográfico. Si atendemos a su procedencia por países, a finales del año 2001, el 39% de los extranjeros residentes procedían de Europa, el 28% de América, el 25% de África y el 8% de Asia. De entre todos estos, el colectivo más destacado eran los marroquíes, seguidos de los ecuatorianos y británicos. Por su parte, en el año 2003, el 38,61% procedía de América Central y del Sur, el 34% de Europa, el 19,56% de África y el 4,83% de Asia. Esta heterogeneidad manifestada en cuanto a su procedencia no sólo conllevará una diversidad cultural sino asimismo condicionará sus niveles económicos, su preparación académica o laboral y, por supuesto su grado de integración en la sociedad de acogida.

[32]

Vid. Balance 2002 del Ministerio de Interior.

[33]

Sólo en el año 2002 de los 550.000 latinoamericanos que entraron en España como turistas únicamente salieron 86.000 (*El País*, jueves, 10 de julio de 2003).

Figura 7: EVOLUCIÓN EN LA CUANTÍA Y ORIGEN DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

	31/12/96	31/12/97	31/12/98	31/12/99	31/12/00	31/12/01	31/6/02	% variación diciembre /01 a junio /02
Marruecos	77.189	111.100	140.896	161.870	199.782	234.937	263.174	12,02
Ecuador	2.913	4.112	7.046	12.933	30.878	84.699	132.628	56,59
Colombia	7.896	8.412	10.412	13.627	24.702	48.710	81.709	67,75
Reino Unido	68.359	68.271	74.419	76.402	73.983	80.183	81.685	1,87
Alemania	45.898	49.880	58.089	60.828	60.575	62.506	62.332	-0,28
Francia	31.134	34.308	39.308	42.265	42.316	44.798	45.303	1,13
Portugal	38.316	38.229	42.310	44.038	41.997	42.634	42.648	0,03
China	10.816	15.754	20.690	24.693	28.693	36.143	42.578	17,80
Italia	21.362	22.638	26.514	29.871	30.862	35.647	39.258	10,13
Rumania	1.386	2.385	3.543	5.082	10.983	24.856	38.855	56,32
Perú	18.023	21.233	24.879	27.263	27.888	33.758	37.863	12,16
Rep. Dominicana	17.845	20.381	24.256	26.854	26.481	29.314	31.584	7,74
Argentina	18.246	17.188	17.007	16.290	16.610	20.412	26.248	28,59
Cuba	7.814	10.507	13.214	16.556	19.165	21.467	23.605	9,96
Argelia	3.706	5.801	7.043	9.943	13.847	15.240	18.380	20,60
Países Bajos	13.925	14.467	16.144	17.243	16.711	17.488	17.324	-0,94

Fuente: Balance 2002. Ministerio del Interior

d) **Una inmigración joven.** Dado el estadió migratorio español, la distribución de la población extranjera según grupos de edad muestra una mayor concentración de extranjeros y extranjeras en las edades activas. Tomando las cifras de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a 1 de enero de 2000, el grupo de edad más numeroso es el joven adulto entre 25-44 años que representan el 41,8%, los comprendidos entre 45-64 años alcanzan la cifra del 24%, mientras que los mayores de 65 años se elevan al 14%³⁴. No obstante, la cifra de mayores de 65 años no representa a un inmigrante económico sino, en un alto porcentaje de los casos a ciudadanos europeos que tras su actividad laboral deciden retirarse en nuestro país³⁵. Dado el actual perfil socio-demográfico de la inmigración, podemos confirmar que el balance económico es altamente rentable para la sociedad receptora³⁶. En efecto, como consecuencia de su trabajo éstos ingresan las cantidades correspondientes a las arcas estatales –impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social– mientras que hacen un uso ínfimo de los servicios públicos.

3. La sedentarización y la diversidad cultural

Junto a los caracteres arriba mencionados es preciso destacar dos propiedades del perfil de la inmigración en España a comienzos del siglo XXI. En efecto, si dos rasgos nos interesan cuando nos referimos a los nuevos retos de toda sociedad multicultural, éstos son la sedentarización y la diversidad cultural.

a) **La diversidad cultural.** Un rasgo definitorio de la inmigración en el continente europeo es su heterogeneidad cultural. En concreto, España recibe inmigrantes de prácticamente todas las latitudes: del Magreb, de varios países de América Latina, especialmente del área andina, de los países de la Europa central y oriental –los llamados PECO–, y, se mantiene constante, la entrada de otras zonas prósperas como Estados Unidos y otros países de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo³⁷. Esta diversidad cultural aporta riqueza pero, sin duda, redundante en muchos casos en el llamado “conflicto de civilizaciones”³⁸. Cuando los individuos provienen de Estados cuya normativa no es confesional, los conflictos interculturales no son excesivamente preocupantes³⁹. El problema aflora con toda su virulencia cuando las personas que rebasan las fronteras del Estado de acogida pertenecen a sistemas jurídicos de carácter confesional donde la conducta y la norma se guían por principios religiosos. En definitiva, las mayores dificultades en este sentido se circunscriben al colectivo procedente de sistemas de raíz islámica: como son los magrebíes en Francia, Bélgica, Holanda y ahora también en España; los hindúes y paquistaníes en Gran Bretaña o los turcos en Alemania y Austria.

b) **La sedentarización.** Otro rasgo característico de la inmigración es su sedentarización progresiva, su carácter estable y familiar⁴⁰. A diferencia de otros movimientos migratorios, tales como los realizados en la década de los años 60-70 desde los países del sur de Europa a países centroeuropeos, el actual inmigrante económico aspira junto con su familia a asentarse de modo permanente en la “próspera” economía y sociedad europea. Esta sedentarización tiene a su vez su propio rasgo fruto de la actual sociedad postmoderna claramente tributaria de la globalización. Ha de tenerse en cuenta, en palabras de R. APARI-

[34]

Datos obtenidos del 1^{er} Plan integral para la inmigración en Andalucía 2001-2004, en particular de la parte II “la inmigración en Andalucía. Análisis de la realidad”. Destacar que la media en el resto de España se sitúa en el 8% para el grupo de edad comprendido a partir de 65 años. La razón de esta alta población en edad de jubilación en Andalucía se debe fundamentalmente a ser el destino elegido por numerosos extranjeros de Europa Central y del Norte para fijar su residencia tras su actividad laboral.

[35]

Este dato lo confirma el hecho de que tres de cada cuatro extranjeros fallecidos en nuestro país son de origen europeo.

[36]

Según una estimación, en el año 2001 los inmigrantes ingresaron más de 1800 millones de euros más de lo que recibieron.

[37]

Atendiendo al Anuario sobre Inmigración 2002 elaborado por el Ministerio de Justicia, en la sociedad española el número de nacionalidades con una presencia cuantitativamente relevante –más de 10.000 personas– ascendía a veintitrés.

[38]

MERCIER, P., *Conflicts de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Ginebra, Droz, 1972. P. Mercier planteó su análisis del conflicto de civilizaciones en derecho internacional privado, desde la problemática surgida en las relaciones entre los derechos occidentales y los derechos de los países del tercer mundo, esencialmente las antiguas colonias de los Estados europeos.

[39]

ADAM MUÑOZ, M. D., *La protección de los Derechos de las Mujeres en una sociedad multicultural*, Instituto Andaluz de la Mujer. Junta de Andalucía, Córdoba, 2001, p. 28.

[40]

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2000, p. 18.

CIO GÓMEZ, “la relativización social del espacio físico”⁴¹. Dados los avances tecnológicos en el campo de las comunicaciones, el sedentarismo no supone hoy una ruptura o alejamiento con la cultura de origen. Entre los inmigrantes prolifera el uso de recurrir profusamente a los instrumentos relativizadores de la distancia, las llamadas *tres tes: el teléfono, el transporte y la televisión*. Esta conducta social de “marcharse sin irse del todo” no es irrelevante tampoco jurídicamente. La reactualización de su pertenencia a sus ambientes de origen conlleva asimismo la proliferación de situaciones jurídicas nacidas en el país de procedencia que aspirarán a su reconocimiento en la sociedad europea de residencia. Ello es particularmente factible con instituciones familiares como el matrimonio o la filiación. Si en un país se muestra con aún más clarividencia este fenómeno de la relativización social de la distancia es España, y en particular en Andalucía, con respecto a los inmigrantes de origen magrebí. Efectivamente, la fuerte diversidad cultural unida a la proximidad geográfica, hace que prosperen locutorios telefónicos, se sigan las cadenas de televisión marroquíes o se cruce continuamente el estrecho para visitar a la familia.

Consecuencia de la aludida pluralidad étnica junto con la progresiva sedentarización de estos inmigrantes, España se conforma paulatinamente en una sociedad multicultural donde se plantean numerosos retos que precisan soluciones adecuadas, desde todas las ramas científicas que analizan este fenómeno migratorio. Desde un punto de vista jurídico, las nuevas minorías demandan una protección de su identidad cultural y religiosa que incluya el reconocimiento legal de sus instituciones familiares fuertemente condicionadas por el Derecho musulmán. Como será objeto de análisis, la solución no siempre es sencilla dado que junto con la flexibilidad del sistema que permite aplicar la ley de la nacionalidad de la persona para reglar su estatuto personal, nuestro sistema también conoce la excepción de orden público que impide la aplicación de dicha ley a favor de la ley española en tanto que ley del foro.

[41]

APARICIO GÓMEZ, R., “La inmigración en el siglo XXI: Las novedades de las actuales migraciones”, *cit.*, pp. 33-34.

Bibliografía

- AL-KHARRAS, M.
“La inmigración marroquí en España. Percepciones desde dentro y fuera” en G. MARTÍN MUÑOZ (Ed.), *Aprender a conocerse. Percepciones sociales y culturales entre España y Marruecos*, Madrid, Fundación Repsol YPF, 2000.
- APARICIO GÓMEZ, R.
“La inmigración en el siglo XXI: Las novedades de las actuales migraciones” en III Congreso sobre la inmigración en España: contextos y alternativas, Granada, 2002, p. 31.
- ARANGO VILA-BELDA, J.
“La inmigración en España a comienzos del siglo XXI: un intento de caracterización”, *La inmigración en España: contextos y alternativas*, cit., p. 57.
- ARANGO VILA-BELDA, J.
“Becoming a Country of Immigration at the End of the XXth Century: the Case of Spain” en R. KING, G. LAZARIDIS & C. TSARDANIDIS (Eds.), *Eldorado or Fortress? Migration in Southern Europe*, London, Macmillan Press, 1999.
- BELGUENDOUZ, A.
Le Maroc occupé d’émigration et de transit vers l’Europe, Boukili, Kenitra, 2000.
- CACHÓN, L.
“La formación de la “España inmigrante”: mercado y ciudadanía”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, enero-marzo 2002, pp. 95-126.
- GARCÍA, M., MARTÍNEZ, M. F., Y SANTOLAYA, F. J.
Integración Social y Empleo de Inmigrantes, Sevilla, Junta de Andalucía, 2002.
- LÓPEZ GARCÍA, B., (dir.)
Atlas de la inmigración magrebí en España, Universidad Autónoma de Madrid, 1996.
- LÓPEZ GARCÍA, B.
“Des clandestins en Espagne: démagogie ici et ailleurs” en ASSOCIATION MAROCAINE D’ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LES MIGRATIONS, *La migration clandestine. Enjeux et perspectives*, Rabat, 2000.
- LÓPEZ GARCÍA, B.
“La régularisation des Maghrébins sans papiers en Espagne”, en R. LEVEAU, C. WİHTOL DE WENDEN Y L. MOHSEN-FINAN (Eds.), *Nouvelles citoyennités: réfugiés et sans papiers dans l’espace européen*, Paris, IFRI, 2001.
- LÓPEZ GARCÍA, B.
“Marroquíes en España 1991-2001: confirmación de los perfiles de origen”, en *La inmigración en España: contextos y alternativas*, pp. 252.
- MARTÍN MUÑOZ, G. (Dir.)
Marroquíes en España. Estudio sobre su integración, Fundación Repsol YPF, Madrid, 2003.
- MARTÍN MUÑOZ, G. (Ed.)
Aprender a conocerse. Percepciones sociales y culturales entre España y Marruecos, Madrid, Fundación Repsol YPF, 2000.
- RINKEN, S.; DESRUES, TH., RODRÍGUEZ-MORCILLO BAENA, L., RODRÍGUEZ ORTIZ, E., Y PÉREZ YRUELA, M.
“Cuantía y características de la población inmigrante en Andalucía”, en *Actas del III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en España*, Junta de Andalucía (Ed.), 2003, pp. 9-25.
- SEGURA I MAS, A.
Aproximación al mundo islámico. Desde los orígenes hasta nuestros días, Editorial UOC, Barcelona, 2002.



CAPÍTULO II

**Sociedad multicultural
y derecho de familia**

Por: Irene Blázquez Rodríguez



1. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, España y, en particular la Comunidad Autónoma de Andalucía, reciben a través del estrecho una fuerte presión migratoria procedentes del Magreb y del África Subsahariana. El punto de partida de este flujo de personas es una realidad bien diversa en todos los sentidos: económica, política, social y jurídica. Consecuencia de esta inmigración, la sociedad española de principios del siglo XXI, como ya previamente sucedió con la europea, se conforma paulatinamente en una sociedad multicultural donde los nuevos retos derivados de ese choque de civilizaciones demandan desde todos los sectores una gestión adecuada. A diferencia de épocas anteriores en el que la inmigración era eminentemente europea o norteamericana y, por tanto, con una identidad cultural próxima donde las fricciones de la convivencia entre civilizaciones resultaban mínimas y de solución más sencilla, esta vez la realidad es bien distinta. En efecto, se trata de ciudadanos procedentes de países islámicos que desean asentarse y que sea respetada su identidad cultural y religiosa en una sociedad europea eminentemente laica.

Esta sociedad multicultural requiere una respuesta adecuada social, política y jurídicamente que al tiempo que respete la identidad cultural del emigrante garantice el respeto de los valores fundamentales de nuestra civilización. En la búsqueda de este equilibrio, los poderes públicos estudian el modelo de respuesta apropiado que salvaguarde su realidad cultural y religiosa así como asegure su integración en la sociedad de acogida.

El sistema jurídico habrá de aportar asimismo respuestas adecuadas a la exigencias de una nueva sociedad plural donde el legislador y el juez habrán de moverse continuamente entre el respeto de instituciones nacidas fruto de su identidad musulmana y la salvaguardia de los valores constitucionales base de nuestro ordenamiento jurídico. El Derecho es una pieza clave de la idiosincrasia del individuo, más aún cuando procede de países musulmanes donde la cultura, la religión y el derecho tienen unos límites difusos. El estatuto personal es el ámbito donde las relaciones jurídicas hunden más directamente sus raíces en los principios del Islam, de modo que al tiempo que resulta un ámbito clave en aras de salvaguardar la identidad cultural del individuo, es el sector que mayores problemas conlleva a la hora de su reconocimiento en sistemas jurídicos laicos, de inspiración cristiana, como el nuestro.

Muchas son las incógnitas y las dificultades existentes pero, sin duda, ahora es el momento de reflexionar en este sentido. La sociedad española se encuentra en el primer estadio hacia una realidad plural; actuando desde un inicio evitaremos respuestas que en países del entorno europeo han resultado apresuradas y fruto de una presión social fuerte que han impedido la reflexión que toda respuesta adecuada precisa.

Tras haber realizado una aproximación a los caracteres de la inmigración magrebí en España, el presente capítulo nos introduce a los nuevos retos de esta emergente sociedad cultural y religiosamente plural. En primer lugar, bajo el título “sociedad multicultural y familia” nos adentraremos en el difícil equilibrio entre el respeto a la identidad cultural del inmigrante y la integración en la sociedad de acogida latente en todos los modelos de respuesta social a esta diversidad étnica. Y, en una segunda parte, tras una aproximación a la categoría jurídica de “estatuto personal”, nos adentraremos en las respuestas esbozadas por los sistemas jurídicos occidentales a esta diversidad cultural proveniente de países musulmanes.

II. SOCIEDAD MULTICULTURAL Y FAMILIA

1. La multiculturalidad: carácter de la sociedad postmoderna

Al hablar de inmigración y, en concreto, de la convivencia de sus actores en la sociedad de acogida, es común insistir en el carácter multicultural del grupo social resultante. Según W. KYMLICKA, el multiculturalismo se basa en las diferencias nacionales y étnicas: “*utilizando cultura como sinónimo de nación o pueblo; es decir, como una comunidad intergeneracional más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte una lengua y una historia específica*”. Atendiendo a dicha definición de “cultura”, un estado es multicultural bien si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un estado multicultural), bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un estado poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política⁴².

Si bien la noción multiculturalismo y sus derivados es un término propio de nuestros días, el fenómeno al que hace referencia, es decir la combinación en un territorio determinado de diversas culturas, no es una característica exclusiva de la era actual tanto si dicha noción es entendida desde un punto de vista endógeno o exógeno⁴³. En efecto, no se puede obviar el sentido ecuménico del individuo que tiende a ir más allá de sus fronteras, de su cultura y a relacionarse con otros social y también jurídicamente diferentes⁴⁴. Para W. KYMLICKA hay diferentes formas de pluralismo cultural que generan diferentes conflictos demandando respuestas particulares⁴⁵. Las principales son dos según las causas de su génesis: la colonización de sociedades anteriormente autónomas y la inmigración voluntaria de personas.

Si desde un punto de vista general, la multiculturalidad no es un carácter exclusivo de las sociedades postmodernas sí es cierto que en éstas convive con la llamada globalización o mundialización. En la sociedad contemporánea se producen dos fenómenos de signo diverso⁴⁶. Por un lado, la tendencia hacia una homogeneización que potencia una integración no sólo económica sino también social y política. Y, por otro, la diversidad étnica es hoy una constante en gran parte de los países debido a la intensificación de los movimientos migratorios. Ello conlleva como ha destacado E. JAYME que las fuerzas ideológicas actuales se constituyen por ideas radicalmente divergentes: una voluntad de integración económica, por un lado, y la toma en consideración de la identidad cultural de la persona, por otro⁴⁷. Dichos caracteres de integración y diversidad cultural también están presentes en la actual sociedad española. Desde el año 1986 España forma parte de las Comunidades Europeas, organización de integración con fines, que si bien en su origen eran exclusivamente económicos, en el presente pretende la armonización de aspectos tanto políticos como sociales. Por otro lado, nuestro país, siempre encuentro entre oriente y occidente, territorio multicultural por antonomasia en épocas anteriores, conocía hasta épocas muy recientes una homogeneización social muy fuerte y desconocida por sus socios europeos. Este hecho, no es preciso que insista, está cambiando en nuestro país a pasos agigantados como consecuencia de la presión migratoria procedente del continente africano. Por ello podemos afirmar que con dificultad pero con seguridad se está construyendo en España una sociedad multicultural.

[42] KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 36.

[43] Como ha señalado A. CABRAL desde una perspectiva endógena, desde siempre las sociedades se encuentran más o menos escalonadas en extractos y subextractos de origen económico, profesional, social entre otros, lo que las configuraba como separadas por membranas que delimitaban diferentes subculturas. Por otra parte, al situarnos en la perspectiva exógena también encontramos el concepto en toda su operatividad, al menos desde las conquistas territoriales y la formación de los grandes imperios, habiendo conocido un particular acrecido en el período de los descubrimientos y de las colonizaciones. Vid. CABRAL, A., *Entre a multiculturalidade e a interculturalidade portuguesas em França*, Fernando Pessoa (Ed.), Oporto, 2000.

[44] CARRILLO SALCEDO, J. A., *Derecho Internacional Privado*, 3ª Ed. Madrid, 1983, p. 22.

[45] KYMLICKA, W., *La citoyenneté multiculturelle*. Paris, La Découverte (Ed.), 2000, p. 24.

[46] Siguiendo el pensamiento de MAESTRE CASAS, P., “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado”, en CALVO CARAVACA A. L., Y IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 196.

[47] JAYME, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *R. des C.*, T. 251, 1995, pp. 33.

Este multiculturalismo también llega al Derecho, demandando una respuesta adecuada a la nueva realidad plural. El Derecho no es sólo un conjunto de normas que conceden prerrogativas y que imponen obligaciones, sino que es ante todo el establecimiento de un orden entre los hombres para el desenvolvimiento de su personalidad sin menoscabo de sus respectivas libertades⁴⁸. El sistema legal en sus diversas manifestaciones legislativa y judicial debe responder adecuadamente a esa sociedad plural tomando en consideración la idiosincrasia de los individuos que la forman.

Entre las distintas causas⁴⁹ que han impulsado la adecuación de los sistemas jurídicos a las nuevas exigencias hemos de destacar fundamentalmente dos. Una de carácter objetivo, la intensificación de un movimiento migratorio hacia Europa donde los ciudadanos que se trasladan de un Estado a otro tienen ánimo de asentarse y lo hacen con fuertes raíces culturales. Y otra de tipo ideológico, la civilización postmoderna caracterizada por un pluralismo de estilos y de valores desconocidos en otro tiempo exige el respeto de la identidad cultural de los individuos. Esta diversidad de estilos se manifiesta con fuerza en la esfera privada del individuo y particularmente en sus relaciones familiares, ámbito sensible al sentir cultural y religioso de la persona. En definitiva, al igual que en el plano social se produce una tensión cuando cohabita una pluralidad étnica en un mismo territorio, también aflora en lo jurídico al intentar compatibilizar el respeto de la identidad cultural de cada uno con los valores y principios constitucionales de la sociedad de acogida. Esta coexistencia dará lugar a fricciones mínimas cuando se trata de sociedades, culturas y sistemas jurídicos parejos, pero producirá una mayor problemática cuando la diversidad es mayor y, en particular cuando las personas que rebasan las fronteras del Estado de acogida pertenecen a sistemas jurídicos de carácter confesional, tal como el islámico⁵⁰. Surgirán cuestiones no sólo relativas a su lengua, al reconocimiento de su folklore sino también en cuanto a diversidad de prácticas matrimoniales, disoluciones del vínculo conyugal o relaciones paterno-filiales inadmisibles a la luz de nuestros valores constitucionales. Este pluralismo jurídico, social y cultural hará necesaria la presencia de un sistema con un método apropiado para ordenar las interrelaciones que se producen entre dos o más grupos⁵¹. En concreto es el Derecho internacional privado la rama del Derecho que está llamada a pacificar las posibles tensiones que surgen cuando personas pertenecientes a diferentes grupos se relacionan entre sí⁵².

2. Respeto a la identidad cultural

2.1. La protección de la identidad cultural del inmigrante

La naciente población inmigrante existente en nuestro país tiene, tal cual es el caso de la magrebí, importantes raíces culturales que desea conservar en el nuevo país de residencia. Si en un primer momento la preocupación principal del inmigrante es regularizar su situación mediante la obtención de los respectivos permisos de residencia y trabajo, una vez esto acontece el siguiente paso será reclamar el respeto de su identidad cultural, elemento clave para el desarrollo de su personalidad en la nueva sociedad.

[48]

Siguiendo la definición dada por DE COSSÍO, A., *Instituciones del Derecho Civil. Parte General*, Civitas, 1988, p. 25.

[49]

ABARCA JUNCO ha identificado las causas remotas que propiciaron la transformación del Derecho y su adaptación a la sociedad multicultural. La autora destaca las tres siguientes: en primer lugar, la desaparición del formalismo jurídico que vuelve a dotar al derecho de un contenido concreto de justicia; en segundo término, la importancia otorgada a los derechos humanos que, constitucionalizados han impregnado al Derecho de su contenido ético; y por último, la aparición del Estado social de Derecho que da al Estado un papel crucial responsabilizándolo del bienestar de sus ciudadanos a través incluso de su intervención en la vida privada. Ver ABARCA JUNCO, P., "La regulación de la sociedad multicultural", CALVO CARAVACA, A. L., Y IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 164.

[50]

GANNAGÉ, P., "La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales", *R. des C.*, 1979, T. 164, pp. 347-423.

[51]

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "Minorías y Derecho internacional privado: Introducción", en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (Ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*", Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2001, p. 301.

[52]

Sobre el papel del Derecho internacional privado ante la pluralidad cultural, *vid.* WENGLER, W., "The General Principles of Private International Law" en *R. des C.*, T. 104, 1961, pp. 19 ss.

Como destacamos anteriormente, la época postmoderna se caracteriza por el papel crucial que los individuos otorgan a la protección de su identidad cultural. Este sentir es recogido por los Estados y otros actores como las organizaciones internacionales. Así la recientemente aprobada *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión* tras prohibir toda discriminación, entre otras cuestiones, por razón de raza, color, orígenes étnicos, lengua, religión o por pertenencia a una minoría nacional, no olvidará en su art. 22 que “la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”. Asimismo el Comité Económico y Social de la Unión Europea en su Dictamen sobre el documento, “*La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada*” se ha expresado de la siguiente manera:

“Los aspectos culturales son muy importantes. La diversidad cultural es una característica propia de la Europa democrática y pluralista. La inmigración procedente de países terceros aporta mayores elementos a nuestra diversidad, enriqueciendo culturalmente nuestras sociedades. La cultura no puede ser entendida como algo inamovible, sino que debe verse como algo en permanente evolución que se enriquece con las más variadas aportaciones. Con esta visión dinámica de nuestro desarrollo cultural deberán integrarse las aportaciones culturales que hacen las personas inmigradas”^[53].

En el Viejo continente la preocupación por una protección de las minorías culturalmente diversas se ha limitado básicamente a las minorías nacionales, es decir a “aquellas colectividades formadas por los ciudadanos de un Estado pero demográficamente minoritarias en su seno, que han generado y mantienen una identidad colectiva diferenciada de la del resto de la población de dicho Estado, a partir de la singularidad de su raza, etnia, lengua, religión, historia o cultura”^[54]. En esta línea se sitúa el *Convenio elaborado en el marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales*, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995^[55]. Lo deseable sería que el mencionado Convenio extendiera su ámbito de aplicación personal a las minorías no nacionales, a esos inmigrantes residentes que dada su peculiaridad cultural y étnica serán las minorías del futuro en el Estado de acogida. Desde mi parecer, ello sería lo más adecuado dado que este Convenio al compeler a los Estados firmantes al respeto de la identidad en el marco de una integración no agresiva de los mismos, establece como parámetro de actuación la conservación de un equilibrio entre los valores en presencia^[56].

En la actualidad, el derecho a la identidad cultural de las minorías extranjeras se encuentra en el propio texto constitucional español. El artículo 13.1 al disponer que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley” está dotando a todos los extranjeros por el hecho de ser persona de las libertades consagradas en el Título I de la Constitución. Además tales normas deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”^[57]. J. M. ESPINAR VICENTE insiste que considerando el límite mínimo que supone el respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el art. 14 de la Constitución ampara una diversidad de tratamiento al que no es objetivamente igual. A par-

[53] Dictamen sobre el documento “La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada”, punto 1.7, DOCE C n° 125, de 27 de mayo de 2002.

[54] En palabras de CALDUCH CERVERA, R., “Soluciones Regionales para la Protección Internacional de las Minorías en Europa”, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., (Ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2001, p. 98.

[55] BOE de 23 de enero de 1998. El mencionado Convenio del Consejo de Europa recoge básicamente el espíritu de la Declaración 47/135, de 18 de diciembre de 1992, de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

[56] Como ha señalado ESPINAR VICENTE este Convenio asienta sus bases sobre dos pilares: el de la prohibición de desarrollar políticas de asimilación sociocultural que fueren la voluntad de las minorías y el de la obligación de articular y desarrollar sus tradiciones, creencias y cultura en el territorio de cada Estado Parte. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., “Sociedad Multicultural y Derecho internacional privado”, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., (Ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla 6-9 de abril de 1999)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, p. 187.

[57] Art. 10.2 de la Constitución Española.

tir de aquí este autor especifica que “es cuando pueden establecerse fórmulas jurídicas que permitan al inmigrante vivir en consonancia con sus creencias y en armonía con sus tradiciones, del mismo modo que se permite al español desarrollar libremente su personalidad dentro del modelo cultural que elija”⁵⁸.

2.2. El derecho como parte de la identidad cultural del individuo

La importancia dada en la época actual a la identidad cultural y su consiguiente protección se extiende a sus más diversas expresiones exteriores como son la lengua, la religión, las costumbres y otras tradiciones de la comunidad de origen. Siguiendo las palabras de E. JAYME: “Entre esas tradiciones que caracterizan esta identidad figuran igualmente ciertas reglas de derecho, sobre todo en materia de derecho de las personas y de la familia, inspiradas a menudo en convicciones religiosas”⁵⁹. El Derecho en tanto que manifestación cultural de una sociedad determinada tiene su máxima expresión en los estados confesionales de tipo islámico, es decir aquellos sistemas donde las normas religiosas son normas jurídicas que rigen la vida de la comunidad o donde el Islam es fuente de inspiración para el legislador⁶⁰. No obstante, no todas las ramas del Derecho en los países islámicos sufren la misma injerencia de la religión, de hecho, el único ámbito en el cual el derecho es fuertemente influenciado por el Islam es en el estatuto personal. Es pues en las materias relativas a la persona y a la familia donde el derecho musulmán condiciona el contenido del derecho positivo, y es también precisamente el ámbito que los individuos tienen mayor interés en preservar como parte fundamental de su identidad. Como será objeto de análisis a lo largo de este trabajo, es en las instituciones apegadas a la persona donde se producirán los mayores conflictos a la hora de reconocer ese derecho musulmán que acompaña al inmigrante magrebí incluso una vez adquirida la nacionalidad española.

En definitiva cuando se trata de respetar la identidad cultural del individuo ésta no se limita a aceptar su lengua, su modo de vestir, sus costumbres gastronómicas sino también a admitir otras formas de manifestarse de esa misma cultura como el matrimonio poligámico, el repudio, el papel de la mujer o incluso la mutilación genital femenina⁶¹.

3. Integración versus diversidad cultural

3.1. Noción y modelos de respuesta social a la diversidad

La cohabitación de diversas culturas en un mismo territorio produce una serie de conflictos en la medida en que se generan relaciones de dominación y sumisión entre la nueva cultura y la sociedad de acogida. A fin de garantizar una coexistencia pacífica y la cohesión social adecuada, estos conflictos demandan la puesta en marcha de estrategias para el asentamiento y la convivencia, es decir para la integración. Con la llegada de una población inmigrante se produce el desafío de la integración social⁶², desafío que conllevará mayores retos en proporción a la diversidad cultural generada.

[58]

ESPINAR VICENTE, J. M., “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, *cit.* pp.189-204, en particular p. 203.

[59]

JAYME, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *cit.*, p. 167. En este mismo sentido ZWEIGERT, K., ha insistido que “todo Derecho es un fenómeno cultural de suerte que las normas jurídicas jamás pueden ser consideradas independientemente del contexto histórico, social, económico, psicológico y político en el que surgen” (“Des solutions identiques par des voies différentes. (Quelques observations en matière de droit comparé)”, *RIDC*, 1966, vol. 1, pp. 13-14).

[60]

CHARFI, M., “L’influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans”, *R. des C.*, 1987, t. 203, pp. 321-454.

[61]

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “Minorías y Derecho internacional privado: introducción”, en *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, *cit.*, p. 307.

[62]

TROYANO PÉREZ, J. F., “Identidad, solidaridad e integración social del inmigrante”, en SERRA SALMÓN, L., (Coord.), *Inmigración extranjera en Andalucía (III Seminario sobre la inmigración extranjera en Andalucía)*, p.167.

Siguiendo los estudios en el campo de la sociología realizados por C. SOLÉ se entiende por integración “el proceso continuo de negociación entre grupos sociales que define la copresencia de estos grupos en el espacio público”⁶³. Como ha destacado esta misma socióloga, de este proceso deriva asimismo “el reconocimiento mutuo de los sistemas normativos y de valores propios de cada uno de los grupos de interacción a fin de posibilitar unos mínimos de convivencia”. En palabras de R. BAUBÖCK, este proceso de integración debe ser entendido como “un proceso de adaptación recíproco entre los inmigrantes y la mayoría”⁶⁴. De este modo, su objetivo que es que el inmigrante sea y se sienta parte de la sociedad se convierte en una tarea ardua para todos: las administraciones públicas, los educadores, los sociólogos, así como para los juristas en su faceta tanto de jueces como legisladores. Esta dificultad se debe a que este “gran proyecto de la integración” se mueve entre la asimilación y el respeto a la identidad cultural. En efecto, este ser y sentirse parte de la sociedad es contraria a la exclusión social y también a la asimilación⁶⁵.

En las sociedades multiculturales las estrategias de asentamiento y convivencia entre nacionales e inmigrantes han girado en torno a tres referentes: el modelo asimilacionista, el modelo integracionista y el modelo multicultural⁶⁶.

- **El modelo asimilacionista** se basa en la superioridad de la cultura de acogida frente a la más débil del inmigrante. Este tipo de estrategias se asienta en una visión monocultural del fenómeno migratorio donde el padrón cultural es el de la sociedad de recibimiento, de modo que la población inmigrante va a sufrir una aculturación con el fin de ser englobada en el grupo mayoritario. En este tipo de modelo de asentamiento el Estado se limitará a intervenir exclusivamente en defensa de la cultura autóctona, ante el hecho de sentirse amenazada por la nueva cultura aportada por la población inmigrante⁶⁷.
- **El modelo integracionista** aspira a que el inmigrante sea y se sienta parte de la sociedad de acogida garantizando el respeto a su identidad cultural. La integración opta por la salvaguarda de la diversidad presente en los espacios socioculturales heterogéneos. Cuando se opta por la integración la intervención de los poderes públicos se va a materializar en la admisión de determinadas prácticas culturales de los emigrantes que va más allá de las relativas a su esfera privada⁶⁸.
- **El modelo multicultural** sobre la base de una plena igualdad entre los nacionales y los inmigrantes intenta conciliar las culturas de origen y de llegada. El riesgo de este modelo sería la aparición de guetos excluidos socialmente, así como la aceptación de determinadas prácticas culturales que podrían a menudo producir importantes mermas en derechos y libertades básicas en los grupos más débiles como mujeres o menores⁶⁹.

De estos modelos esbozados, entre el primero que se considera inadmisibles en toda sociedad democrática y de derecho, y el tercero que dada la alta diversidad cultural es utópico al mismo tiempo que presenta importantes puntos débiles, los poderes públicos han optado por estrategias en el marco de un modelo integracionista. Además, esta integración debe enfocarse desde un punto de vista global, así en palabras de G. MARTÍN MUÑOZ, en su estudio sobre la integración

[63] SOLÉ, C.; ALCALDE, R.; PONT, J.; LURBE, K.; Y PARELLA, S.; “El concepto de integración desde la sociología de las migraciones”, *Revista Migraciones*, nº 12, diciembre 2002, p. 35. Existe una ardua polémica sobre el concepto de integración en la sociología moderna y contemporánea así como su distinción de otros conceptos, sobre este debate, *vid.* HERRERA, E., “Reflexiones en torno al concepto de integración en la sociología de la inmigración”, *Revista Papers*, núm. 43, pp. 71-76; BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, C., “los inmigrantes y su integración. Apuntes en torno a una creciente nebulosa de conceptos, modelos y políticas”, en *La inmigración en España: contextos y alternativas (III Congreso sobre la inmigración)*, 2002, pp. 71-81.

[64] BAUBÖCK, R., *The Integration of immigrants*, Council of Europe, 1994. En este mismo sentido, SALT, J., afirma que un proceso exitoso de integración ha de constar necesariamente de tres elementos: a) la adaptación de los inmigrantes a la sociedad que los recibe; b) La adaptación de la sociedad receptora a los inmigrantes; c) La generación de comunicaciones adecuadas entre las dos poblaciones y entre cada una de ellas y los gobiernos. *vid.* MARTÍN MUÑOZ, G., “La cuestión de la integración”, en *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*, *cit.*, p. 23 donde cita a SALT, J., “Magazin European Migration: The case for a new policy approach”, ponencia presentada en Junio de 1998 en la Conferencia *International Migration Challenges for European Population*, organizada por la European Association for Population Studies y la Universidad de Bari.

[65] TROYANO PÉREZ, J. F., “Identidad, solidaridad e integración social del inmigrante”, *cit.*, p. 168.

[66] A estas estrategias de actuación pueden agregarse otras puestas en práctica fundamentalmente en Estados Unidos de América. Estas son: la *ciudadanía multicultural*, que acepta la participación de todos en la vida pública; el *modelo maximilista*, que preconiza la autonomía completa de cada grupo; el *corporate culturalism*, que tiene como preocupación mayor la internacionalización de los mercados, por tanto se preocupa más de lo económico que de lo social; y el *cultural multiculturalism*, que pretende crear espacios comunes de diálogo. *vid.* DE CARLO, M., *L'intercultural*, París, 1998, pp. 36-37.

[67] ESPLUGUES MOTA, C., “Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, en *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Consejo General del Poder Judicial (Ed.), 2002, p. 98.

[68] ESPLUGUES MOTA, C., “Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, *cit.*, p. 99.

[69] RODRÍGUEZ BENOT, A., “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial (Ed.), 2002, p. 41. Sobre la situación de los menores y las mujeres en el marco de la integración y el respeto a la identidad cultural, *vid.* ALSTON, PH., (Ed.) “The Best Interest of the Child”, en *Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Paperbacks/UNICEF, Oxford, 1994; ASIN CABRERA, M. A., “La imagen del menor en

de los marroquíes en España, afirma que los principios que deben presidir la aplicación práctica de la misma han de ser “la igualdad de derechos, condiciones, obligaciones y oportunidades con la población autóctona, así como el principio de la igualdad de culturas y el derecho a la propia identidad; se deben combinar los planteamientos socioeconómicos con los culturales; y se debe trabajar en un marco de interculturalidad porque significa inter-relación, dinamismo y adecuaciones mutuas”⁷⁰. En la misma línea de pensamiento, la Comisión europea ha destacado en varias ocasiones, la más reciente en su Comunicación de 3 de junio de 2003 sobre “inmigración, integración y empleo”⁷¹, que entre los principios en los que deben basarse las políticas de integración “el más importante es el relativo a la necesidad de aplicar un planteamiento holístico que tenga en cuenta no sólo los aspectos económicos y sociales de la integración sino también los problemas relacionados con la diversidad cultural y religiosa, la ciudadanía, la participación y los derechos políticos”.

3.2. Integración, diversidad cultural y Derecho

La disyuntiva suscitada en relación a las estrategias a seguir para la adecuada integración del inmigrante en la sociedad de acogida se extiende necesariamente al campo jurídico. Ello es lógico, si recordamos por un lado que “todo Derecho es un fenómeno cultural”⁷² y, por otro, que la integración concebida como un proceso continuo de negociación entre los distintos grupos en presencia conlleva “el reconocimiento mutuo de los sistemas normativos y de valores propios de cada uno de los grupos de interacción”⁷³.

La convivencia en un mismo territorio de culturas diversas da lugar a una serie de fricciones y desencuentros que en Derecho denominamos “conflicto de civilizaciones”, dado que las manifestaciones propias de la identidad cultural del individuo o del grupo genera tensiones con valores universales generalmente admitidos. Este conflicto se aprecia nítidamente en las relaciones entre el Islam y Europa ya que se está ante dos civilizaciones con diferencias fuertemente acusadas que van desde la concepción del hombre, la religión hasta la laicidad de su vida política y social⁷⁴.

El Derecho ante la problemática que suscita esta convivencia multicultural se moverá asimismo entre dos dinámicas contradictorias: la del respeto de la diversidad cultural del colectivo inmigrante y la integración de las minorías en su actual espacio convivencial, es decir la sociedad española⁷⁵. De este modo, las opciones serán bien reconocer la diversidad permitiendo la pervivencia de su ley nacional de origen a efecto de reglamentar aspectos tales como las relaciones personales o familiares; o bien, asimilar al extranjero imponiéndole a todos los efectos la ley del Estado de acogida. La cuestión no es sencilla dado que las dificultades aflorarán en uno u otro sentido.

- En primer lugar, reconocer la regulación de determinadas instituciones propias del país de origen conlleva en importantes aspectos a desencuentros de difícil solución con valores y principios constitucionales propios de los sistemas europeos de corte laico y de inspiración cristiana. En efecto, los extranjeros mayoritarios en Europa proceden del mundo musulmán, es decir de sistemas sociales y jurídicos cuyos principios informadores son en aspectos cruciales contrarios a

el Derecho de familia islámico: problemas culturales de identidad e integración”, en *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales)*, BOE, Madrid, 1999, pp. 155 ss; *idem.*, “La mujer y el Derecho islámico: problemas culturales y de identidad cultural”, en GÓMEZ RODRÍGUEZ, A., Y TALLY, J. (EDS.), *La construcción cultural de lo femenino*, Centro de estudios de la mujer de la Universidad de La Laguna, 1998, p. 105 ss; ADAM MUÑOZ, M. D., *La protección de los Derechos de las Mujeres en una sociedad multicultural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001.

[70] MARTÍN MUÑOZ, G., “La cuestión de la integración” en *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*, *cit.*, p. 24.

[71] *Cit.*, p. 20. *Vid.* asimismo Comunicación sobre una política comunitaria de migración, COM(2000) 757, de 22 de noviembre de 2000 y COM(2001) 387.

[72] En palabras de ZWEIGERT, K., “Des solutions identiques par des voix différentes. (Quelques observations en matière de droit comparé)”, *cit.*, pp. 13-14.

[73] SOLÉ, C., ALCALDE, R., PONT, J., LURBE, K., Y PARELLA, S., “El concepto de integración desde la sociología de las migraciones”, *cit.*, p. 35.

[74] DÉPREZ, J., “Droit international privé et conflits de civilisations”, *R. des C.*, vol. 211, 1988, p. 36. Sobre el origen y significado de la noción “conflicto de civilizaciones”, *vid.*, MERCIER, P., *Conflicts de civilisations et Droit International Privé. Polygamie et repudiation*, Ginebra, Droz, 1972; HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones*, Barcelona, 1996; *Id.* “The Clash of Civilizations”, *Foreign Affairs*, vol. 72, 1993, pp. 22-49.

[75] ESPINAR VICENTE, J. M., “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, *cit.*, p. 183.

los valores occidentales. Entre otros ejemplos podemos citar instituciones familiares donde prácticas admitidas por los países de corte islámico como la poligamia o el repudio resultan contrarias a nuestro orden público.

- En segundo lugar, la opción de imponer el derecho del Estado de acogida resulta asimismo altamente peligroso no sólo ante la dificultad *a posteriori* de reconocer tales instituciones en el país de procedencia⁷⁶ sino asimismo por el riesgo de privar al extranjero de su propia identidad cultural donde una de sus manifestaciones más preciada es el derecho y la religión. En efecto, esta última opción también es inviable para cualquier sociedad multicultural que se preste. Como ha definido A. TOURAINE “el multiculturalismo sólo tiene sentido si se define como la combinación, en un territorio dado, de una unidad social y de una pluralidad cultural mediante intercambios y comunicaciones entre actores que utilizan diferentes categorías de expresión, análisis e interpretación”⁷⁷.

Así las cosas, ante el debate para la integración de los inmigrantes entre su sometimiento a la ley del Estado receptor o el mantenimiento de la identidad cultural donde habría que incluir el derecho, la única vía admisible es una “integración flexible”. En palabras de P. ABARCA JUNCO “una integración en los valores de la civilización (comunidad universal de derechos e intereses de todos los seres humanos que está por encima y relativiza la pertenencia a una cultura), es decir, derechos humanos y diversidad en los valores culturales, cuestiones accesorias que no afecten a esos derechos humanos”⁷⁸. Éste parece ser el sentido de la integración como objetivo a alcanzar por el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España, conocido como el Plan Greco, cuyos párrafos encargados de concretar el objetivo de la “integración” dicen así:

“Un objetivo fundamental de la política de extranjería e inmigración debe ser la adaptación e integración de los nuevos inmigrantes extranjeros en España, en la sociedad a la que van a pertenecer (...) El marco de convivencia será la Constitución y las leyes españolas a las que, con mayor o menor esfuerzo dependiendo de sus raíces culturales, habrán de adaptarse, respetar y disfrutar, en una sociedad democrática en la que el respeto, la tolerancia y la igualdad son valores en los que creemos firmemente, que enseñamos a nuestros niños y jóvenes y por los que luchamos para que sean respetados por todos. El catálogo de derechos y obligaciones que los españoles nos hemos concedido en la Constitución y en nuestras leyes es el que ha de beneficiar a todas las personas y a sus familias cuando vienen a convivir entre nosotros como residentes y constituir así su mejor marco de integración”⁷⁹.

3.3. La Administración pública frente a la integración ¿Hacia qué modelo vamos?

A partir de la década de los noventa, la agenda política española ha incluido la integración social como una de las piezas claves de su política de inmigración. Esta planificación pública se desarrolla a distintos niveles, ya que junto con la actuación estatal, habremos de tener en cuenta, por un lado, las directrices procedentes de las instituciones comunitarias que han empezado su andadura hacia una política común de inmigración en la Unión y, por otro, el papel creciente de las Comunidades Autónomas dadas sus competencias en materia de

[76]

Ello sucede con instituciones tales como la matrimonial dado que países como Marruecos sólo reconocen la validez del matrimonio coránico; de modo que, una unión marital realizada por sus nacionales en España ante el juez encargado del registro civil, o bien otra autoridad civil o, por supuesto religiosa distinta a la coránica, sería inexistente en nuestro país vecino del sur. Ello sin duda produce innumerables problemas que van desde el reconocimiento de los efectos propios del mismo, así como la posibilidad de volver a contraer otro nuevo matrimonio en Marruecos dando lugar a una situación poligámica *de facto*. Sobre la cuestión matrimonial me remito a un capítulo específico de esta obra.

[77]

TOURAINE, A., “¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”, *Claves de Razón Práctica*, nº 56, p. 16.

[78]

ABARCA JUNCO, P., “La regulación de la sociedad multicultural”, *cit.*, p. 167. En este mismo sentido, ESPINAR VICENTE ha destacado que nuestra Constitución establece el límite máximo y el límite mínimo en el que puede darse una divergencia de tratamiento jurídico. Añade este autor, “como es obvio el límite máximo estriba en la total asimilación del extranjero al régimen del ciudadano y el mínimo lo constituye el núcleo del Derecho fundamental o de la libertad pública constitucionalmente consagrado”. De este modo, cualquier matrimonio –con independencia del credo, nacionalidad o cultura de sus integrantes– constituye, a la luz de nuestro ordenamiento, una relación jurídica basada en la absoluta igualdad de ambos cónyuges. Sólo a partir de esta consideración puede concebirse la propia existencia de un matrimonio y plantearse la pertinencia de un régimen jurídico diferencial basado en la extranjería de los esposos. Lo mismo ocurre con la organización económica de la familia y con las relaciones paterno filiales. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, *cit.*, p. 2003-204.

[79]

En este mismo sentido se expresa el Comité Económico y Social en su dictamen sobre “La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada”. En concreto su punto 1.6 dice así “Los derechos de los inmigrantes no pueden cuestionarse sobre la base de la diversidad cultural. El Comité rechaza por completo cualquier planteamiento que niegue derechos a los inmigrantes por causa de sus diferencias culturales (...). Al igual que los derechos, tampoco los deberes legales pueden ser eludidos con argumentos culturales. Los inmigrantes no pueden eludir el respeto a las leyes y la aceptación de las normas de la sociedad por razones culturales. Los inmigrantes han de respetar los valores democráticos de las sociedades europeas e incorporarse a los cauces democráticos para su integración social”.

integración social. Si bien los planteamientos, las actuaciones, el grado de compromiso, la motivación política y, particularmente, el modelo de integración a seguir difieren ampliamente, podemos afirmar que los programas de actuación pública coinciden en tres aspectos cuando se trata de ayudar a la convivencia entre nacionales e inmigrantes.

- En primer lugar, se coincide en *la necesidad creciente e imperiosa de actuar en la integración del inmigrante*. Dado el alto grado de diversidad cultural existente a nivel europeo, y emergente en sociedades como la española, es preciso realizar programas de integración, se descarta pues que este encuentro de culturas sea de manera espontánea pacífico sino que por el contrario precisa de estrategias adecuadas. Una integración que aflora como un imperativo establecido por la tradición democrática y humanística de todo Estado de Derecho y constituye uno de los aspectos fundamentales en la lucha contra el racismo y la xenofobia⁸⁰. La Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo resume perfectamente esta preocupación:

“Los cambios que se han producido recientemente en las legislaciones sobre inmigración de varios Estados miembros, así como la extendida preocupación por la seguridad y la necesidad de alcanzar una mayor cohesión social, han abierto el debate en torno a las estrategias que deberán aplicarse para garantizar la integración de los inmigrantes”⁸¹.

La importancia dada por las distintas administraciones a la puesta en marcha de estrategias adecuadas en el campo de la integración social se materializa, entre otras, en las siguientes actuaciones: los Programas comunitarios Integra o Equal⁸², el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (conocido como Programa GRECO) aprobado por el Consejo de Ministros para el período 2000-2004 o los distintos Planes de Integración realizados hasta la fecha por seis Comunidades Autónomas⁸³.

- En segundo lugar, la integración se configura como *una pieza clave del enfoque integral que ha de tener toda política de inmigración*. En efecto, dada la compleja naturaleza del fenómeno migratorio y su impacto en una amplia gama de ámbitos sociales, económicos, jurídicos y culturales, las distintas administraciones públicas parten de la idea que es imprescindible que tales medidas se realicen en un marco global. Así pues, es coincidente en los nuevos modelos de cualquier política migratoria que junto con una gestión adecuada de los flujos, una colaboración con los países de origen se sitúe como elemento clave la consecución de programas hacia la integración basada en un trato justo a los inmigrantes. En esta tónica destacamos: a nivel comunitario, las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere⁸⁴ y de Sevilla⁸⁵, a nivel estatal, la propia LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social o el mencionado Plan Greco. En concreto, éste último contiene cuatro líneas básicas definidas por sus redactores de la siguiente manera: 1) Diseño global y coordinado de la inmigración como fenómeno deseable para España, en el marco de la Unión Europea; 2) Integración de los residentes extranjeros y de sus familias, que contribuyen activamente al crecimiento de nuestro país; 3) Regulación de los flujos migratorios para garantizar la convivencia en la sociedad española; 4) Mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y desplazados.

[80]

Vid. en este sentido, la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE L n° 303, de 2 de diciembre de 2000) y la Decisión 2000/750, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (*Ibid.*).

[81]

Cit., p. 4.

[82]

Vid. GARCÍA RAMÍREZ, M.; MARTÍNEZ GARCÍA, M. F., Y SANTOLAYA SORIANO, F. J., *Integración Social y Empleo de Inmigrantes (El Programa Integra-Diversidad)*, *cit.*, en especial pp. 23-41.

[83]

Sobre los planes de integración elaborados en España por las Comunidades Autónomas, *vid.* Anexo de MARTÍN MUÑOZ, G., *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*, *cit.*, pp.151 ss.

[84]

En concreto los apdos. 10-27 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999.

[85]

En particular el apdo. 27 de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Sevilla el 21 y 22 de junio de 2002 insistía en que “Las medidas que se adopten a corto y medio plazo para la gestión conjunta de los flujos migratorios han de respetar el equilibrio necesario entre, por una parte, una política de integración de los inmigrantes legalmente establecidos y una política de asilo que respete los convenios internacionales (...) y, por otra, la lucha decidida contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos”.

- Y en tercer lugar, la planificación pública ha optado por un *planteamiento holístico del reto de la integración* que supone la adopción de políticas globales. Ello se manifiesta fundamentalmente en dos consecuencias. En primer lugar, la integración debe ser bidireccional en el sentido que debe dirigirse no sólo al colectivo inmigrante sino asimismo a la sociedad de acogida para que esté abierta al intercambio cultural. La Comisión en su Comunicación sobre inmigración, integración y empleo ha insistido en que este proceso necesariamente bidireccional esté “basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes de los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permita la plena participación del inmigrante”^[86]. Y, en segundo lugar, las estrategias de integración no deben tener en cuenta exclusivamente los aspectos económicos y sociales sino también los problemas relacionados con la diversidad cultural y religiosa. En este sentido, en esta misma Comunicación la Comisión ha considerado la actuación en los siguientes aspectos como clave para una estrategia de integración adecuada: a) integración en el mercado laboral; b) educación y conocimientos lingüísticos; c) servicios sanitarios y sociales; d) el entorno social y cultural; y e) nacionalidad, ciudadanía cívica y respeto cultural^[87]. Asimismo, en el marco de una plena integración del inmigrante en la sociedad de acogida, el Plan integral para la inmigración en Andalucía ha fijado la actuación en una serie de áreas con el fin de garantizar esa perspectiva global. En particular, estas áreas de intervención son las siguientes: área socio-laboral, área socio-sanitaria; área socio-educativa; área de vivienda; área de recursos sociales; área de formación e investigación; área socio-cultural; área de sensibilización social; y área de cooperación^[88].

Se observa que las distintas administraciones públicas se plantean la integración de los inmigrantes como objetivo de alto interés socio-político, para cuya consecución es necesario articular políticas y programas concretos. No obstante, pese a este punto de partida común, las realizaciones concretas y los objetivos fijados muestran que las estrategias a seguir se mueven en modelos distintos de integración.

En primer lugar, atendiendo a la definición de integración así como a los objetivos específicos marcados por el *Plan para la Integración Social de los Inmigrantes del año 1994* parece claro que el modelo de integración que preconiza es el de un pluralismo moderado, en el que debe haber una adaptación recíproca^[89]. Ello conlleva un esfuerzo mutuo ya que, por una parte, los inmigrantes deben respetar los valores constitucionales y, por otra, la sociedad española, debe respetar el derecho a la diferencia.

A ese Plan elaborado por el gobierno socialista siguió el *Plan Greco durante el gobierno popular para el período 2000-2004*. Varias han sido las críticas que se han esbozado a las líneas de actuación esbozadas en ese Plan. Así junto con una visión demasiado economista del fenómeno migratorio que descuida la diversidad cultural que genera^[90], se ha censurado que las medidas concretas previstas para la integración de los inmigrantes parecen acercarse a estrategias propias de los modelos asimilacionistas, aunque no lo nombre expresamente. Como dice literalmente el Plan GRECO “Un objetivo fundamental de la política de extranjería e inmigración debe ser la adaptación e integración de los nuevos inmigrantes extranjeros en España, en la sociedad a la que van a pertenecer (...)”. De este modo, se opta por una perspectiva unidireccional de la integración, no por una adaptación mutua que implique también a la sociedad de acogida, sino exclusivamente de los inmigrantes a nuestros valores y a nuestras leyes^[91].

[86]

Cit., p. 19. Esta Comunicación insiste además en que el proceso de integración debe guiarse por un “planteamiento gradual” en la medida en que “la integración supone lograr un equilibrio entre derechos y obligaciones en el tiempo, por lo que cuanto más tiempo un ciudadano de un tercer país reside legalmente en un Estado miembro, más derechos y obligaciones adquiere” (*Ibid.*).

[87]

Cit. pp. 20-25.

[88]

Cit., VI Áreas de Intervención. Como describe el Plan Integral la actuación en las distintas áreas engloba las siguientes actuaciones: a) *Área socio-laboral*: abarcaría la inserción laboral, la orientación y la formación para el empleo, con especial atención a las condiciones laborales de la población inmigrante; b) *Área socio-sanitaria*: con atención normalizada a toda la población inmigrante, independientemente de su situación administrativa, especialmente en los dispositivos de atención primaria y de atención especializada; c) *Área socio-educativa*: con plena integración educativa de los inmigrantes en los diferentes tramos de edad, a través de una respuesta intercultural y de los recursos previstos en el marco de la LOGSE y de la Ley de Solidaridad en la Educación; d) *Área de vivienda*: con adopción de soluciones efectivas en colaboración con los Ayuntamientos para favorecer el acceso a las de promoción pública, y el alojamiento en régimen de alquiler para temporeros; e) *Área de Recursos Sociales*: permitiendo el acceso de la población inmigrante, con especial compromiso en los servicios sociales comunitarios, y con programas específicos para los menores y la mujer inmigrante; f) *Área de formación e investigación*: orientada a garantizar la especialización y cualificación de los recursos humanos profesionales, y la puesta al día permanente en el análisis de la compleja realidad de la inmigración; g) *Área socio-cultural*: promoviendo y favoreciendo el intercambio de culturas en todas sus manifestaciones, para conformar así una sociedad más abierta, rica y plural; h) *Área de sensibilización social*: dirigida a fomentar valores solidarios y de comprensión del fenómeno de la inmigración en la población de acogida; i) *Área de cooperación*: de carácter transversal, que integra el conjunto de actuaciones de los poderes públicos dirigidas a mejorar las condiciones de desarrollo económico y cohesión social en los países de procedencia de la población inmigrante.

[89]

FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, B., “La inmigración y su integración. Apuntes en torno a una creciente nebulosa de conceptos, modelos y políticas”, cit., pp. 74-75.

[90]

MARTÍN MUÑOZ, G., “La cuestión de la integración”, *Marraquíes en España. Estudio sobre su integración*, cit., p. 27.

[91]

FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, B., “La inmigración y su integración. Apuntes en torno a una creciente nebulosa de conceptos, modelos y políticas”, cit., p. 78.

Junto a las actuaciones a nivel estatal, no podemos obviar el papel que están llamadas a desempeñar las administraciones periféricas. No es aventurado afirmar que, en la actualidad, el desarrollo efectivo de programas públicos en materia de integración de inmigrantes se está realizando desde y por las Comunidades Autónomas. Ello parece lo más acertado pues si bien la inmigración necesita políticas globales, nacionales o europeas, la ejecución concreta en cuanto a la integración social del inmigrante debe corresponder a los entes autonómicos y locales⁹². En efecto, como consecuencia de la descentralización estatal las Comunidades Autónomas tienen el grueso de competencias en materia de integración social, además la localidad es el lugar donde han de saber convivir inmigrantes y sociedad de acogida, donde se generarán los problemas y el marco en el que habrá de aportar la solución de los mismos.

En la elaboración de estrategias a nivel periférico, la Comunidad Autónoma de Cataluña es pionera mediante la aprobación, el 28 de septiembre de 1993, del *Plan Interdepartamental de Inmigración 1993-2000* que define la política a seguir en materia migratoria como global, participativa y reivindicativa⁹³. Este Plan surgió con el fin de mejorar la actuación mediante una coordinación adecuada de las distintas actuaciones que se estaban realizando con los inmigrantes por los diferentes departamentos. Este Plan hace especial hincapié en la integración de los inmigrantes, entendida ésta como el acceso a los recursos y servicios en igualdad de condiciones que los ciudadanos nacionales⁹⁴. Como expresa B. FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, “el concepto de integración aquí manejado, sinónimo de igualdad de oportunidades, es bastante romo y está asociado, prioritariamente, a la labor asistencial de los servicios sociales. Se trata de favorecer la “integración social” para un inmigrante lo mismo que para un discapacitado, una mujer o una familia en situación de necesidad económica; todo ello percibiendo al inmigrante como elemento con alto potencial de riesgo de exclusión social”. La integración así entendida nada decía de la diferencia cultural, étnica o religiosa, ni de la necesidad de gestionar dicha convivencia multicultural desconocida hasta el momento. Este modo de entender la integración parece evolucionar en el actual *Plan Interdepartamental de Inmigración 2001-2004* al insistir en una integración bidireccional al mencionar expresamente que el mismo “no va dirigido explícitamente a los inmigrantes, sino al conjunto de la sociedad catalana”⁹⁵.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, desde mediados de los años noventa, introdujo en su agenda política la integración social de los inmigrantes residentes en territorio andaluz. Tras las actuaciones realizadas, en un primer estadio, por la Dirección General de Emigración y, en un segundo lugar, por la Dirección General de Acción e Inserción Social, la planificación pública del fenómeno migratorio le corresponde, en la actualidad, a la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias. El gran reto de esta Dirección ha sido la elaboración de un *Plan Integral para la Inmigración en Andalucía para el periodo 2001-2004*, aprobado por Decreto 1/2002 de 9 de enero de 2002. Los objetivos generales que impregnarán todas las estrategias de actuación previstas en el Plan son los siguientes: a) Favorecer la plena integración social, laboral y personal de la población inmigrante; b) Asegurar el acceso de la población inmigrante a los servicios básicos comunes al conjunto de la población; c) Cualificar la oferta de bienes y servicios tanto a la población inmi-

[92] MARTÍN MUÑOZ, G., “La cuestión de la integración”, *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*, cit., p. 29.

[93] Se puede consultar en la siguiente dirección de internet, <http://www.gencat/net>.

[94] SOLÉ, M., “Els plans territorials d’integració dels immigrants: una estratègia per promoure la participació, la coordinació i el consens”, *Idees*, nº 3, 1999.

[95] Vid. p. 6 del Plan Interdepartamental para la Inmigración.

grante como a la de acogida; d) Mejorar permanentemente el conocimiento de la realidad y de las estrategias más adecuadas para el cambio; e) Fomentar la sensibilización social acerca de los valores positivos del hecho de la inmigración; f) Contribuir a mejorar las condiciones de vida y de las infraestructuras de los países de origen de la población inmigrante. Como muestran estos Objetivos Generales y los Principios Rectores⁹⁶ fijados, en el conjunto de este Plan la integración se entiende necesariamente como un proceso de adaptación, en primer lugar, “bidireccional” no sólo del inmigrante sino también de la sociedad receptora y, en segundo lugar, “en la diversidad” que conlleva necesariamente el respeto de la otra cultura⁹⁷.

En definitiva, si bien las distintas administraciones públicas parecen insistir en la necesidad de una integración como pieza clave de una política de inmigración global que responda a un planteamiento holístico, ello no significa que los programas y actuaciones marcados lleven al objetivo último de una verdadera “integración”. Una integración que atendiendo a la diversidad cultural de su sociedad tenga como fin la interculturalidad de la misma, en tanto que la integración sea un proceso dinámico que implica una interacción y donde el equilibrio vendría dado por el reconocimiento mutuo de la alteridad.

[96]

Como muestra de ello, entre los Principios Rectores que inspiran este Plan a efecto de la integración del inmigrante se encuentran, *inter alia*, “Globalidad” e “Interculturalidad”. El principio de “Globalidad” conlleva la consideración de la sociedad como un todo, y por ello, la necesidad de orientar las actuaciones del Plan a toda la sociedad, inmigrantes, población de acogida, profesionales, medios de comunicación, y no sólo a una parte de ellos. Por otra parte, desde el prisma de la “interculturalidad” se considera que la pluralidad cultural que el fenómeno de la inmigración conlleva sólo puede contribuir a un proceso real y dinámico de integración, si se tiene en cuenta la interacción entre la sociedad de acogida y la población inmigrante, así como los contextos ecológicos y espacios sociales donde ésta se produce, desde el respeto a las respectivas culturas propias y sus peculiaridades, todo ello en el marco de los Derechos Humanos.

[97]

Pese a su breve andadura, las críticas recibidas por el I Plan Integral para la Inmigración en Andalucía han sido positivas así, MARTÍN MUÑOZ, G., la califica como “una importante iniciativa que refleja dos cuestiones importantes: apuesta por una política de anticipación (cuestión fundamental en el tratamiento de este fenómeno) e intenta establecer los principios de una política coordinada (verdadero reto de cualquier administración en esta materia)”. *Vid.* “Anexo. Los planes de integración elaborados en España”, *Marroquíes en España. Estudio sobre su integración*, cit., p. 167.

III. LA RECEPCIÓN DEL ESTATUTO MUSULMÁN

1. Noción y regulación del estatuto personal

1.1. Introducción

La persona humana no siempre circunscribe sus relaciones personales y familiares al mismo territorio y, por consecuencia, al mismo sistema jurídico. Por el contrario, el individuo tiende a proyectarse al exterior y cuando ello sucede en el marco de sus relaciones jurídicas aparecerán uno o varios elementos de extranjería que conexasionarán la cuestión a más de un país y con ello a ordenamientos diferentes. Esta confluencia de civilizaciones y sus más diversas expresiones tiene su máxima expresión en el fenómeno migratorio.

De aquellas relaciones jurídico-privadas donde existe un elemento de extranjería se encarga el Derecho internacional privado; es ésta una rama del Derecho de alta complejidad debido fundamentalmente a que la solución jurídica no se produce y se soluciona en el mismo formato normativo. En efecto, las relaciones privadas de tráfico jurídico externo son objeto de reglamentación por normas de diversas fuentes tanto internas como procedentes de convenios internacionales que pueden a su vez remitirnos al derecho nacional, es decir al del país de acogida, o bien al derecho extranjero, en tanto que derecho de la persona. Como ha destacado M. CHARFI “el objeto del Derecho internacional privado es la organización de la coexistencia entre los individuos pertenecientes a comunidades dispares que viven en un mismo territorio (...)”. Con el fin de conseguir esta cohabitación en las sociedades multiculturales, el Derecho internacional privado deberá articular fórmulas conciliadoras que al tiempo que garanticen una estabilidad en sus relaciones personales y familiares, evite un choque frontal con valores esenciales de la sociedad de acogida. Con ello, el Derecho internacional privado ha de moverse entre, por un lado, la aplicación de la ley personal del extranjero a las referidas relaciones privadas y, por otro, la aplicación obligatoria de la solución normativa del ordenamiento jurídico español (en tanto que ley del foro) mediante la excepción de orden público.

El art. 9.1 del Código Civil determina:

“La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”.

El precepto mencionado hace alusión al llamado “estatuto personal”, ámbito donde tradicionalmente se ha encuadrado el estudio de la persona física⁹⁸. La noción de estatuto personal pese a su sentido histórico vinculado a los orígenes del Derecho internacional privado en la Edad media, resulta un término ambiguo utilizado para definir a distintas realidades. En palabras de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO “En primer término, el estatuto personal puede ser entendido como ley personal, como ley aplicable en función de la persona, como ley aplicable extraterritorialmente. En segundo lugar, podemos entender por estatuto personal el dominio, la esfera o ámbito de aplicación de la ley personal, las materias regidas por la ley de la persona. Finalmente, por estatuto personal cabe designar el conjunto de instituciones referentes al individuo”⁹⁹. Además de

[98]

Para una perspectiva histórica sobre la cuestión, *vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., Y OTROS, *Derecho internacional privado, Parte Especial.*, Publicaciones Centro de Estudios Ramón Carande, Madrid, 1993, pp. 35 ss. El estatuto personal en general: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Art. 9.1”, *Com.CC. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 163-180; *Id.*, “El estatuto personal”, en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 25-48; BATIFFOL, H., “Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l’Europe continentale”, *XXth Century comparative and conflicts Law. Legal essays in honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, pp. 295-306; CALVO CARAVACA, A. L., Y IRIARTE ÁNGEL, J. L., (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000; FERNÁNDEZ FLORES, J. L., “Acerca del estatuto personal y su problemática”, *A.D.I.*, vol. 1, 1974, pp. 49 ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y CALVO CARAVACA, A. L., “Derecho de la persona”, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª. Ed. Revisada, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 37-97; IRIARTE ÁNGEL, J. L., “La persona física”, *Derecho internacional privado*, vol. II., 2ª ed., Granada, Comares, 2000, pp. 15-55; MARÍN LÓPEZ, A., “Art. 9.1º”, *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 427-433; MARÍN LÓPEZ, A., “La persona individual”, *Derecho internacional privado español*, vol. II., 8ª Ed., Granada, 1994, pp. 12-40; PÉREZ VERA, E., “Las personas físicas”, *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª Ed., Madrid, UNED, 2000, pp. 17-41.

[99]

“El estatuto personal”, *cit.*, p. 25.

la complejidad aportada por los distintos significados dados al término estatuto, hay que añadir que el contenido de éste cambia dependiendo del momento histórico y del lugar geográfico. Como señala M. CHARFI el concepto de estatuto personal se entiende en Europa de manera más estrecha que en el Islam. Así, añade este autor que a diferencia de los países musulmanes donde la nacionalidad es el criterio único de conexión del estatuto personal, Europa utiliza a título exclusivo u ocasional según el caso, el criterio del domicilio¹⁰⁰.

En la actualidad cuando se aborda la cuestión del estatuto personal hemos de referirnos asimismo a la “ley personal”. Siguiendo a PH. FRANCESKAKIS reservamos la expresión “estatuto personal” para referirnos a la materia regulada y utilizaremos “ley personal” para designar la ley aplicable a dicho estatuto¹⁰¹.

1.2. El estatuto personal: su contenido

Cuando hacemos alusión al estatuto personal nos referimos al conjunto de instituciones o situaciones jurídicas vinculadas al individuo. Se trata de una serie de materias que, por su consideración preferentemente personal, se vincularán a la aplicación de la ley personal. Se está ante un concepto heredado de la estatutaria medieval, entendiéndose que estos derechos apegados a la persona gozaban de eficacia extraterritorial, es decir que acompañaban a las personas con independencia del territorio o país donde se encontrasen. Prueba de ello es el art. 3 del Cc. francés que dice así “Las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas obligan a los franceses, incluso cuando residan en países extranjeros”. Como antes advertimos, este conjunto de instituciones referentes a la persona va a variar de un ordenamiento jurídico a otro, así como dentro de un mismo territorio según el momento histórico al recibir la influencia de los intereses políticos como legislativos en presencia.

Con respecto al grado de amplitud del estatuto personal se puede estar ante una concepción restrictiva o extensiva¹⁰². Mientras que la primera reduce las materias al estado y la capacidad de la persona, retomando así una concepción acusadamente individualista que mira a la persona en cuanto individuo. Por su parte, la concepción extensiva va más allá del estado y capacidad que al optar por una concepción más familiar incluye asimismo en el estatuto personal las relaciones de familia e incluso las sucesiones. El actual ordenamiento jurídico español recogiendo una concepción amplia del estatuto personal incluye según se deriva del art. 9.1 Cc. las siguientes materias: la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

1.3. La ley personal. La polémica nacionalidad-domicilio

Mientras que el estatuto personal hace alusión a la materia, la ley personal se refiere a la ley reguladora entendida como el ordenamiento jurídico que rige esas relaciones personales y familiares. Con respecto a esta cuestión tampoco existe una concepción unitaria de la ley que ha de regir el estatuto personal sino que los distintos ordenamientos, aludiendo a particulares razones, optarán fundamentalmente entre la conexión nacionalidad y la conexión domicilio¹⁰³.

Durante la Edad Media y gran parte de la Modernidad la tendencia fue acudir a la ley del domicilio para regir el estatuto personal. De este modo, el extranjero que residía

[100] CHARFI, M., *cit.*, p. 144.

[101] FRANCESKAKIS, PH., “Statut personnel”, *Encycl. Dalloz dr. int.*, vol. II, París, 1969, pp. 871-873.

[102] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “El estatuto personal”, *cit.*, p. 32.

[103] IRIARTE ÁNGEL compila las razones que se han aducido a lo largo del arduo debate doctrinal existente a favor de una u otra conexión. A favor de la nacionalidad se ha destacado: a) su mayor estabilidad en el tiempo al cambiar con menor facilidad que el domicilio; b) es más respetuosa con la identidad cultural del individuo; c) la facilidad para aseverar la nacionalidad de una persona; d) la coincidencia entre ley nacional y ley personal; e) su adecuación para los intereses de países con fuerte emigración. Por otra parte, a favor de la conexión domicilio destaca las siguientes razones: a) representa mejor la vinculación del individuo con el entorno en el que vive; b) es una conexión más real dado que la faceta jurídica de una persona se desarrolla básicamente en el territorio en el que vive; c) Favorece la coincidencia *forum et ius*; d) evita resultados sorpresivos en cuanto a la capacidad de las personas; e) Es más idónea para los Estados receptores de inmigrantes; f) permite dar un tratamiento más adecuado al estatuto personal de los apátridas y de las personas con doble nacionalidad. IRIARTE ÁNGEL, J. L., “La persona física”, en CALVO CARAVACA, A. L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), Comares, Granada, 2002, p.17. Sobre esta polémica doctrinal, *vid. inter alia*, LOUSSOUARN, Y., “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”, *AIDI*, 1987, vol. 62, pp. 295-381; DE WINTER, L. I., “Nationalty or domicile? The present state of affairs”, *RCADI*, 1969, pp. 347-504.

en un país distinto al suyo reglaba sus relaciones jurídicas de tipo personal y familiar por la ley del estado de acogida. Si bien ésta fue la tendencia durante un largo periodo de tiempo, y sigue siéndolo en países del círculo jurídico anglosajón¹⁰⁴, tras el Código Civil francés de 1803 se abre un nuevo período al consagrar su artículo 3.3. que las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas regían a los franceses aunque residiesen en el extranjero. Esta tendencia se extendió rápidamente durante el s. XIX por los países europeos continentales, incluido España que desde entonces, es fiel a esa conexión más personalista que supone la nacionalidad.

Nuestro ordenamiento jurídico actual es claro en este sentido al determinar expresamente el art. 9.1 Cc. que “la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad”. Si bien la preferencia de la conexión nacionalidad se consagró en nuestro sistema legal, entre otros motivos, para garantizar que el estatuto personal de los españoles emigrantes en el extranjero se rigiera por la ley española, en la actualidad ha perdido este sentido dada la inversión en el sentido del flujo migratorio¹⁰⁵. En efecto, en todos aquellos países de atracción de inmigrantes, tales como Reino Unido o Estados Unidos, se prefirió la conexión del domicilio ya que de este modo se garantizaba la aplicación de la misma ley a todos los sujetos que residían en el territorio nacional, evitando así sorpresas en cuanto a la capacidad de los sujetos. Como ha puesto de relieve J. Y. CARLIER “la variabilidad de las migraciones influye ciertamente en la ley aplicable al estatuto personal”. Es un hecho constatado que la emigración favorece la aplicación de la ley nacional y, por el contrario, los países de inmigración prefieren la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual¹⁰⁶. *Ad ex.* el objetivo del mencionado art. 3.3 del *Code Napoleon* era mantener bajo la ley nacional francesa, a los soldados franceses que se encontraban de milicias en el extranjero. Asimismo, destaca este autor que “en el tiempo de la emigración hacia la inmigración, la situación sociológica de un país puede evolucionar, influyendo sobre las normas de conflicto”; en efecto, Bélgica ha conocido dos ejemplos de cambio de sus leyes en materia de divorcio y de adopción, vinculadas respectivamente a la recepción de inmigrantes de origen italiano y marroquí¹⁰⁷.

En España dada la preferencia por la conexión nacionalidad todos los extranjeros que se encuentren en nuestro territorio, mientras tanto conserven su nacionalidad, les será aplicable su ley personal para regir aquellas materias incluidas en el estatuto personal. Con ello, podemos afirmar que con las migraciones procedentes de países islámicos el estatuto personal musulmán llega a Europa en la medida en que éste no contravenga el orden público internacional. En definitiva, desde mi punto de vista, mediante la nacionalidad se está ante una conexión más respetuosa con la identidad cultural del individuo dado que instituciones tan inherentes a la persona seguirán rigiéndose por la ley nacional de origen.

2. Plurilegislación y conflicto de civilizaciones:

Islam, familia y Derecho

Desde el principio de los tiempos, los individuos no limitan sus relaciones a sus coterráneos sino que éstos se proyectan hacia el exterior de sus comunidades. Esta confluencia de culturas conllevará enriquecimiento pero también un conflicto de civilizaciones y, por supuesto, una necesaria coexistencia de sistemas jurídicos¹⁰⁸.

[104]

Siguiendo el estudio de LOUSOUARN, Y., se puede afirmar que en la actualidad prefieren la conexión nacionalidad los Estados de Europa continental y del Este, los de Oriente Medio, los de Extremo Oriente y la mayor parte de los Estados africanos; por el contrario optan por la conexión domicilio el Reino Unido, Estados Unidos, América Latina y los países escandinavos. *Cit. supra*.

[105]

Tal como muestra el hecho de que dicho precepto tiene sus antecedentes en el Dahir de 1914 sobre la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado español en Marruecos (art. 2).

[106]

CARLIER, J. Y., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, *cit.* pp. 30-33.

[107]

Ibid., p. 31. En particular, la inmigración italiana llegada a Bélgica puso de manifiesto que las mujeres belgas que habían contraído nupcias con italianos no podían divorciarse por la aplicación de la ley nacional italiana que en estos momentos desconocía el divorcio. Para paliar esta situación, hubo que modificar la norma de conflicto de leyes en materia de divorcio con el fin de permitir la aplicación de la ley belga al menos cuando uno de los cónyuges era belga. Por otra parte, posteriormente la inmigración marroquí acaecida destapó la imposibilidad de adoptar a menores marroquíes por matrimonios marroquíes residentes en Bélgica ni por matrimonios belgas. La modificación del Código Civil permitiría soslayar la aplicación de la ley nacional del adoptado, dando entrada a la ley de los adoptantes o la ley belga cuando el menor no superara los quince años.

[108]

GANNAGÉ, P., “La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales”, *cit.*, p. 347.

Este encuentro entre diversas culturas siempre dará lugar a fricciones que serán de mayor calado cuanto mayor es su disparidad. En el propio ámbito europeo se detectan determinadas instituciones desconocidas de unos sistemas jurídicos a otros que conllevará una solución precisa cuando ésta se proyecta más allá de sus fronteras. Así instituciones como el *trust* anglosajón son desconocidas para el ordenamiento jurídico español o la donación entre los cónyuges no es una práctica admitida en Italia. Se trata de fricciones mínimas si se comparan con las producidas como consecuencia de la coexistencia de sistemas laicos y confesionales. En efecto, con las migraciones de procedencia musulmana se asiste a una mayor distancia cultural, política y jurídica que cuando el flujo proviene de Europa, América del Norte o Hispanoamérica. En este contexto surgen disparidades tales como la poligamia o el repudio que si bien son instituciones permitidas en la mayoría de países musulmanes, se prohíben rotundamente en los sistemas jurídicos europeos.

La historia de las relaciones entre el Islam y Europa está marcada por enfrentamientos de tipo político, económico, religioso y doctrinal. La razón última es que se está ante “dos civilizaciones sino antónimas si antagónicas”¹⁰⁹. Son éstas dos civilizaciones muy distintas una musulmana y otra laica que evidencia, le guste reconocerlo o no, su raigambre cristiana. Ello conlleva una concepción del hombre, de la mujer, de la religión y de la laicidad del orden político, jurídico y social muy distinto. Como consecuencia del sentido de las actuales migraciones ambas civilizaciones están llamadas a coexistir en la sociedad española con su cultura, su religión y sus normas.

Desde toda lógica, no sólo jurídica sino también política y social, todo orden confesional debe ser autónomo del orden jurídico estatal. Si bien el evangelio es claro en este sentido “Dad al Cesar lo que es de Cesar y a Dios lo que es de Dios”¹¹⁰, la historia demuestra y sigue haciéndolo que incluso a los cristianos, pese a dicho imperativo, les es difícil deslindar las normas religiosas y sus autoridades de los “poderes terrenales”. La cuestión no es sencilla, tal como muestran a nivel europeo la polémica en cuanto a la apelación en la futura Constitución Europea a los valores cristianos de la sociedad europea o la decisión del anterior gobierno español en cuanto a la enseñanza de la religión en los colegios públicos. Si bien sabemos que el deslinde no es sencillo dado que la religión está directamente imbricada en la identidad cultural de las gentes, en sus valores y aporta necesariamente un código de conducta, la sociedad occidental se esfuerza en conseguir la laicidad en los ámbitos jurídicos y políticos¹¹¹.

Frente a esa tendencia a la laicidad, los países musulmanes parecen asistir al fenómeno contrario. Como ha puesto de relieve M. CHARFI “La colonización, entendida como una dominación del mundo cristiano sobre el mundo musulmán, la lucha por la emancipación nacional se apoyó sobre el Islam. De modo que el islamismo significaba liberación, emancipación y afirmación de la identidad”¹¹². Atendiendo a este sentimiento, no es de extrañar que cuando estamos ante Estados musulmanes los principios del Islam impregnan su orden político y jurídico. Dependiendo del Estado en concreto hay distintos niveles de este predominio de la religión, ya que junto a países con un sistema islámico donde los valores del Islam guían cada aspecto del sistema estatal, existen otros don-

[109]

DÉPREZ, J., “Droit international privé et conflits de civilisations (les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel)”, *cit.*, p. 19.

[110]

Evangelio según San Marcos 12:17 y según San Lucas 20:25.

[111]

Recordemos, la ley aprobada, el 3 de febrero de 2004, por el Gobierno francés que “en defensa de la laicidad”, prohíbe llevar de manera ostensible signos religiosos en los centros escolares de la República, por definición, laicos.

[112]

CHARFI, M., “L’influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans”, *cit.*, p. 346.

de el Islam es la religión del Estado y como tal se privilegia, pero sin constituir un sistema islámico. En palabras de M. CHARFI “Hay que distinguir necesariamente entre el “Estado islámico” y “el Islam como religión del Estado”. La primera fórmula significa que la ley debe siempre ser conforme con el derecho musulmán, mientras que la segunda significa que el Islam es una de las fuentes de inspiración para el legislador¹¹³.

No obstante, la influencia de la religión sobre el derecho no es el mismo en todos los sectores jurídicos. Así en determinados ámbitos como las obligaciones contractuales, el derecho mercantil o el procedimiento, el Derecho de los países islámicos lucha por su modernización. Por otra parte, el ámbito en el que el Islam y Derecho están más apegados y, por tanto, se resiste a cualquier tipo de cambio, al verse éste como un atentado a su identidad cultural, son las materias relativas al estatuto personal. Será aquí a la hora de regular las instituciones personales y familiares donde el derecho de los países islámicos es poderosamente influenciado por el Islam, donde las normas religiosas se confunden con las estatales y donde mayores dificultades aparecen para su reconocimiento en sistemas laicos como los Occidentales. En efecto, será en instituciones como el matrimonio, la adopción, el divorcio o las relaciones paterno-filiales donde afloran las mayores críticas sobre lo discriminatorio o injusto de los sistemas islámicos¹¹⁴. Es un hecho reconocido que el estatuto personal está íntimamente ligado a la moral, a la mentalidad, a la cultura y a la civilización de cada pueblo o nación¹¹⁵. Si ello se advierte en comunidades laicas como las occidentales, más aún en civilizaciones como la islámica donde el estatus está ligado a la religión. No podemos olvidar que la familia desde siempre ha sido el refugio de los valores tradicionales tanto culturales como religiosos, de modo que para la identidad musulmana del individuo es crucial el reconocimiento de su estatuto personal.

El problema aflora cuando el estatuto musulmán fuertemente influenciado por la religión llega a Europa colisionando con los parámetros propios de todo sistema laico. Esto es un hecho que se lleva produciendo desde hace décadas en nuestros países vecinos europeos y que paulatinamente aflora en España. Los inmigrantes musulmanes, fundamentalmente de origen Magrebí, se instalan junto con sus familias en el territorio europeo con la intención de residir permanentemente en la sociedad de acogida. Éstos traen no sólo su cultura, su lengua, su religión sino también un estatuto personal propio musulmán. Este estatuto y, por ende, el modo de reglar sus instituciones familiares básicas lo acompaña más allá de las fronteras conservándolo mientras lo hace su nacionalidad. En efecto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea y, en particular España, rigen el estatuto personal por la ley nacional de origen. De este modo, tenemos la pervivencia del estatuto personal musulmán en Occidente.

Sin duda, este respeto a la ley de origen para regir las materias propias del estatuto personal supone una manifestación más del respeto a la identidad cultural del individuo, en este caso de la identidad musulmana. Este respeto conlleva un reconocimiento del otro con sus peculiaridades, una apertura de nuestro sistema jurídico al exterior así como la necesaria flexibilidad del mismo a la multiculturalidad de su sociedad. Esa pervivencia del estatuto musul-

[113]
Ibid., p. 347.

[114]
Ibid., p. 349.

[115]
DÉPREZ, J., “Droit international privé et conflits de civilisations (les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel)”, *cit.*, p. 36.

mán en Europa no va a estar exenta de dificultades ya que éstas provienen en muchos casos de la fuerte influencia islámica que recibe esta rama del Derecho. Ante estas fricciones el ordenamiento jurídico del foro se debate entre el respeto a la identidad cultural de sus inmigrantes y los principios de laicidad y justicia que informan su propio ordenamiento jurídico. De modo que en aspectos en que el conflicto de civilizaciones es frontal, el sistema jurídico del foro rechazará mediante la excepción de orden público la pervivencia de determinadas instituciones islámicas como el repudio, la poligamia o la falta de consentimiento matrimonial de la mujer. Esta diversidad cultural que conlleva soluciones normativas que chocan frontalmente hace muy difícil la coordinación, un respeto de la diversidad sin contrariar principios fundamentales del otro sistema¹¹⁶. Si bien lejos de querer adoptar políticas asimilacionistas, todo reconocimiento de la identidad cultural tiene un límite máximo que es la salvaguardia de los principios constitucionales que informa el ordenamiento jurídico estatal. Con ello, si por una parte el respeto a la diversidad cultural exige la pervivencia de las normas de origen, por otra, la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en tanto que valores inalienables de nuestra civilización exige asimismo fórmulas que eviten el reconocimiento de prácticas contrarias a los mismos.

El Derecho internacional privado es la rama del Derecho a la que le corresponde tender puentes entre civilizaciones dispares que coexisten en un mismo territorio¹¹⁷. Ello conlleva aportar soluciones adecuadas que compatibilicen el respeto a la identidad cultural de los individuos con los principios constitucionales básicos de nuestro sistema jurídico. Como será objeto de análisis en el siguiente epígrafe el reconocimiento del estatuto personal musulmán en Occidente es una empresa ardua que no está exenta de dificultades tal como muestran las soluciones aportadas por la doctrina y el Derecho comparado.

3. Las respuestas del sistema jurídico ante la creciente multiculturalidad

Los recientes movimientos migratorios han dado lugar en España a una sociedad plural desde diversos puntos de vista: el folklore, la lengua, las costumbres y el Derecho. Como ha sido objeto de análisis, la presencia de extranjeros en un mismo territorio genera una plurilegislación no exenta de dificultades. En efecto, en materias tales como el estatuto personal que hunde sus raíces más profundas en el alma popular, en la religión y en la cultura, se va a producir necesariamente un choque entre el derecho del país de origen y el del país de acogida. Ante este conflicto de civilizaciones las Administraciones Públicas se debaten entre la integración y la asimilación, del mismo modo que el Derecho busca soluciones adecuadas que al tiempo que respeten la identidad cultural del individuo garanticen los valores constitucionales del país. Si bien la cuestión no es sencilla, la demanda sí es clara: el sistema jurídico debe dar una respuesta adecuada a la multiculturalidad de la sociedad. Hasta el momento presente, las soluciones esgrimidas no han sabido responder a la nueva realidad dejando numerosas contradicciones y vacíos. La razón última de este “fracaso” se debe a que las soluciones aportadas responden a un sistema jurídico creado para un tipo de sociedad que ya no responde a la realidad¹¹⁸.

[116]

M. MAESTRE CASAS, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado”, *cit.*, p. 199.

[117]

Como ha destacado en este contexto, CHARFI, M., “El objeto del Derecho internacional privado es la organización de la coexistencia entre los individuos pertenecientes a comunidades dispares que viven en un mismo territorio, la finalidad de este derecho es que esta organización se base sobre el necesario respeto de la seguridad, de la cultura y de los intereses legítimos del extranjero. Por otra parte, el objeto del DIPr. no es solo la garantía de la coexistencia paralela de las comunidades sino también la organización equilibrada del reencuentro y de la interacción entre las civilizaciones y especialmente entre los individuos pertenecientes a diferentes religiones. La finalidad primordial del DIPr. es la coordinación de los sistemas en armonía, el justo equilibrio y el respeto mutuo” (la traducción es mía, *cit.*, p. 410).

[118]

BORRÁS, A., “La sociedad Europea multicultural: La integración del mundo árabe”, *cit.*, p. 171.

Con la intención de buscar soluciones en este sentido, los distintos actores del Derecho optan por las siguientes prácticas: 1º) la conclusión de Convenios bilaterales o multilaterales entre los países de origen y de acogida; 2º) la adaptación de la propia normativa interna; o 3º) una aplicación judicial flexible y respetuosa con la diferencia cultural.

3.1. Conclusión de Convenios Bilaterales o Multilaterales

Una de las soluciones que el legislador esboza ante la diversidad étnica de su población es la conclusión de convenios bilaterales o multilaterales con el país o países de origen de sus inmigrantes. Mediante la cooperación internacional apuntada por estos convenios se pretende facilitar la vida de los inmigrantes en la sociedad de acogida aportando canales de diálogo basados en el respeto mutuo de las partes en presencia. Como ha destacada A. BORRÁS mediante estos convenios “los países de origen pretenden asegurar el respeto de su identidad cultural, esencialmente religiosa, mientras que los Estados de recepción buscan una mayor apertura de los pueblos musulmanes hacia la cultura europea”¹¹⁹.

La firma de convenios bilaterales ha sido uno de los recursos más empleados por los países de nuestro entorno ante las fricciones derivadas de la pervivencia del estatuto musulmán en Europa. Entre otros podemos destacar los acuerdos suscritos respectivamente por Francia y Bélgica con los países del Magreb a partir de la década de los cincuenta.

- La República francesa ha firmado con el Reino de Marruecos: en primer lugar, el *Convenio de 5 de octubre de 1957 relativo al auxilio judicial, al reconocimiento de decisiones y a la extradición*, al que le siguió en el tiempo el *Convenio de 10 de agosto de 1981, relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación judicial*¹²⁰. Mediante el primero de los acuerdos bilaterales y en aras al respeto de la identidad de los marroquíes asentados en Francia se permitía, bajo ciertas condiciones, el reconocimiento en este último país de instituciones jurídicas propias del derecho musulmán desconocidas en los sistemas occidentales, como es el caso del repudio¹²¹. Ante la preocupación por la situación de los hijos tras la disolución de matrimonios mixtos, Francia concluyó igualmente acuerdos con otros países de la cuenca sur mediterránea, me refiero a Túnez¹²² y Argelia¹²³. No obstante, pese a la existencia de estos convenios con el fin de facilitar el derecho de visita del otro progenitor, la práctica jurisprudencial evidencia las numerosas dificultades existentes en este sentido dada la mutua desconfianza¹²⁴.
- Por su parte, Bélgica tiene concertado tres Convenios con Marruecos de 15 de julio de 1991, si bien aún no se encuentran en vigor. Éstos tratan respectivamente los siguientes ámbitos: la ley aplicable y el reconocimiento de matrimonios y de su disolución; el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones alimentarias; y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita¹²⁵.

Fuertemente inspirado por los convenios suscritos por Francia y Bélgica, el legislador español ha firmado asimismo convenios de cooperación con su vecino del sur. En particular, el 30 de mayo de 1997, se firmaron en Madrid los si-

[119]

Idem, p. 117.

[120]

El texto del Acuerdo puede verse en la *Revue critique de droit international privé*, 1983, pp. 532 ss. *Vid.* MONÉGER, F., “La convention franco-marocaine du 11 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *Rev. cri. d.i.pr.*, 1984, pp. 29-69 y 267-288; DECROUX, P., “La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *Clunet*, 1985, pp. 49-101.

[121]

Como es sencillo imaginar, el reconocimiento del repudio por los tribunales franceses no ha estado exento de dificultades. Ante la dificultad de invocar la excepción de orden público por causa del Convenio franco-marroquí, los tribunales buscaron otras causas de denegación del reconocimiento, *ad. ex.*: la falta de citación de la esposa repudiada al acto en éste, la incompetencia del tribunal extranjero, la falta de garantías pecuniarias a la mujer... *Vid.* ABARCA JUNCO, P., “La regulación de la sociedad multicultural”, *cit.*, p. 170; MONEGER, F., “Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge française?”, *JDI*, 1992, nº 2, pp. 347 ss. No obstante, la jurisprudencia francesa sorprende en casos como la sentencia de la Cour de cassation de 3 de julio de 2001 donde con el fin de reconocer ciertas garantías económicas a la mujer reconoció un repudio unilateral acaecido en Argelia sin mediar el consentimiento de la esposa (*vid.* nota de GANNAGÉ, L, *RCDIP*, 2001, nº 4, pp. 704 ss.)

[122]

Convenio relativo a la cooperación judicial en materia de custodia de menores, de derecho de visita y de obligaciones alimenticias, de 18 de marzo de 1982, *Rev. cri. dr. int. pr.*, p. 539 ss.

[123]

Convenio de 21 de junio de 1988 relativo a los hijos de parejas mixtas separadas, *Rev. cri. dr. int. pr.*, 1988, pp. 797 ss.

[124]

BORRÁS, A., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, *cit.*, p. 178.

[125]

Vid. los textos en *Rev. trim. Dr. familiar*, 1994, pp. 535 ss y comentario de CARLIER, J. Y., “Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial”, *Rev. trim. Dr. familiar*, 1994, pp. 447-462.

guientes dos acuerdos: primero, el *Convenio sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa*¹²⁶; y, en segundo lugar, el *Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita y devolución de menores*¹²⁷. Estos Convenios fruto del Tratado suscrito entre ambos Estados hecho en Rabat el 4 de julio de 1991, de amistad, buena vecindad y cooperación¹²⁸, forman parte de un conjunto de medidas que pretenden crear las vías para una cooperación jurídica bilateral de un lado y otro del estrecho¹²⁹. Además, estos Convenios hispano-marroquíes se enmarcan dentro de la política convencional marroquí con el fin de tomar en cuenta la situación de sus ciudadanos en las sociedades europeas de acogida, tal cual es el caso actual de España.

El mencionado Convenio hispano-marroquí sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa permitirá a los jueces españoles otorgar el reconocimiento de resoluciones dictadas en Marruecos en materia de familia. Supone ello, sin duda, un respeto a instituciones familiares nacidas en otro tiempo y cultura que posibilitará que el inmigrante conserve su estatuto personal en el Estado receptor. Ese reconocimiento, no obstante, estará sujeto a una fuerte verificación por los tribunales españoles asegurándose así que ninguna resolución dictada en un país musulmán viole los principios constitucionales en los cuales se base nuestro orden jurídico¹³⁰. La labor de nuestros tribunales demuestra que las mayores dificultades para dicho reconocimiento se encuentran cuando se violan principios básicos como la igualdad entre el hombre y la mujer o ante la constatación de una carencia en las garantías procesales al tiempo de constituirse la institución jurídica en cuestión¹³¹.

Si bien es cierto que la conclusión de convenios bilaterales es uno de los mecanismos más utilizados por el legislador como respuesta del sistema a la multiculturalidad, no es menos cierto que dicho recurso no está exento de dificultades. Entre otros problemas existentes la doctrina ha puesto de manifiesto, las dificultades en su interpretación dadas las distintas lecturas entre el país de inmigración y el país de emigración, las mutuas desconfianzas latentes en los mismos¹³² y el riesgo de crear una multiplicidad de estatutos diferentes derivada de la firma de los respectivos convenios¹³³. En particular, haciendo alusión al Convenio hispano-marroquí sobre cooperación judicial de 30 de mayo de 1997 destaca A. RODRÍGUEZ BENOT que "(...) diversas circunstancias tales como su incorrecta y confusa redacción en lengua española o las deficiencias técnicas de su articulado han llevado en la práctica a una crítica doctrinal y a una ignorancia jurisprudencial"¹³⁴.

Ante tales dificultades hay autores y países que consideran la vía más adecuada que Marruecos pasara a formar parte de los Convenios gestados en el marco de la Conferencia de La Haya¹³⁵. De este modo, debemos de valorar como altamente positiva la incorporación de Marruecos a la Conferencia de La Haya el 6 de septiembre de 1993¹³⁶. Hasta el momento presente, Marruecos es parte en el *Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, de 1 de marzo de 1954*, habiendo ratificado asimismo el *Convenio de La Haya tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980*. De manera muy significativa, ha de destacarse que el Reino Alauita ha sido el primer país en firmar el *Convenio de La Haya sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación respecto a la responsabilidad parental y medidas de protección de los niños de 19 de octubre de 1996*¹³⁷.

[126]

BOE nº 151, de 25 de junio de 1997. Vid. PÉREZ BEVIÁ, J. A., "El convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997", *Justicia*, 1998, nº 1-2, pp. 73 ss.; MOYA ESCUDERO M., Y ZEKRI, H., "Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos", *REDI*, 1997, nº 2, pp. 369 ss.

[127]

Aplicación provisional en BOE nº 150, de 24 de junio de 1997, ha entrado en vigor el 1 de julio de 1999 (BOE nº 151, de 25 de junio de 1999). Vid. PÉREZ BEVIÁ, J. A., "El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita y devolución de menores", en CALVO CARAVACA, A. L., Y IRIARTE ÁNGEL, J. L., (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 139 ss.; BORRÁS, A., "La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derechos de visita y devolución de los menores en las relaciones con Marruecos", en GARCÍA RODRÍGUEZ, I., (ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, cit., pp. 237 ss.; MOYA ESCUDERO, M., "El secuestro internacional de menores", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, cit., pp. 413 ss.; SABIDO RODRÍGUEZ, M., "Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997", en CALVO CARAVACA, A. L., Y IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Mundialización y Familia*, cit., pp. 347-356.

[128]

Este Convenio entró en vigor el 28 de enero de 1993 (BOE nº 49, de 26 de febrero de 1993).

[129]

Vid. Convenio de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia a personas determinadas y traslado de personas condenadas (BOE nº 145, de 18 de junio de 1997); Convenio de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial en materia penal (BOE nº 150, de 24 de junio de 1997); Convenio de 30 de mayo de 1997, de extradición (BOE nº 151, de 25 de junio de 1997). Anteriores a esta fecha hemos de destacar asimismo el Acuerdo de 29 de junio de 1988 sobre cooperación económica y financiera (BOE nº 290, de 3 de diciembre de 1988); el Acuerdo sobre cooperación técnica y asistencia mutua en materia de protección civil (BOE, nº 45, de 22 de febrero de 1993); y en materia de extranjería, el Acuerdo de 13 de febrero de 1992 sobre circulación de personas, tránsito y readmisión de extranjeros entrados ilegalmente (BOE nº 100, de 25 de abril de 1992) y el Acuerdo en materia de permisos de residencia y trabajo de 6 de febrero de 1996 (BOE nº 211, de 3 de septiembre de 1997).

[130]

En particular el art. 23 del Convenio establece: "Las resoluciones judiciales en materia civil, mercantil y administrativa, dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes de España y Marruecos, respectivamente, tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio del otro Estado, si reúnen las condiciones siguientes: 1. La resolución emana de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada; 2. Las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes; 3. La resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada; 4. La resolución no contiene disposiciones contrarias al orden público del Estado en que se solicite la ejecución, ni a los principios del derecho internacional que sean aplicables en el mismo. Tampoco deberá

Si bien es cierto que con tales acciones Marruecos muestra una intención de adaptarse a los valores occidentales¹³⁸, debemos de ser comedidos en cuanto a los avances que se producirán en el futuro mediante la vía de la negociación multilateral. En efecto, no se puede obviar que la mayoría de convenios internacionales apoyan sus cimientos en un respeto absoluto a los derechos y libertades consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y que los derechos humanos en la religión musulmana se entienden de manera muy distinta que en esta Carta Magna¹³⁹.

3.2. Adaptación de la propia normativa interna

a. CONCLUSIÓN DE LEYES ESPECÍFICAS

Ante las nuevas exigencias demandadas por una sociedad plural, algunos Estados han respondido con leyes materiales específicas en temas de especial sensibilidad como es el caso del matrimonio poligámico o el repudio. Así, podemos destacar la *Polygamous Marriages Act* aprobada de 1972 por el Gobierno británico con el fin de regular en su territorio determinados aspectos del matrimonio poligámico¹⁴⁰ o la Ley holandesa en materia de disolución del matrimonio y de separación de cuerpos y de reconocimiento de los mismos, de 25 de marzo de 1981, cuyo articulado alude a los efectos del repudio islámico¹⁴¹.

ser contraria a una resolución judicial dictada en ese mismo Estado y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada; 5 Que no se encuentre pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse”.

[131] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Estatuto Personal y Orden Público en un Contexto de Creciente Multiculturalidad”, en GARCÍA RODRÍGUEZ, I., (ED.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, cit., pp. 315 ss.

[132] BORRÁS, A., “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, cit., p. 178.

[133] En este sentido, CARLIER advierte que en materia de divorcio la norma de conflicto incluida en el proyecto de convenio entre Marruecos y Bélgica conlleva en supuestos de nacionalidad común de los cónyuges la aplicación de la ley nacional, en este caso la marroquí. Mientras que en el caso de otros musulmanes como los Turcos donde no existe convenio bilateral en la materia serán sometidos al derecho belga conforme a la nueva regla de conflicto introducida en 1960. Ante ello, advierte este autor que “estos estatutos particulares y diferentes pudieran, desde una óptica sociológica, alentar la constitución de comunidades cerradas”. Vid. CARLIER, J. Y., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, cit., p. 35.

[134] RODRÍGUEZ BENOT, A., “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, cit., p. 57. En nota a pie destaca este autor que la única decisión de un Tribunal español sobre el mencionado Convenio es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22ª) de 22 de junio de

2001 sobre la eficacia de un repudio otorgado en Marruecos (*Actualidad civil*, nº 1539, 2001).

[135] En concreto, es conocida la insistencia reiterada realizada por los Países Bajos. Vid. comentario de STRIKWERDA, en *Nederlands Juristenblad*, 1992, pp. 541 ss.

[136] GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias”, *REDI*, 1994, pp. 451-454.

[137] Vid. texto en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, pp. 813 ss.

[138] Así la aceptación de la Conferencia de La Haya, entre otras razones, ha motivado la reforma de la *Muddawanna* o Código del estatuto personal marroquí. Dicha reforma se ha realizado a través de cuatro Dahir de 10 de septiembre de 1993. Sobre las reformas del 1993, vid. MOULA Y RACHID, A., “La réforme du Code de statut personnel marocain. Une avancée dans la codification des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1994, nº 3, pp. 429-445; RUIZ DE ALMODÓVAR, C., “El Código marroquí de estatuto personal y su reforma de 1993”, en MARTÍN MUÑOZ, G., *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*, Madrid, 1995, pp. 29-35; id., “El Código marroquí de estatuto personal”, en PÉREZ BELTRÁN, C., y RUIZ DE ALMODÓVAR, C. (eds.), *Magreb: coordinadas socioculturales, Grupo de investigación sobre estudios árabes contemporáneos*, Granada, 1995, pp. 413-485.

[139] A. BORRÁS, “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, cit., p. 181. Sobre las dificultades para que los países musulmanes suscriban la normativa convencional, M. CHARFI insiste que “el factor religioso constituye la razón principal que explica el hecho de que los países musulmanes queden

al margen en relación a este derecho universal en formación” (“L’influence de la religion dans le Droit international privé des pays musulmans”, cit., p. 337).

[140] En concreto esta ley británica consideraba nulos tanto los matrimonios denominados “potencialmente poligámicos”, es decir celebrados en un país extranjero donde se permitía la poligamia, y los “realmente poligámicos, a saber aquellas uniones donde uno de los contrayentes estuviese unido previamente por un vínculo marital. Dada la rigidez de la norma, la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995 producirá un cambio fundamental en este sentido. De este modo la Parte II de esta ley, bajo la rúbrica “Validity of marriages under a Law which provisions permit polygamy” deja de considerar nulos a los llamados “matrimonios potencialmente poligámicos” en los territorios de Inglaterra, Gales y Escocia. Vid. R. FREELAND, “The Islamic Law of Marriage and English Courts”, *Fam. Law*, 1999, pp. 44 ss.; W. SAUNDERS, “The matrimonial proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1972, pp. 781 ss.; D. PEARL, “Polygamy and bigamy”, *The Cambridge Law Journal*, 1976, pp. 48 ss.

[141] En concreto esta disposición establece que “la disolución del vínculo matrimonial sobrevenida en el exterior del Reino de los Países Bajos por una declaración unilateral pronunciada por el marido no es reconocida a menos que: a) la ruptura del vínculo matrimonial por repudio sea conforme a la ley personal del marido; b) la disolución produzca efectos jurídicos desde el día de su pronunciamiento; c) resulte claramente que la esposa ha consentido expresa o tácitamente el divorcio o se haya resignado al mismo”. Vid. *Statsblad (Butletin des lois) Pays-Bas, Revue critique de droit international privé*, 1981, pp. 809 ss. Un comentario de R. VON RÖÖIJ a esta ley puede verse en la misma revista, pp. 810-814 y JESSURUN D’OLIVEIRA, H. U., “Le droit international privé néerlandais et les relations Maroc-Pays-Bas”, *Cahiers des Droits Maghrébins*, 1995, pp. 158-159.

b. UN CÓDIGO MUSULMÁN PARA EUROPA

A partir de un coloquio organizado en la Universidad de Louvain-la-Neuve en 1990 sobre el tema "Musulmanes en Bélgica: ¿un estatuto jurídico específico?", el Profesor Fouad Riad de la Universidad del Cairo, formuló la propuesta de la elaboración de un Código europeo del estatuto personal para los musulmanes. Se trataría de elaborar un sistema de soluciones para los inmigrantes de origen musulmán asentados en Europa con el fin de resolver los problemas más frecuentes que surgen en el sector del derecho de familia. Este derecho material musulmán adaptado se inspiraría en la *charia* "en su expresión más conciliable con los valores europeos"¹⁴².

Sin embargo, pronto la doctrina advirtió los problemas de esta solución¹⁴³. Entre otros, un escollo de carácter eminentemente formal: la dificultad de la elaboración misma del código dada la diversidad legislativa entre los Estados europeos y los países musulmanes¹⁴⁴. A esto habría que unir la dificultad para conciliar esta proliferación de estatutos personales religiosos con un valor inherente a los ordenamientos occidentales cual es la laicidad del derecho¹⁴⁵.

c. NORMAS INTERNAS CON APERTURA A LA PLURALIDAD RELIGIOSA

Teniendo en cuenta que la pluralidad de la sociedad y sus implicaciones en el derecho de familia beben de la identidad musulmana del individuo, unido a que esta realidad religiosa está hoy presente entre los propios nacionales, hay una tendencia a elaborar normas internas con apertura a esa diversidad religiosa. Un ejemplo de esta opción la tenemos en los Acuerdos de cooperación firmados entre el Estado español y las confesiones religiosas de notorio arraigo en España, como son las iglesias protestantes, las comunidades israelitas y las comunidades islámicas¹⁴⁶. Así, gracias al *Acuerdo con la Comisión Islámica de España, de 10 de noviembre de 1992*, todo musulmán tanto español como extranjero podrá celebrar matrimonio coránico válido en España, siempre que se respeten las condiciones fijadas en el art. 7 del mencionado Acuerdo¹⁴⁷. De este modo, España ha pasado en un breve periodo de tiempo de ser un país donde la única religión reconocida era la canónica, a admitir y regular manifestaciones básicas de otras realidades religiosas distintas presentes en su sociedad.

d. ADAPTACIÓN DEL PROPIO SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Junto a las soluciones aportadas de derecho material, se esbozan asimismo otras en el campo del Derecho internacional privado.

En primer lugar, una solución podría venir dada por la especialización de la norma de conflicto para cada materia del estatuto personal¹⁴⁸, -a saber matrimonio, filiación, disolución del vínculo marital...-, consiguiendo así soluciones más respetuosas con los valores en juego¹⁴⁹. Ha de tenerse en cuenta que dado que esa minuciosidad podría conllevar una falta de flexibilidad ante nuevos cambios, la aludida especialización debe de combinarse con una redacción amplia de los conceptos utilizados por la norma de conflicto a fin de cubrir el máximo de supuestos de tráfico jurídico externo¹⁵⁰.

Una segunda solución con la finalidad de adaptar el sistema de Derecho internacional privado a la multiculturalidad de su sociedad, sería dotar al inmigrante de la posibilidad de elegir a la hora de regir sus relaciones familiares entre su propia

[142]

RIAD, F., "Pour un code européen de droit musulman", en CARLIER, J. Y., et WERWILGHEN, M., *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 379 ss.

[143]

Sobre estas dificultades, vid. JAHEL, S., "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français", en *Revue internationale de droit comparé*, 1994, n° 1, pp. 50 ss.

[144]

BORRÁS, A., "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", *cit.*, p. 175.

[145]

CARLIER, J. Y., "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", *cit.*, p. 33.

[146]

Mediante la Ley 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre de 1992, se aprobaron respectivamente el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y el Acuerdo con la Comisión Islámica de España (CIE). Todos ellos se publicaron en el *BOE*, n° 272, de 12 de noviembre de 1992, estando en vigor desde el día siguiente al de su publicación. *Vid. inter alia*, REYNA, V. Y FÉLIX BALLESTA, M. A., *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias*, Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Barcelona, Marcial Pons, 1994.

[147]

Sobre esta cuestión, me remito a un capítulo específico sobre el mismo que se incluye en este trabajo.

[148]

CARLIER, J. Y., "Estatuto personal y sociedad multicultural", *cit.*, p. 34.

[149]

ABARCA JUNCO, P., "La regulación de la sociedad multicultural", *cit.*, p. 164.

[150]

RODRÍGUEZ BENOT, A., "Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español", *cit.*, p. 64.

ley nacional o la ley de su residencia habitual¹⁵¹. Como ha destacado J. Y. CARLIER “esta opción de derecho permite una adaptación flexible en el tiempo y en el espacio”¹⁵². Mediante esta posibilidad, el sistema parece adaptarse a la diversidad de las situaciones y al grado de integración de cada individuo. Así mientras que el recién llegado podría regirse por su ley nacional no sintiéndose peligrar su identidad cultural, con el tiempo aquellos que vayan instalándose en el territorio y que quizás prefieran alejarse de su ley tendrían la opción de elegir la ley de la residencia habitual. Sin duda, esta solución es beneficiosa para colectividades como las mujeres que para evitar ciertas discriminaciones amparadas por el ordenamiento musulmán podrían preferir estar bajo la ley española, en tanto que *lex domicilii*, que bajo su ley personal, es decir la de su nacionalidad. No obstante, esta solución aparentemente sencilla en la teoría, no está exenta de dificultades en la práctica. Como apunta A. QUIÑONES ESCÁMEZ para un musulmán la renuncia a la ley personal a favor de la ley del país de residencia puede ser equivalente a renegar públicamente de la propia religión llegando a considerarse incluso como una especie de apostasía dentro de una óptica jurídica confesional¹⁵³.

Hay países como Holanda que desde el año 1981 permiten a los esposos con nacionalidad común extranjera optar, incluso con posterioridad al nacimiento del litigio, a favor del derecho neerlandés con independencia de su nacionalidad¹⁵⁴. Asimismo, en España ha sido reformado el art. 107 del Código civil que imponía la aplicación de la ley nacional común de los esposos en los supuestos de separación y divorcio. Esta modificación nació de una queja presentada ante el Defensor del Pueblo, que posteriormente elevaría al Ministerio de Justicia, por una mujer marroquí al considerarse discriminada por la aplicación de la legislación de su país en una demanda de divorcio planteada ante los tribunales españoles. Con el fin de paliar dicha discriminación, la Ley 11/2003, de 29 de septiembre modifica el art. 107 del Código Civil, de forma que en casos de separación o divorcio, se aplicará la ley española siempre que “las leyes nacionales no reconocieran la separación o el divorcio, o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”¹⁵⁵.

3.3. Una aplicación judicial flexible y respetuosa con la diferencia

Los jueces también tienen un papel destacado con el fin de que nuestro sistema jurídico se adapte a la creciente diversidad cultural existente. Para ello se han propuesto varias posibilidades:

a) **Una jurisprudencia que responda caso por caso.** Con ello, el juez tendría en cuenta a la hora de su resolución la peculiaridad de aquellas situaciones donde se encuentra presente la diversidad cultural de los individuos. Esta actitud aflora en sentencias como la del *Bundegerichthof*, de 28 de enero de 1987, ante un matrimonio mixto entre una mujer de religión musulmana con nacionalidad israelita y un alemán convertido al islamismo. El matrimonio había acordado según el derecho musulmán que en caso de divorcio y, especialmente de repudio, el marido debería restituir el *mahr*, es decir la dote o aportación nupcial. Ante la reclamación del mismo por la mujer, el marido se opone alegando que dicho pacto es nulo según el derecho alemán. Ante tales hechos el tribunal alemán realiza una interpretación flexible calificando dicho *mahr* como un pacto de alimentos, figura sí admitida por el derecho alemán¹⁵⁶.

[151]

Esta opción ha sido defendida en el ámbito matrimonial entre otros por: CARLIER, J. Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruselas, Bruylant, 1992; GANNAGE, O., “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue critique de droit international privé*, 1992, p. 425; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Postmodernismo y derecho internacional privado”, *Revista española de derecho internacional*, 1994, p. 557.

[152]

CARLIER, J. Y., “Estatuto personal y sociedad multicultural”, *cit.*, p. 35.

[153]

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Inmigrantes de países islámicos: ¿qué derecho de familia?”, en *La inmigración en España: contextos y alternativas*, *cit.*, p. 317-318. Junto al problema apuntado de la presión social y religiosa esta autora apunta otra serie de problemas cuando se deja a los esposos extranjeros la elección de la ley aplicable: a) las dificultades derivadas del hecho de que en el matrimonio musulmán los cónyuges no están en situación paritaria sino que existe una subordinación clara de la mujer; b) la imposibilidad de resolver el conflicto planteado por el desacuerdo entre los cónyuges en cuanto a la elección de la ley; c) la falta en la práctica de la inclusión de un pacto de ley aplicable dado su extenso desconocimiento por los contrayentes, y en especial por la mujer; y d) la opción de legislación no elimina la dificultad de establecer límites a la autonomía de la voluntad, pues ésta siempre debe ceder ante valores superiores.

[154]

Ley relativa a la regulación de los conflictos de leyes en materia de disolución del matrimonio y de separación de cuerpos y del reconocimiento de las mismas, 25 de marzo de 1981, *Staatsblad*, 1981, nº 166. Sobre esta ley *vid. Rev.crit.d.i.p.*, 1981, p. 809, nota de VAN ROOIJ, POLAK & VAN ROOIJ, *Private international law in the Netherlands*, La Haye, Kluwer, 1987, pp. 215 ss

[155]

Sobre la reforma del art. 107 del Código Civil me remito al capítulo VII de este trabajo.

[156]

Ante tal hermenéutica, BORRÁS, A., (“La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, *cit.*, p. 182) destaca que es “un razonamiento desarrollado en dos etapas: en la primera, se utiliza una técnica propia del Derecho internacional privado, excluyendo la norma religiosa; pero en la segunda, la tiene en cuenta al interpretar la norma material aplicable. Sobre esta sentencia, *vid. JAYME, E.*, “Diritto de famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1993, pp. 301-304 y HESSLER, H. J., “Islamisch-rectliche Morgengabe: vereinbarter Vermögensausgleich im deutschen Scheidungsfolgerecht”, *IPRax*, 1988, pp. 95 ss.

No obstante, si bien es cierto que esta flexibilidad es básica desde el punto de vista de la justicia material, no es menos cierto que puede fácilmente hacer peligrar valores tan imbricados como la seguridad jurídica y la certeza del derecho¹⁵⁷.

b) Atenuación del Orden Público. Frente al conflicto de civilizaciones, en numerosas ocasiones las fricciones que se producen entre las instituciones propias del derecho musulmán y los valores constitucionales del Estado de acogida se dirimen mediante la excepción de orden público internacional. De este modo, la ley nacional del individuo llamada en principio a regular su estatuto personal ante ese choque insalvable ha de ceder ante la ley del foro. Nuestros tribunales no pueden reconocer instituciones propias del derecho musulmán como la poligamia y el repudio al considerarse contrarias a valores como la igualdad de los cónyuges o la dignidad de la mujer; no obstante, mediante una flexibilización de la excepción del orden público se reconocerían ciertos efectos a estas instituciones nacidas en otro lugar, momento y civilización¹⁵⁸. Abandonando la rigidez de la excepción de orden público internacional se evita asimismo que la parte más débil de la relación, fundamentalmente la mujer o el menor, se encuentre desprovista de la más mínima protección jurídica.

La jurisprudencia francesa, retomando la teoría llamada del “efecto atenuado del orden público”, es rica en supuestos de reconocimiento de ciertos efectos ante instituciones familiares propias del derecho musulmán. Así son numerosos los casos en los que los tribunales reconocen la existencia de una obligación de alimentos del marido para cada una de sus mujeres¹⁵⁹, o en materia sucesoria donde se admite que la segunda esposa pueda invocar al igual que la primera los derechos reconocidos al cónyuge supérstite¹⁶⁰, así como el reconocimiento de ambas esposas ante pensiones, rentas e indemnizaciones en caso de fallecimiento del marido¹⁶¹. Los tribunales españoles, hasta el momento presente, se limitan a oponerse mediante la cláusula de orden público a cualquier tipo de unión poligámica, independientemente de su admisión por el estatuto personal de los cónyuges o el lugar de celebración. Sin perjuicio de las numerosas Resoluciones de la DGRN que impiden la inscripción de cualquier matrimonio poligámico al considerarse que atenta contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio, parece ir paulatinamente reconociéndose este efecto atenuado. Prueba de ello es que la DGRN menciona expresamente en sus resoluciones que “no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento español”, admitiendo implícitamente una posible atenuación del orden público en cuanto al reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio poligámico¹⁶².

c) Flexibilidad para reconocer resoluciones extranjeras. Cada vez con más frecuencia, los órganos jurisdiccionales españoles se encuentran ante relaciones jurídicas que habiendo nacido en un contexto musulmán demandan su reconocimiento a efecto de su validez a la luz del ordenamiento español. Se trata, entre otros, de matrimonios acaecidos fuera de nuestras fronteras, de divorcios unilaterales realizados por el marido o de instituciones como la *Kafala* que aspiran a ser reconocidas en nuestro país e incluso a su inscripción en el Registro Civil. En todos estos casos, el juez se encontrará entre la tesitura de respetar, por un lado, la identidad cultural del inmigrante, y, por otro, los principios constitucionales inspiradores del sistema jurídico español.

[157]

CARLIER, J. Y., “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, *cit.*, p. 34.

[158]

Sobre la excepción de orden público e instituciones como la poligamia y el repudio, *vid. inter alia*, DÉPREZ, J., “Droit international privé et conflits de civilisations”, *cit.*, p. 157 ss.; LAGARDE, P., “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, en *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 263 ss.; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1 de febrero de 2000, n° 1862, pp. 425 ss.; *id.* “Estatuto personal y Orden Público en un contexto de Creciente Multiculturalidad”, en GARCÍA RODRÍGUEZ, I., (Ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, *cit.*, pp. 315 ss.; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, *cit.*, en particular, pp. 46 ss.

[159]

Cass. civ., 28 de enero de 1958, D. 1958, p. 265, nota LENOAN, *Clunet*, 1958, p. 776; nota LOUIS-LUCAS, P., *Revue critique de droit international privé*, 1958, p. 110.

[160]

Cass. civ., 3 de enero 1980, *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 331, nota BATIFFOL, H., D. 1980, p. 549, nota POISSON, E., *Clunet*, 1980, p. 327.

[161]

Cass. civ., 22 de abril de 1986, *Revue critique de droit international privé*, 1987, p. 374, nota COURBE, P.,

[162]

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *cit.*, p. 13.

Hasta el momento presente, la práctica administrativa y judicial española ante el reconocimiento y ejecuciones de decisiones extranjeras relativas al divorcio musulmán, y en particular al repudio¹⁶³, mantiene “una percepción mecánica y abstracta de las instituciones procedentes de los países musulmanes”¹⁶⁴. No obstante, la existencia también de ejemplos que muestran una actuación más sensible que atiende a la justicia material del caso concreto parecen apuntar un cambio de actitud. En varias ocasiones, el Tribunal Supremo español ha negado el exequatur al considerar que el repudio no se ha llevado a cabo ante una autoridad judicial o funcionario público revestido de *imperium* así como atendiendo a la revocabilidad de la disolución del vínculo. Esta práctica está presente, entre otros, en el Auto del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998, donde se deniega el exequátur al repudio otorgado en Marruecos por el esposo español para disolver su matrimonio coránico con una ciudadana marroquí¹⁶⁵. Entre los ejemplos aludidos que muestran un cambio hacia un control judicial flexible, atento al resultado material, ha de señalarse el Auto de 21 de abril de 1998¹⁶⁶. En este caso, el Tribunal Supremo movido fundamentalmente por un principio de justicia material otorgará el exequátur al repudio de una española realizado por su esposo musulmán de nacionalidad egipcia. De esta postura seguida por el Tribunal Supremo dan buena nota las palabras expresadas en este último Auto:

“Sin embargo, no puede desconocer esta Sala las particulares circunstancias que concurren en el presente supuesto y que aconsejan resolver sobre la homologación que se demanda con la mira puesta tanto en la observancia de los principios que presiden el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras cuanto en un elemental principio de justicia material; y así, ha de tomarse en consideración 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 en sentido internacional –de interpretación restrictiva, por demás de forma que se convierta en infranqueable (...). Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualitario 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 producido en el Estado de origen, cuando a través del exequátur se recibiría la sentencia con ese mismo contenido”.

[163]

GUZMÁN ZAPATER, M., “Divorcios sin intervención judicial y repudio. “Exequatur”: Los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México”, *Aranzadi civil*, octubre 1999, nº 11, pp. 15-32.

[164]

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, cit., po, 165-166.

[165]

REDI, nº 1997-2, p. 237ss., nota de R. ARROYO MONTERO.

[166]

REDI, nº 1999-1, p. 202 ss., nota de A. QUIÑONES ESCÁMEZ.

CAPÍTULO II

Sociedad multicultural y derecho de familia

- PÉREZ BEVIÁ, J. A.
“El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de derecho de visita y devolución de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA Y J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 139 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.
Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2000.
- RIAD, F.
“Pour un code européen de droit musulman”, en J.-Y. CARLIER et M. Werwilghen, *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 379 ss.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.
“Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, en *La multiculturalidad: especial referencia al menor*, Consejo General del Poder Judicial (Ed.), 2002, p. 41.
- RUIZ DE ALMODÓVAR, C.
“El Código marroquí de estatuto personal y su reforma de 1993”, en G. Martín Muñoz, *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*, Madrid, 1995, pp. 29-35.
- RUIZ DE ALMODÓVAR, C.
“El Código marroquí de estatuto personal”, EN C. PÉREZ BELTRÁN y C. RUIZ DE ALMODÓVAR (eds.), *Magreb: coordenadas socio culturales, Grupo de investigación sobre estudios árabes contemporáneos*, Granada, 1995, pp. 413-485.
- SABIDO RODRÍGUEZ, M.
“Consideraciones sobre el Convenio bilateral entre España y Marruecos de 1997”, en A. L. CALVO CARAVACA Y J. L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y Familia*, cit., pp. 347-356.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.
“Postmodernismo y derecho internacional privado”, *Revista española de derecho internacional*, 1994, p. 557.
- SAUNDERS, W.
“The matrimonial proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1972, pp. 781 ss.
- SEGURA I MAS, A.
Aproximación al mundo islámico. Desde los orígenes hasta nuestros días, Editorial UOC, Barcelona, 2002.
- SOLÉ, C., ALCALDE, R., PONT, J., LURBE, K., Y PARELLA, S.
“El concepto de integración desde la sociología de las migraciones”, *Revista Migraciones*, n° 12, diciembre 2002, p. 35.
- SOLÉ, M.
“Els plans territorials d'integració dels immigrants: una estratègia per promoure la participació, la coordinació i el consens”, *Idees*, n° 3, 1999.
- TOURAINÉ, A.
“¿Qué es una sociedad multicultural? Falsos y verdaderos problemas”, *Claves de Razón Práctica*, n° 56, p. 16.
- TROYANO PÉREZ, J. F.
“Identidad, solidaridad e integración social del inmigrante”, en L. SERRA SALMÓN (Coord.), *Inmigración extranjera en Andalucía (III Seminario sobre la inmigración extranjera en Andalucía)*, p. 167.
- WENGLER, W.
“The General Principles of Private International Law” en R. des C., T. 104, 1961, pp. 19 ss.
- WINTER, -DE, L. I.
“Nationalty or domicile? The present state of affairs”, RCADI, 1969, pp. 347-504.
- ZWEIGERT, K.
“Des solutions identiques par des voix différentes. (Quelques observations en matière de droit comparé)”, *RIDC*, 1966, vol. 1, pp. 13-14).



CAPÍTULO III

Peculiaridades de la entrada, residencia y trabajo de ciudadanos magrebíes en España

Por: Irene Blázquez Rodríguez



1. INTRODUCCIÓN

El art. 1 de la LO 4/2000, de 11 de enero de 2000¹⁶⁷, califica como extranjero a aquellos que carecen de nacionalidad española. Esta definición parecería el punto de partida adecuado para regular la entrada, residencia y trabajo de todos aquellos que careciendo de la nacionalidad española acceden, o desean hacerlo, al territorio español. Pese a la significación unívoca que posee el concepto de extranjero¹⁶⁸, desde un punto de vista jurídico habremos que distinguir una pluralidad de situaciones de extranjería. En efecto, la primera dificultad que nos encontramos al adentrarnos en el régimen de extranjería actual es una pluralidad de estatutos, acompañada necesariamente de un marasmo de disposiciones legales de diverso origen y rango. Es nuestra intención en este capítulo acercarnos a las condiciones de entrada, circulación y residencia de los ciudadanos magrebíes en España, prestando especial interés a las peculiaridades que informan su régimen jurídico. Así pues, su nacionalidad junto con su proximidad geográfica o las relaciones de vecindad mantenidas especialmente con el Reino Alauita conllevan una serie de singularidades en su régimen de extranjería.

1. Una pluralidad de estatutos de extranjería

De manera general, el “estatuto de extranjería” se define como “el conjunto de derechos que se les reconocen al extranjero en el ámbito territorial de un Estado del que no es nacional y las obligaciones que se le imponen”¹⁶⁹. Así mismo es generalmente admitido que uno de los caracteres intrínsecos de la extranjería es que nunca tiene una significación unívoca¹⁷⁰. En efecto, pese al carácter genérico de la noción de extranjería, por comprender a todos los que no son nacionales, la condición jurídica del extranjero en un Estado determinado no es idéntica para todos aquellos que son “extraños a la comunidad”¹⁷¹. Atendiendo a esta diversidad más que de un único status de extranjería, hemos de afirmar que existen diferentes “extranjerías”¹⁷².

Nuestro ordenamiento jurídico distingue básicamente tres regímenes legales: comunitario, general y especial. Tal pluralidad de situaciones afectará al conjunto de derechos y obligaciones reconocidas al extranjero en orden a su entrada, residencia o trabajo en el territorio español.

- **Régimen comunitario.** Los ciudadanos de la Unión y por extensión de los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE)¹⁷³ y a la Confederación Suiza¹⁷⁴, junto con sus familiares, son beneficiarios de un régimen privilegiado que se ampara directamente en la normativa de origen comunitario. La última reforma operada a la LOEXIS por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, ha decidido expresamente aclarar que “*los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*”. Con la reforma acaecida se incorpora de nuevo esta exclusión que incorporó la primera versión de la LOEXIS y que meses después decidió suprimir la LO 8/2000. En aplicación de esta normativa comunitaria, ha sido aprobado el R.D. 178/2003, de 14 de febrero, que regulará bajo pautas de flexibilidad la entrada, permanencia y trabajo en nuestro territorio de estos beneficiarios del régimen comunitario¹⁷⁵.

[167]

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en adelante LOEXIS.

[168]

El concepto de extranjero es una noción puramente negativa al presuponer la carencia de vínculo nacional entre la persona y una determinada comunidad política. Sobre esta base para MIAJA DE LA MUELA, A., “es extranjero en un país el individuo o la persona jurídica al que sus leyes no le confieren la condición de nacional, sólo en otro Estado o se encuentre en situación de apátrida (*Derecho internacional privado*, vol. II, Atlas, Madrid, 1985, p. 111).

[169]

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., “La proyección del Derecho comunitario europeo sobre el estatuto jurídico del extranjero”, *Curso de Conferencias sobre el Derecho comunitario europeo*, 1975, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, p. 15.

[170]

De este modo, FERRER PEÑA (*Los derechos de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 23) defiende que “más que en singular, resulta obligado hablar de las situaciones de extranjería en plural, porque es normal, además, que todas ellas tengan un tratamiento peculiar con características y, sobre todo, con consecuencias jurídicas distintas”. En este mismo sentido, vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I., “Noción de extranjero. Diferentes situaciones de extranjería”, en ADROHER BIOSCA, S., Y CHARRO BAENA, P. (Dir.), *La inmigración. Derecho español e internacional*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 23-24.

[171]

En este sentido, LE BRIS al abordar la problemática sobre “el extranjero y sus metamorfosis” esboza como punto de partida de su estudio la “flexibilidad” (*la souplesse*) del estatuto jurídico, contraponiendo tal cualidad al sentido invariable que entraña la definición de extranjero (LE BRIS, R. F., “L'étranger et ses métamorphoses quelques considérations contemporaines”, en AA.VV., *L'Internationalisation du Droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, París, 1994, pp. 232-233).

[172]

MOYA ESCUDERO, M., “¿Extranjería o extranjerías”, *La inmigración en España: contextos y alternativas. Volumen II. Actas del III Congreso sobre la Inmigración en España*. Granada, 2002, pp. 551-565, en particular, p. 564.

[173]

El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, entre los doce Estados miembros de la CE, por una parte, y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio, Noruega, Islandia y Liechtenstein, por otra (*DOUE L n° 1*, de 3 de enero de 1994).

[174]

Este régimen parejo a los ciudadanos comunitarios lo gozan los suizos gracias al Acuerdo, de 21 de junio de 1999, entre la CE y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas, que ha entrado en vigor el 1 de junio de 2002 (*DOUE L n° 114*, de 30 de abril de 2002).

[175]

Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *BOE* de 22 de febrero de 2003.

- **Régimen especial.** La LOEXIS en su artículo 2 excluye del ámbito de aplicación de la ley a los agentes diplomáticos y consulares acreditados en España¹⁷⁶, a los representantes de organismos intergubernamentales y funcionarios de organismo internacionales con sede en España, así como a los familiares de éstos. Así mismo la LOEXIS describe un régimen especial para una serie de colectivos que, dadas su particularidades en cuanto a la entrada, permanencia y trabajo en nuestro país, requieren un régimen distinto al general, me refiero a los estudiantes, los indocumentados y los menores¹⁷⁷.
- **Régimen general.** Como su nombre indica, genéricamente la situación de los extranjeros en España se regirá, siempre que no puedan acogerse a alguna de las situaciones antes expuestas, mediante el llamado régimen general. Éste descrito básicamente por la LOEXIS y su Reglamento de ejecución se caracteriza por el establecimiento de un rígido procedimiento concebido para el inmigrante económico de origen extracomunitario.

En la mayoría de los casos a los ciudadanos de origen magrebí le será de aplicación este último régimen, es decir habrán de cumplir con los requisitos de la legislación más dura y general de extranjería para entrar, residir y trabajar en España. De este modo, el anhelado régimen comunitario sólo les será aplicable como beneficiarios directos si éstos han sido naturalizados españoles o bien de otro Estado miembro de la Unión Europea, o mantienen un vínculo familiar con un ciudadano de la Unión o del Espacio Económico Europeo.

2. Una diversidad de disposiciones legales

Junto a esta pluralidad de estatutos, una segunda dificultad que conoce nuestra legislación de extranjería es la diversidad de disposiciones legales que regulan la cuestión tanto en relación al origen de sus fuentes como a su rango normativo.

Hasta época reciente, la condición del extranjero era una atribución exclusivamente estatal que era regulada por el legislador nacional atendiendo a diversos intereses y motivaciones. Con la incorporación de España a las Comunidades Europeas, dicha competencia soberana sufrió una primera restricción dadas las competencias comunitarias para reglar la situación jurídica de los nacionales de los Estados miembros y de sus familiares en el territorio de otros países miembros. Asimismo, al inicio de la década de los noventa, la competencia soberana que mantenían los Estados miembros en relación a los ciudadanos extracomunitarios empieza a minarse con las nuevas facultades asumidas por la Comunidad tras el Tratado de Amsterdam¹⁷⁸. En concreto, mediante un nuevo Título IV titulado “visado, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” se inicia la andadura hacia una política común de inmigración¹⁷⁹. Si bien, hasta fecha presente, dicha “extranjería de la Unión” es de carácter embrionaria y parcial, una diversidad de Reglamentos y Directivas comunitarios han aflorado en breve tiempo modelando el régimen jurídico del extranjero esbozado por las legislaciones estatales de los distintos Estados miembros.

[176]

Vid. Canje de Notas de 15 de julio de 1997 y de 16 de julio de 1997 constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos en materia de supresión visados en pasaportes diplomáticos, *BOE* núm. 231, de 26 de septiembre de 1997, p. 28535; Canje de Notas de 27 de diciembre de 1996 constitutivo de Acuerdo entre España y Túnez en materia de supresión de visados a titulares de pasaportes diplomáticos, *BOE* núm. 60, de 11 de marzo de 1997, p. 7842.

[177]

En concreto, arts. 33, 34 y 35 de la LO 4/2000.

[178]

HAILBRONNER, K., “European immigration and asylum under the Amsterdam Treaty, *CML Rev.*, nº 5, 1998, pp. 1047-1067; SIMPSON, G., “Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam”, *European Public Law*, nº 2, march 1999, pp. 91-124.

[179]

Vid. *amplius*, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E., “Asilo e inmigración en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13, septiembre/diciembre 2002, pp. 833-856; BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Hacia una política común de inmigración”, *Revista del Poder Judicial*, segundo semestre 2002, nº 66, pp. 107-142; JIMÉNEZ PIERNAS, C., “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13, septiembre/diciembre 2002, pp. 857-894; FERNÁNDEZ CONEJO, M. T., “Hacia una política de inmigración común” en *La inmigración en España: contextos y alternativas. III Congreso sobre inmigración en España*, cit., pp. 535-549.

Atendiendo a esta realidad, la situación de los nacionales magrebíes en España vendrá dada por disposiciones procedentes de las siguientes fuentes normativas.

- **En primer lugar**, les será de aplicación la normativa interna que describe el referido régimen general: la LO 4/2000, con las consiguientes modificaciones realizadas, el 22 de diciembre de 2000 por la LO 8/2000 y, el 20 de noviembre de 2003, por la LO 14/2003, así como en Reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio¹⁸⁰.
- **En segundo lugar**, aportan una serie de especificidades al régimen esbozado por la LOEXIS y su Reglamento de ejecución una serie de acuerdos bilaterales concluidos entre España y los países del Magreb. En este sentido, destacamos el Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 25 de julio de 2001¹⁸¹ o el Acuerdo Administrativo entre estos dos países, relativo a los trabajadores de temporada, hecho asimismo en Madrid, el 30 de septiembre de 1999.
- **Y, en tercer lugar**, la normativa comunitaria que, además de tener efecto directo y gozar de primacía con respecto al derecho interno, ha ido progresivamente influenciando en la situación jurídica de los nacionales de terceros países. Así pues, consecuencia de la puesta en marcha de una política común de inmigración, se han armonizado, hasta la fecha, importantes aspectos relativos al cruce de las fronteras exteriores y a los requisitos de entrada de los nacionales de terceros países en la Unión Europea¹⁸². Entre otros instrumentos podemos destacar el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y su Convenio de Aplicación, de 19 de junio de 1990. En concreto la política de visados ha alcanzado en la Unión Europea un importante grado de armonización mediante la conclusión por parte del Consejo de los siguientes dos textos legales: el Reglamento 539/2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación¹⁸³ y el Reglamento 1683/1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado¹⁸⁴. Junto a los instrumentos mencionados que dibujan a nivel comunitario el régimen general de extranjería para los nacionales de terceros países, ha de tenerse en cuenta, con el fin de aportar una imagen completa del estatuto de los ciudadanos magrebíes, una serie de disposiciones incluidas en los Acuerdos Euromediterráneos firmados entre la Unión Europea y los países magrebíes.

[180]

BOE de 21 de julio de 2001.

[181]

BOE de 20 de septiembre de 2001.

[182]

Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba-Consejería de Gobernación, 2ª Edición, 2003.

[183]

Reglamento 539, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, (*DOUE* L nº 81, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento 2414, de 7 de diciembre de 2001 (*DOUE* L nº 327, de 12 de diciembre de 2001) y por el Reglamento 453, de 6 de marzo de 2003, (*DOUE* L nº 69, de 13 de marzo de 2003).

[184]

DOUE L nº 164, de 14 de julio de 1995.

II. ENTRADA Y CIRCULACIÓN POR EL TERRITORIO ESPAÑOL

Cuando se trata de la entrada de ciudadanos magrebíes al territorio español a éstos se les aplicará, en la mayoría de los casos, el régimen general, es decir aquel que en el ordenamiento jurídico español comporta las condiciones más duras y restrictivas. Además, consecuencia del establecimiento de un espacio europeo sin controles fronterizos intracomunitarios, el régimen extracomunitario le será de aplicación, por extensión, para cruzar por cualquier punto de la frontera exterior común con dirección a un Estado miembro de la Unión. Sólo en el supuesto de que estos ciudadanos magrebíes fuesen familiares directos, es decir, el cónyuge, descendientes o ascendientes, de nacionales de la Unión o del Espacio Económico Europeo quedarían fuera del ámbito de aplicación del régimen general de extranjería pasando a ser considerados como beneficiarios indirectos del régimen comunitario¹⁸⁵.

La regulación básica sobre las condiciones de entrada se encuentran en el Capítulo I del Título II de la LO 4/2000 (arts. 25 a 28) completadas con los arts. 1 a 30 del Reglamento de ejecución de esta Ley. Entre las disposiciones reformadas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, se encuentran dos preceptos claves en cuanto al régimen de entrada, los arts. 25 y 27. En concreto, estos cambios giran en torno al visado, es decir, al mecanismo de control básico utilizado por los Estados para limitar o permitir la entrada a sus respectivos territorios. Entre las novedades introducidas por el legislador estatal mediante la mencionada Ley 14/2003 destaca la de dotar al visado “de una nueva función adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España”¹⁸⁶.

Si bien es cierto que hasta época muy reciente los Estados tenían potestad exclusiva para determinar quiénes y cómo podían acceder a su territorio, esta afirmación hoy no resulta una premisa absoluta. Consecuencia directa de las competencias asumidas por la Unión Europea en controles sobre las fronteras exteriores y en política de visados, los Estados miembros han debido adecuar su reglamentación a la normativa comunitaria. De este modo, para comprender la reglamentación fijada por la Ley de extranjería española no podemos obviar la existencia de los siguientes tres instrumentos de origen comunitario. Primeramente, *el Acuerdo de Schengen y su Convenio de Aplicación*¹⁸⁷. En segundo lugar, *el Reglamento 539/2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación*¹⁸⁸. Y, por último, *el Reglamento 1683/1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado*¹⁸⁹.

Estos referidos preceptos de origen nacional y comunitario son los encargados principales de someter la entrada de los ciudadanos extracomunitarios a un estricto control; nota que es además común en la política legislativa de los diferentes Estados miembros. En particular, estas disposiciones regulan los dos aspectos básicos de la entrada de extranjeros a España y, por extensión, al llamado “espacio Schengen”¹⁹⁰: el cruce por los puestos fronterizos habilitados y la documentación requerida para ello.

[185]

El art. 10.1 del Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOUE L n° 257, de 19 de octubre de 1968); el art. 1 de la Directiva 73/148, relativa a la movilidad de los nacionales comunitarios en materia de establecimiento y libre prestación de servicios (DOUE L n° 172, de 28 de junio de 1973); el art. 1 de la Directiva 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DOUE L n° 180, de 13 de julio de 1990); el art. 1 de la Directiva 90/365, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DOUE L n° 180, de 13 de julio de 1990); el art. 1 de la Directiva 93/96, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DOUE L n° 317, de 18 de diciembre de 1993). Sobre esta cuestión me remito al capítulo de este estudio dedicado a la reagrupación familiar.

[186]

IV Exposición de motivos de la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

[187]

Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, BOE, de 5 de abril de 1994. DOUE L n° 239, de 22 septiembre de 2000; Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, BOE, de 13 de enero de 1994. DOUE L n° 239, de 22 de septiembre de 2000.

[188]

Cit. supra.

[189]

Reglamento n° 1683/95, de 29 de mayo de 1995 por el que se establece un modelo uniforme de visado (cit. supra), modificado por el Reglamento n° 334/2002 del consejo de 18 de febrero de 2002, DOUE L n° 53 de 23 de febrero de 2002.

[190]

El denominado “espacio de Schengen” estaría formado por el conjunto de los territorios de los Estados Parte en estos Acuerdos de Schengen. Con ello, el denominado “espacio de Schengen” es distinto al “espacio comunitario” ya que a la exclusión de Reino Unido e Irlanda, que no forman parte de este Acuerdo, ha de considerarse la inclusión de Islandia y del Reino de Noruega como asociados a la ejecución del acervo Schengen.

1. Entrada por los puestos habilitados al efecto

En cuanto al cruce material de la frontera, el art. 25 LOEXIS se limita a afirmar que “el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto”. Esta exigua alusión es desarrollada por el Reglamento de ejecución que en su artículo primero regula los puestos de entrada y salida, así como las condiciones del tránsito. En concreto, con el fin de realizar un cruce legal éste debería verificarse en los días y horas señalados, y una vez sea autorizado el extranjero por las autoridades o los funcionarios responsables del control fronterizo, tras la pertinente comprobación de estar en posesión de la documentación requerida¹⁹¹.

Al referirnos al cruce de las fronteras, hemos de tener presente el mencionado Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y su Convenio de Aplicación, de 19 de junio de 1990. El objetivo básico de este Acuerdo, firmado entre la mayoría de los Estados miembros, es el establecimiento de un espacio europeo sin controles en fronteras interiores donde la libre circulación de personas resulte garantizada, tanto para los nacionales comunitarios como extracomunitarios que se encuentren legalmente en la Unión. Dado que las fronteras interiores desaparecen, el reforzamiento a la hora de cruzar las exteriores se estima como un elemento necesario si se desea mantener un nivel de seguridad interior óptimo en ese espacio de libertad. Por consiguiente, los controles ejercidos en las fronteras exteriores del espacio Schengen se efectuarán no sólo en beneficio del Estado en cuya frontera exterior se lleve a cabo, sino en beneficio del conjunto de las Partes contratantes cuyos intereses deberán tener en cuenta los agentes encargados de los controles. Desde esa perspectiva, se ha fijado en la Unión una regulación exhaustiva y uniforme del cruce de las fronteras exteriores, junto con el complemento indispensable que supone una política común de visados.

Dada la armonización acaecida, el Anexo 1 del Manual común de Schengen fija los pasos fronterizos españoles habilitados para el cruce de las fronteras exteriores¹⁹². Entre éstos se incluyen como frontera terrestre exterior común los puestos de Ceuta y Melilla con el Reino de Marruecos. A pesar de su consideración de fronteras exteriores, las ciudades autónomas gozan de un régimen especial para el tránsito con Marruecos, en virtud de la Declaración hecha por España al adherirse al Convenio de Schengen el 25 de junio de 1991¹⁹³. Por un lado, con el fin de garantizar un tráfico más fluido se aplica un régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias limítrofes de Tetuán y Nador. Y, por otro, a los nacionales marroquíes no residentes en dichas provincias y que deseen entrar exclusivamente en las ciudades de Ceuta y Melilla se les expedirá un “visado limitado múltiple” que restringido a las dos ciudades citadas permite múltiples entradas y salidas. Recordemos que este último tipo de visado territorialmente limitado (VTL) es una opción que otorga el art. 10.3 del Convenio de Schengen a los Estados miembros. El hecho de salvaguardar ese pequeño tráfico fronterizo no se traduce, en absoluto, en un debilitamiento por los puestos de Ceuta y Melilla de la frontera exterior común para la entrada y circulación por el territorio comunitario. La letra e) de la Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla especifica que, con el fin de verificar que los pasajeros cumplen las condiciones armonizadas de entrada del art. 5 del Convenio de Schengen, España mantendrá controles de identidad y documentos en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como destino otro punto del territorio español o de un Estado parte en el Convenio.

[191]

Según reza el art. 1.2 del Reglamento de ejecución “Excepcionalmente, las autoridades o los funcionarios responsables del control fronterizo podrán autorizar el cruce de fronteras fuera de los puestos habilitados o de los días y horas señalados, a quienes se encuentren en los casos siguientes: a) las personas a las que les haya sido expedida una autorización para cruzar la frontera ante una necesidad concreta; b) los beneficiarios de acuerdos bilaterales en tal sentido con países limítrofes.”

[192]

En particular, en la Comunidad Autónoma de Andalucía tienen la consideración de fronteras exteriores aéreas, los aeropuertos de Almería, Granada, Jerez de la Frontera, Málaga y Sevilla, así como las fronteras marítimas de los puertos de Algeciras, Almería, Cádiz, Huelva, La Línea de la Concepción, Málaga y Sevilla. Vid. Manual Común adoptado por el Comité ejecutivo creado por el Convenio de aplicación de Schengen (DOUE C n° 313, de 16 de diciembre de 2002, p. 97).

[193]

De igual modo, existían ciertas peculiaridades con otros territorios que debido a la adhesión posterior de determinados Estados a los Acuerdos de Schengen han ido perdiendo importancia: primeramente, el régimen que simplificaba los controles fronterizos entre Alemania y Austria como fruto del Canje de Notas germano-austríaco de 20 de agosto de 1984 ha perdido relevancia al formar parte Austria de estos Acuerdos; y en segundo lugar, hubo que tener presente el régimen especial entre Dinamarca, Finlandia y Suecia y el resto de países, concretamente Islandia y Noruega, que formaban la Unión Nórdica de Pasaportes; en este caso, la República de Islandia y el Reino de Noruega a pesar de no tener la condición de Estados miembros de la UE son asociados a la ejecución del “acervo de Schengen” y a su desarrollo futuro con arreglo al Acuerdo firmado en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996.

Mediante este Acuerdo de Schengen se produce un cambio en el significado de frontera en Europa. La realidad del debilitamiento de los controles en los pasos fronterizos intracomunitarios genera una nueva necesidad: “la de modificar funcionalmente el propio concepto de frontera”¹⁹⁴. En efecto, los controles de acceso a un país de la Unión pierden su razón de ser en cuanto a los movimientos de personas intracomunitarios; mientras que, paralelamente, surge la necesidad de un mayor interés traducido en reforzamiento sobre las fronteras *ad extra* de este espacio de libertad y de seguridad. En este contexto y dada su situación geográfica, España se ha convertido en frontera exterior meridional de Europa velando especialmente porque el tránsito de personas provenientes del Norte de África se haga cumpliendo la legalidad. Con este fin se ha firmado, el 13 de febrero de 1992, el *Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente*¹⁹⁵ y, el 31 de julio de 2002, el *Protocolo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre circulación de personas*¹⁹⁶. En virtud del Acuerdo con Marruecos, las autoridades fronterizas de este país readmitirán en su territorio, a petición formal de las españolas, a sus ciudadanos así como a otros nacionales de terceros países que hubieren entrado ilegalmente en el territorio de este último procedentes del territorio marroquí. Asimismo, las autoridades españolas estarían obligadas en el mismo sentido por el tránsito ilegal desde su territorio hacia Marruecos. De modo que únicamente quedarían eximidas las autoridades marroquíes de esta obligación de readmisión en los siguientes casos: a) para nacionales extracomunitarios procedentes de países con fronteras comunes con España; b) para los extranjeros que hubiesen sido autorizados a permanecer en territorio español con posterioridad a su entrada en vigor; c) para los extranjeros que, en el momento de su entrada en territorio español estuviesen en posesión de un visado o de un permiso de estancia concedido por nuestro Estado; d) para las personas a quienes España haya reconocido la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951¹⁹⁷. Pese a la existencia de este Acuerdo, las autoridades marroquíes se muestran reacias a readmitir con el fin de repatriar, a sus respectivos países, a ciudadanos no marroquíes que intentan entrar en España desde el territorio marroquí. Prueba de ellos es que en los doce años de vigencia de este Acuerdo sólo recientemente Marruecos ha aceptado, por primera vez, a 30 subsaharianos que llegaron a Canarias desde el territorio marroquí¹⁹⁸.

Por su parte, el Protocolo entre el Gobierno español y argelino sobre circulación de personas, entrado en vigor el 18 de febrero de 2004, acoge una readmisión más limitada. Según sienta su artículo primero ésta se ciñe a que “cada uno de los Estados Contratantes readmitirá sin formalidades a sus nacionales que se encuentren de forma irregular en territorio del otro”.

2. Documentación necesaria para efectuar la entrada

La distinta función que cumplen las fronteras en la Unión, según éstas tengan la naturaleza de intracomunitaria o extracomunitaria, se traduce necesariamente en un régimen muy distinto para el nacional magrebí dependiendo de si éste pretenda acceder al territorio español desde otro punto del Espacio de Schengen o desde un tercer país. Prueba de ello, el Convenio de Schengen distingue en su reglamentación un Capítulo I denominado “cruce de fronteras interiores” y un Capítulo II bajo el título “cruce de fronteras exteriores”. Si bien nuestra Ley de ex-

[194]

ESPINAR VICENTE, J. M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994, p. 207.

[195]

BOE de 25 de abril de 1992, corrección de erratas BOE de 30 de mayo de 1992. Muestra de esta preocupación por el flujo ilegal de inmigrantes a lo largo de la frontera exterior común son las cláusulas de readmisión previstas en los acuerdos celebrados entre la Comunidad Europea y terceros países. Vid. Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, con las siguientes República de la antigua Unión Soviética: Georgia (art. 75), de 22 de abril de 1996, BOE de 20 de agosto de 1999; Uzbekistán, de 21 de junio de 1996, BOE de 21 de agosto de 1999; Azerbaiyana, de 22 de abril de 1996 (art. 72), BOE de 19 de agosto de 1999 (art. 75); Armenia, de 22 de abril de 1996 (art. 72), BOE de 18 de agosto de 1999. Asimismo estas cláusulas de readmisión se admiten en los Acuerdos Europeos de asociación celebrados por la Comunidad y sus Estados miembros con los siguientes países de la Europa del Este: Lituania (art. 102.1), BOE de 11 de marzo de 1998; Estonia (art. 100), BOE, de 6 de marzo de 1998; Letonia (art. 101.1), BOE, de 6 de marzo de 1998; Eslovenia (art. 98.1), BOE de 18 de marzo de 1999.

[196]

BOE de 12 de febrero de 2004.

[197]

Art. 3 del Acuerdo.

[198]

Diario *El País*, jueves 29 de enero de 2004, p. 25.

tranjería no distingue expresamente ambos regímenes, la supresión de los controles fronterizos intracomunitarios condicionará directamente un régimen diverso según si la frontera es *ad intra* o *ad extra*.

2.1. El cruce de la frontera exterior común española

Consecuencia de la armonización bajo pautas de reforzamiento de las fronteras exteriores, a los nacionales de terceros países que deseen acceder al territorio Schengen les será de aplicación asimismo unas condiciones comunes de entrada. Así los ciudadanos magrebíes cuando deseen acceder al territorio español estarán sujetos al régimen que la Unión fija para los nacionales extracomunitarios, de manera que las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país van a condicionar la política española en la materia.

El art. 25 de la LOEXIS establece las exigencias documentales que el extranjero deberá cumplir para la entrada legal en territorio español. Estas condiciones que responden claramente a las exigencias asumidas por España como parte en los Acuerdos de Schengen coinciden con las fijadas por el art. 5 del Convenio de Aplicación de Schengen a efecto de cruzar las fronteras exteriores para una estancia que no exceda de tres meses¹⁹⁹.

2.1.1. El visado

Tradicionalmente, el visado ha sido “el documento en el que se contiene una autorización concreta de acceso al país, expedida con carácter previo”. El visado tiene un papel crucial con el fin de controlar los flujos migratorios; de manera que en tiempos de políticas migratorias restrictivas, como la actual, se generaliza no sólo la exigencia del mismo sino también la proliferación de requisitos para su obtención.

Mediante la reforma operada por la LO 14/2003 el visado, además de permitir el acceso al territorio nacional, va a tener “una nueva función adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España”²⁰⁰. De este modo, la actual Ley de extranjería va a contar con un nuevo art. 25 bis en el que se enuncian los siguientes tipos de visados:

- a) **visado de tránsito**, que habilita a circular por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español.
- b) **visado de estancia**, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.
- c) **visado de residencia**, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.
- d) **visado de trabajo y residencia**, que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir.
- e) **visado de estudios**, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación.

Esta simplificación documental esgrimida por la LOEXIS, ya se encuentra esbozada a nivel comunitario desde el año 2001 por la *Propuesta de directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia*²⁰¹. En efecto, los objetivos centrales de esta Propuesta son, junto con el es-

[199]

El art. 5 del Convenio de Schengen dice así: “Para una estancia que no exceda de tres meses, se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan las condiciones siguientes:

- poseer un pasaporte o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinado por el Comité ejecutivo;
- estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido;
- en su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios;
- no estar incluido en la lista de no admisibles;
- no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes”.

[200]

Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2003, apdo. IV.

[201]

DOUE C nº 332, de 27 de noviembre de 2001. Esta iniciativa ha sido completada con la Propuesta de Directiva, de 7 de octubre de 2002, relativa a los requisitos de entrada y estancia de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, de formación profesional o voluntariado (COM (2002) 548 final). En efecto, este instrumento tiene como objetivo definir los requisitos de entrada y estancia de los nacionales de terceros países a efecto de estudios, formación profesional o voluntariado así como de las normas relativas a los procedimientos de expedición de un documento único de entrada y residencia.

tablecimiento de unos criterios comunes para la admisión de nacionales de terceros países con el fin de realizar actividades por cuenta ajena y por cuenta propia, fijar un procedimiento nacional de solicitud único para la expedición, en un solo acto administrativo, de un título combinado, que sirva tanto para el permiso de residencia como el de trabajo²⁰².

La expedición del visado corresponde a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España en el extranjero salvo, como añade la nueva redacción incorporada por la Ley 14/2003, “en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente”. Si bien habrá que estar al desarrollo posterior que fijará los requisitos de dicha excepcionalidad, se ha reservado al Ministerio de Interior la potestad para expedir en frontera visados de tránsito o de estancia ante situaciones urgentes de tipo humanitario, de interés nacional o derivadas de obligaciones internacionales²⁰³.

Teniendo en cuenta la finalidad que cumple el visado de control de entrada, unido a la fuerte presión migratoria que sufre Europa, no es de extrañar la exigencia del mismo para todos los ciudadanos procedentes de países considerados focos de emigración. Fruto, en primer lugar, de los mencionados Acuerdos de Schengen y, posteriormente, de la comunitarización iniciada en materia migratoria, existe desde el año 1995²⁰⁴ una lista común de terceros países a cuyos nacionales todos los Estados miembros les exigen el visado²⁰⁵. En la actualidad, dicha cuestión es reglada por el mencionado Reglamento 539, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación²⁰⁶. De este modo, el presente Reglamento, con las modificaciones puntuales operadas por el Reglamento 2414²⁰⁷, de 7 de diciembre de 2001, y el Reglamento 453, de 6 de marzo de 2003²⁰⁸, incluye un anexo I, con un total de 141 países a cuyos ciudadanos todos los Estados miembros deben exigirles visados al cruzar sus fronteras, y un Anexo II, con un conjunto de 43 países cuyos ciudadanos están exentos de dicha obligación siempre que su estancia no supere los tres meses²⁰⁹. Entre los 141 países incorporados en la llamada “lista negativa” se encuentran Marruecos, Argelia y Túnez, dato que no es de extrañar teniendo en cuenta que uno de los criterios para la inclusión de los países en dicho Anexo II ha sido constituir fuertes focos de emigración hacia la Unión²¹⁰. Así pues, si durante la década de los años 50 y 60 los ciudadanos de la cuenca mediterránea disfrutaban de un régimen privilegiado para acceder al territorio español, gracias a la conclusión de una serie de Acuerdos con Argelia, Marruecos, Túnez y Turquía sobre la supresión recíproca de visados²¹¹, tras la incorporación de España a los Acuerdos Schengen ha pasado a exigirse éste a todos los nacionales turcos y magrebíes²¹². En concreto, esta medida se plasmó en la Resolución de la Secretaría General Técnica, de 28 de mayo de 1992, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales, al introducir entre la situación actual de acuerdos diplomáticos y consulares la denuncia de estos Canjes de Notas sobre supresión de visados²¹³. Además, ha de mencionarse que estas denuncias comenzaron a aplicarse incluso meses antes de aparecer públicamente. En particular, el Boletín Oficial de la mencionada Resolución de la Secretaría General Técnica tiene fecha de

[202]

Así el art. 11 de la Propuesta de Directiva entre los derechos que confiere este “permiso de residencia-trabajo” incluye la entrada, la residencia y el ejercicio de actividades económicas por cuenta ajena o propia en el Estado miembro que haya expedido la autorización.

[203]

Art. 18.2 del Reglamento de ejecución.

[204]

El primer texto armonizado en este sentido fue el Reglamento 2317/95, de 25 de septiembre, por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, *DOUE* L nº 234, de 3 de octubre de 1995.

[205]

Con excepción del Reino Unido y de Irlanda. En concreto el art. 2 del “Protocolo sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda” incorporado al Tratado de Amsterdam especifica que “ninguna de las disposiciones, medidas o decisiones llevadas a cabo en materia de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas afectará al acervo comunitario ni formará parte del Derecho comunitario, tal y como éstos se aplican al Reino Unido y a Irlanda”.

[206]

El presente Reglamento 539/2001 ha entrado en vigor, tal como especifica su art. 8, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, (*cit. supra*).

[207]

En concreto mediante este Reglamento 2414/2001 se suprime el asterisco que acompañaba a Rumania en el Anexo II del Reglamento 539/2001 y con ello, los ciudadanos rumanos van a disfrutar de la exención de visado para cruzar las fronteras exteriores, beneficio que tenían suspendido de modo temporal. Este cambio se debe fundamentalmente a un informe de la Comisión, de 29 de junio de 2001, donde se constata los progresos realizados por Rumania en cuanto a la inmigración ilegal procedente de su país, la política de visados y los controles en sus fronteras.

[208]

Cit. supra. Este Reglamento 453/2003 incorpora las siguientes novedades: a) Traslada a Ecuador desde el Anexo II al Anexo I; b) Como consecuencia de los cambios producidos en el marco del Derecho internacional en cuanto al *status* de Timor Oriental, éste pasa a enumerarse en el Anexo I entre los Estados; c) Dada la entrada en vigor del Acuerdo sobre libre circulación de personas celebrado con Suiza que prevé la circulación con exención de visado de los nacionales de Suiza en el territorio de la Unión, no hay razón para incluir Suiza en el Anexo II.

[209]

Art. 1.2 del Reglamento 539/2001, modificado por el Reglamento 2414/2001, de 7 de diciembre.

[210]

Tal como precisa el Considerando quinto del Reglamento 539/2001, para la inclusión de un país tercero en el Anexo I los Estados miembros han acordado una determinada metodología que consiste en “una evaluación, ponderada caso por caso, de diversos criterios relativos en particular a la inmigración clandestina, al orden público y a la seguridad, así como a las relaciones exteriores de la Unión con los terceros países, teniendo en cuenta las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad”.

25 de junio de 1992 mientras que los Canjes de Notas con Túnez y Marruecos se denunciaron el 15 de abril de 1991, pasando a entrar en vigor el 1 de mayo de 1991. Confirma además esa exigencia una Nota Verbal, de 15 de abril de 1991, formulada por el Gobierno español proponiendo que los visados de entrada, tránsito o permanencia concedidos por las autoridades españolas a los ciudadanos marroquíes quedarán exentos de las tasas fiscales que gravan ordinariamente la expedición de tales documentos²¹⁴.

Esta exigencia general para los ciudadanos magrebíes que deseen acceder a territorio español de tenencia de un visado emitido por las autoridades diplomáticas y consulares españolas tiene, sin embargo, dos excepciones fruto de la comunitarización acaecida en esta materia.

- a) Podrán acceder al territorio español los ciudadanos magrebíes que estén en posesión de un visado uniforme emitido por las autoridades diplomáticas o consulares de otro Estado parte del Convenio de Schengen o bien que sean titulares de un visado de estancia de larga duración (es decir, de más de tres meses) emitido por cualquier Estado parte según su legislación interna. Gracias al Reglamento 1091/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración²¹⁵, los Estados miembros han acordado que estos visados nacionales de más de tres meses tengan valor concomitante de visado uniforme para estancias de corta duración²¹⁶, a condición de que el solicitante cumpla las condiciones de entrada y de residencia previstas en el Convenio de Schengen²¹⁷. Con ello, a estos visados nacionales se les va a otorgar por el resto de los Estados parte eficacia jurídica como documento válido a efectos de entrada y circulación, pues sus titulares podrán transitar por el territorio de los Estados incluso con otro fin que el de dirigirse al territorio del Estado Parte que expidió el visado.
- b) En virtud del art. 21 del Convenio de Schengen, los extranjeros titulares de un permiso de residencia o de una autorización provisional de residencia expedido por una de las Partes Contratantes podrán entrar sin necesidad de visado a través de la frontera exterior de cualquier Estado Schengen. Para ejercer esta facultad el nacional de tercer país deberá presentar un documento válido de viaje así como no encontrarse en la lista común de no admisibles. De este modo, todos aquellos ciudadanos magrebíes, titulares de un permiso de residencia de cualquier Estado parte, podrán cruzar la frontera exterior española sin necesidad de visado bien con la intención de dirigirse a su Estado de residencia o bien para una estancia en España no superior a tres meses. A esta misma posibilidad se refiere el art. 12 del Convenio Hispano-marroquí de 13 de febrero de 1992, sobre circulación de personas, tránsito y readmisión de extranjeros entrados ilegalmente al establecer que “los ciudadanos marroquíes legalmente residentes en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad Europea podrán, sin necesidad de visado, acceder y circular libremente a través del territorio español durante un período máximo de tres meses”.

2.1.2. El resto de condiciones de entrada

El art. 5 del Convenio de Schengen menciona entre las condiciones de entrada en primer término, la posesión de un documento de viaje válido. Con el fin de que dicho documento sea válido a efectos de estampar sobre el mismo el visado, éste

[211]

El Acuerdo entre España y Marruecos sobre supresión de visados para los súbditos de ambos países, se constituyó mediante Canje de notas de 3 de junio de 1964 (BOE, de 17 de diciembre de 1982). Con Túnez, España tenía el Acuerdo sobre supresión de visados para los súbditos de ambos países, constituido mediante Canje de notas de 21 de julio de 1968 (BOE, de 17 de diciembre de 1982). El Acuerdo entre España y Turquía sobre supresión de visados para los súbditos de ambos países, se había constituido mediante Canje de notas de 24 de agosto de 1959 (BOE, de 17 de diciembre de 1982). Un análisis crítico del procedimiento seguido para estas denuncias, así como de la evolución de la materia, *vid.* ALVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Disposiciones españolas restrictivas en materia de inmigración”, *REDI*, n.º 2, 1992, pp. 714-716.

[212]

De este modo, y concretamente el 1 de mayo de 1991, justamente días antes de la firma por España del Acuerdo de Schengen de 1985, que sería el 25 de junio de ese mismo año, nuestro país empezó a exigir visado a todos los nacionales de los Estados magrebíes (*El País*, 6 de julio de 1991, p. 15). Asimismo, y por esta misma causa, el 15 de febrero de 1992 fue suspendido temporalmente el Canje de notas, de 14 de abril de 1959, sobre suspensión de visados entre España y Perú, y desde el 1 de junio de 1993 produce efectos la denuncia española del Canje de notas, de 27 de septiembre de 1966, sobre igual materia con la República Dominicana. *Vid.* BOE, respectivamente, de 13 de febrero de 1992, p. 346 y de 26 de mayo de 1993, p. 1597.

En relación a la actuación española frente a la legislación comunitaria sobre extranjería, *vid.* JIMÉNEZ PIERNAS, C., “La política y legislación española sobre extranjería e inmigración y su conformidad con el Derecho Europeo e Internacional en la materia”, *Estudios de Derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba (Argentina), 2002, t. II, pp. 893-924; *idem*, “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 13, septiembre/diciembre 2002, pp. 857-894.

[213]

BOE de 25 de junio de 1992, pp. 21474-21474.

[214]

BOE de 13 de septiembre de 1991. En el mismo sentido Canje de Notas de 13 de julio de 1992 y de 15 de julio de 1992 constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Túnez sobre gratuidad de visados, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1993, p. 20158.

[215]

DOUE L n.º 150, de 6 de junio de 2001. Dicho Reglamento se encuentra en vigor para los Estados Schengen, a excepción de Dinamarca que no participa en la adopción del mismo, desde el 7 de junio de 2001.

[216]

Antes de la entrada en vigor del Reglamento 1091/2001 los titulares de un visado nacional para estancias de larga duración, únicamente podían transitar una sola vez por el territorio de los demás Estados miembros para dirigirse al territorio del Estado que expidió el visado. *Vid.* art. 18 del Convenio de Schengen en su versión originaria.

[217]

Según la nueva versión del art. 18 del Convenio de Schengen, en caso de no cumplirse tales condiciones de entrada y de residencia el visado de larga duración sólo permite a su titular transitar por el territorio de

deberá estar en vigor y no encontrarse defectuoso. La finalidad de dicho documento no es otra que posibilitar la identificación del extranjero, siendo la práctica más común que sea mediante pasaporte²¹⁸. No obstante, la LOEXIS permite acceder al territorio español con otros documentos tales como: los documentos colectivos de viaje, los escolares, las estancias breves que no queden sujetos a visados²¹⁹, los de los trabajadores de temporada o de zonas transfronterizas u otros documentos de viaje expedidos por las Misiones diplomáticas y consulares a extranjeros cuya protección internacional haya sido asumida por España.

Quisiera llamar la atención sobre el hecho que es precisamente el documento de viaje el requisito exigido en el cruce de las fronteras exteriores a toda persona independientemente de la nacionalidad que ostente. De ello se deduce que los nacionales de los Estados miembros deberán presentar dicho documento con el fin de poder ser identificados como ciudadanos de la Unión y así evitar los fuertes controles a que se encuentran sometidos los nacionales de terceros países que pretenden acceder al territorio Schengen.

El siguiente requisito, responde de un modo nítido a la preocupación existente por España, y entre los Estados miembros, de frenar la presión migratoria a que, en la actualidad, se encuentran sometidos, principalmente procedente de la Europa del Este y del Norte de África. De esta manera, el solicitante del visado no sólo deberá *acreditar documentalmente el motivo*²²⁰ y *las condiciones de su estancia o del tránsito previstos*²²¹ y en particular, *las autorizaciones para trabajar* si desea hacerlo²²², sino también que dispone de los *medios económicos de subsistencia*²²³, o en su caso que está en disposición de obtenerlos, tanto para el periodo de estancia o de tránsito previstos como para la salida del espacio común. Todas estas exigencias de un claro substrato económico no sólo pretenden ser un freno a la inmigración ilegal sino que además tienen como objetivo intentar que la entrada del extranjero no suponga ninguna carga de carácter monetario y asistencial para el Estado durante el tiempo de estancia ni para su salida del espacio común.

Como es la tónica general del sistema, estas condiciones previstas responden a una preocupación por los Estados miembros no sólo por las fuertes migraciones a las que se encuentran sometidos, sino también por el mantenimiento de un nivel óptimo de seguridad interior en este espacio común donde los controles fronterizos han desaparecido. Así, el extranjero que pretende acceder al territorio de los Estados Parte no debe *ni estar incluido en la lista de no admisibles ni suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de cualquiera de los Estados miembros*.

2.2. El cruce de la frontera española desde otro Estado miembro

El Convenio de Schengen tiene entre sus objetivos básicos el establecimiento de un espacio común donde esté garantizada la libre circulación de personas. Para este fin, el mencionado Convenio, por una parte, suprime los controles fronterizos intracomunitarios y, por otra, reconoce un “derecho a viajar” libremente por este “espacio Schengen” tanto a nacionales comunitarios como extracomunitarios.

Atendiendo al Capítulo IV del Convenio de Aplicación de Schengen –bajo la rúbrica “*Condiciones de circulación de los extranjeros*”–, son titulares del “dere-

los demás Estados miembros para dirigirse al territorio del Estado miembro que expidió el visado, salvo si no cumple las condiciones de entrada previstas en las letras a), d) y e) del apartado 1 del art. 5 del Convenio o si figura en la lista nacional de no admisibles del Estado miembro por cuyo territorio desee transitar.

[218]

Debido a la cantidad y variedad de documentos que con fines de identificación pueden existir y con el objetivo de evitar el fraude, el Comité Ejecutivo mediante una Decisión de 16 de diciembre de 1998, ha establecido una lista de documentos de viaje que permiten el cruce de las fronteras exteriores y en los que puede estamparse el visado. Esta medida ha sido llevada a cabo sobre la base del art. 7.3, letra a) del Convenio de Aplicación. Doc. SCH/COM-ex (98) 56. Tras la incorporación del acervo Schengen al marco institucional de la UE, DOUE L n° 239, de 22 de septiembre de 2000.

[219]

En virtud de la Decisión 94/95, DOUE de 19 de diciembre de 1994.

[220]

Dispone el art. 23 del Reglamento de ejecución que entre otros medios de prueba que puedan realizar los funcionarios responsables del control para justificar la verosimilitud de los motivos de entrada podrán exigirse los siguientes documentos: “la invitación de una empresa para participar en reuniones de carácter comercial o industrial”, “documentos que demuestren la existencia de relaciones comerciales”, “Justificantes de estar inscrito en centros de enseñanza españoles”, “Confirmación de reserva de un viaje organizado”...

[221]

Podrán tener carácter de justificantes de alojamiento, entre otros, los documentos siguientes: a) Las reservas en un establecimiento hotelero o similar; b) Los documentos acreditativos de posesión de contrato de alquiler de una vivienda o de un título de propiedad de ella, a nombre del solicitante del visado, en la Parte Contratante de estancia; c) Cuando el extranjero demuestre que ha sido invitado y se alojará en el domicilio de una persona o entidad particular (punto 1.4 de la parte IV de la Instrucción consular común). Con respecto a este último aspecto, el Comité ejecutivo ha uniformado el impreso a cumplimentar para la acreditación de un compromiso de alojamiento, Decisión del Comité ejecutivo de 16 de diciembre de 1998 sobre la introducción de un documento uniforme justificativo de una invitación, de una declaración de toma a cargo o de un certificado de alojamiento (SCH/Com-ex (98) 57, DOUE L n° 239, de 22 de septiembre de 2000, p. 299).

[222]

Sobre esta cuestión, es preciso destacar que el Consejo ha propuesto fijar unos criterios comunes para la admisión de nacionales de terceros países para realizar actividades por cuenta ajena y por cuenta propia cuyo elemento clave es un título combinado, que sirva tanto para el permiso de residencia como el de trabajo, el llamado “*permiso de residencia-trabajador por cuenta ajena*” o “*permiso de residencia-trabajador por cuenta propia*”. Con esta medida se espera, con fecha prevista para más tardar el 31 de diciembre de 2007, simplificar y armonizar las divergentes normas existentes actualmente en los Estados miembros. Vid. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia (COM (2001), 386 final; DOUE C n° 332, de 27 de noviembre de 2001, p. 248).

cho a viajar” por este espacio común aquellos nacionales de terceros países que se encuentren legalmente en el territorio de las Partes Contratantes. De este modo, los ciudadanos magrebíes que accedan al territorio español bien a través de las fronteras terrestres comunes con Francia o Portugal, o bien a través de vuelos con procedencia de un Estado parte, no serán objeto de control alguno. No obstante, para ser beneficiarios de esa libre movilidad será preciso que se encuentren en alguna de las categorías fijadas por el Convenio de Schengen, enunciadas a continuación.

En primer lugar, y según expresa el art. 19, son beneficiarios de este derecho aquellos extranjeros que estando en posesión de un visado uniforme hayan cumplido las condiciones de entrada necesarias para el cruce de las fronteras exteriores.

En segundo lugar, el art. 21 reconoce igualmente el mencionado derecho a viajar a aquellos extranjeros titulares de un permiso de residencia o de una autorización provisional de residencia expedido por una de las Partes Contratantes. Amparados en esta categoría se encontrarían los numerosos ciudadanos marroquíes que cada año cruza por la frontera hispano-francesa dirección a Algeciras y de ahí a Marruecos.

Y, por último, los titulares de visados nacionales para estancias superiores a tres meses se consideran beneficiarios asimismo de esta libre circulación.

[223]

Podrán aceptarse como prueba de medios de subsistencia el dinero en efectivo en moneda convertible, los cheques de viaje, los talonarios de cheques de una cuenta en divisas, tarjetas de crédito, o cualquier otro documento que pueda justificar que el interesado posee recursos económicos. El nivel de medios de subsistencia será proporcional a la duración y al objeto de viaje, así como al coste de vida en la Parte o Partes contratantes a visitar. A tal efecto, en virtud del Anexo VII las cantidades de referencia serán las establecidas anualmente por las autoridades nacionales de las Partes contratantes (punto 1.4 de la parte IV de la Instrucción consular común).

III. LA RESIDENCIA EN ESPAÑA

Cuando se aborda la cuestión relativa a la permanencia de los extranjeros en España, se advierte que la normativa estatal se encuentra menos afectada por la reglamentación de origen comunitario. En efecto, a diferencia de otras materias, tales como el cruce de las fronteras interiores o exteriores que se consideran estrechamente vinculadas a la consecución de una libre circulación de personas en el territorio comunitario, cuando se trata de la residencia dicha interrelación se minimiza. Atendiendo a esta premisa, hasta fecha muy reciente, era posible afirmar que las estancias superiores a tres meses de los nacionales de terceros países se reglamentaban exclusivamente por las normas de extranjería estatales, teniendo en cuenta los Convenios internacionales suscritos en la materia. Además esta afirmación, sólo tenía excepciones muy concretas como el derecho de residencia reconocido a los familiares de los ciudadanos de la Unión o a los nacionales con los que la Comunidad tiene suscrito acuerdos, tal cual es el caso del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o el Acuerdo sobre libre circulación con Suiza. Prueba de ello, el art. 18 del Convenio de Aplicación de Schengen aclaraba que “*los visados para una estancia superior a tres meses serán visados nacionales expedidos por cada Estado miembro con arreglo a su propia legislación*”. En efecto, un visado de esta índole, al igual que los permisos de residencia estatales, sólo tendrá reconocido a nivel comunitario valor concomitante de visado uniforme de corta duración en el resto de los Estados miembros.

No obstante, la residencia de extranjeros en tanto que competencia soberana exclusiva por parte de los Estados ha empezado a conocer nuevas excepciones. A partir del Tratado de Amsterdam se otorgan competencias específicas al Consejo en concreto en los siguientes ámbitos: a) “condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a reagrupación familiar”; b) “la inmigración y la residencia de ilegales”; c) “medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros” (Art. 67 Tratado CE). Fruto de estas nuevas competencias, han sido aprobados el *Reglamento 1030/2002, de 13 de junio de 2002, que establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países*²²⁴ y, recientemente, la *Directiva 2003/109, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración*²²⁵. Asimismo, no faltan otras iniciativas que consolidan el camino hacia una armonización a nivel comunitario, tales como las mencionadas Propuestas de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países tanto por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, así como a efectos de estudios, formación profesional o voluntariado.

Teniendo presente esta incipiente comunitarización, la reglamentación básica en relación a la permanencia de los nacionales de terceros países se encuentra en la LOEXIS y su Reglamento de ejecución. La vigente Ley 4/2000 ha sufrido varias reformas y entre ellas la realizada, el 20 de noviembre de 2003, por la LO 14/2003, que va a reformar el grueso del articulado relativo a las “situaciones de los extranjeros” en España. En concreto, de los artículos 29 a 35 que componen el Capítulo II titulado “situaciones de los extranjeros” han sido objeto de modificación todos

[224]
DOUE L n° 157, de 15 de junio de 2002.

[225]
DOUE L n° 44, de 23 de enero de 2004.

los preceptos a excepción de los artículos 32 y 35. La razón última de esta importante reforma se debe a la nueva función adicional otorgada al visado, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España. Atestigua esta nueva función el art. 29.2 LOEXIS al especificar que *“las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda”*.

Según sienta la nueva redacción del art. 29 LOEXIS, los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia.

- La situación de *estancia* es definida por la LOEXIS como la permanencia en territorio español por un período no superior a 90 días (art. 30). Atendiendo a ese breve lapsus de tiempo, en principio la situación de estancia está prevista para los turistas, aquellos que viajen por motivos de negocios, asistencia a ferias o congresos, asistencia médica o bien por formación. Junto a éstos, la flexibilidad que precisa el mercado exige que determinados trabajadores permanezcan asimismo en España temporalmente y por un periodo determinado, son los llamados trabajadores de temporada. Asimismo, los estudiantes extranjeros, aunque permanezcan en territorio español más de tres meses, su situación será la de estancia coincidiendo su autorización con la del curso para el que esté matriculado (art. 33).
- La situación de *residencia* implica un mayor grado de vinculación y asentamiento por parte del extranjero en España. La LOEXIS distingue una residencia temporal que autoriza a permanecer por un período comprendido entre noventa días y cinco años (art. 31), y una residencia permanente que permite al extranjero residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (art. 32).

Si bien la LOEXIS distingue perfectamente la situación de estancia de la residencia, dadas las dificultades para obtener un visado de residencia para muchos inmigrantes económicos la estancia es el primer y único paso hacia una autorización de residencia en territorio español^[226]. Ahora bien, ello no significa que dicho tránsito de una permanencia de tipo pasajera, a la residencia que supone ya una situación de mayor asentamiento en nuestro territorio sea sencilla. La LOEXIS con cada una de sus reformas, tanto por la LO 8/2000 como por la última LO 14/2000, se ha encargado de conformar como prácticamente la única vía legal que el extranjero regrese a su país de origen, solicite allí el visado correspondiente a la nueva situación y, si le fuese concedido, entre de nuevo en España. Ni siquiera para los trabajadores temporeros la obtención de un permiso de residencia está exenta de dificultades. En concreto, el art. 13 del Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 25 de julio de 2001^[227], limita el compromiso de las autoridades españolas a examinar con “especial benevolencia” aquellas solicitudes de permisos de residencia y trabajo anuales y renovables presentadas por los trabajadores marroquíes que hayan ejercido en España durante cuatro años consecutivos o no, como trabajadores de temporadas.

En relación a la renovación del permiso de residencia, a los ciudadanos magrebíes les es de aplicación asimismo el régimen que se aplica, con carácter general, a los nacionales de terceros países. En concreto, resulta de escaso interés la regla-

[226]

Según publicaba *El País* de 10 de julio de 2003, de los 550.000 extranjeros latinoamericanos que entraron en el año 2002 como turistas en España, sólo regresaron a sus países de orígenes 86.000. El caso más llamativo era el de Ecuador ya que de los 101.432 que llegaron salieron únicamente 874.

[227]

Cit. supra.

mentación existente en el Acuerdo Hispano-marroquí en materia de permisos de residencia y trabajo, firmado en Rabat, el 6 de febrero de 1996²²⁸, al establecer un régimen menos favorable que el fijado por el propio Reglamento de ejecución para la renovación con carácter general de los permisos de residencia temporal y permanente. Mientras el Acuerdo Hispano-marroquí fija en seis años la residencia regular y continuada que los nacionales marroquíes deberán tener en España para acceder al permiso de residencia permanente, el actual Reglamento limita dicha residencia a cinco años. De este modo, y tal como precisa el art. 3 del Acuerdo Hispano-marroquí, “el presente Acuerdo no impedirá la aplicación de cuantas disposiciones favorables en vigor prevea la *legislación y reglamentación de derecho con carácter general a todos los extranjeros residentes...*”.

La cuestión de la renovación del permiso de residencia se encuentra asimismo al margen de las disposiciones existentes en los Acuerdos Euromediterráneos firmados entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los distintos países magrebíes, por otra²²⁹. El art. 64 de los respectivos Acuerdos Euromediterráneos con Marruecos y con Túnez, al igual que el art. 38 del Acuerdo de cooperación CEE-Argelia insta a que cada uno de los Estados miembros conceda a los trabajadores magrebíes empleados en su territorio “*un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a sus propios nacionales en lo que respecta a las condiciones de trabajo y de remuneración*”. Mediante el asunto *El-Yassini*, de 2 de marzo de 1999²³⁰, el TJUE tuvo ocasión de interpretar, por primera vez, este principio de no discriminación entre los trabajadores marroquíes y los nacionales comunitarios. En sustancia, el TJUE debía dilucidar si la presente disposición podía interpretarse en el sentido que impide que el Estado miembro de acogida deniegue la renovación del permiso de residencia a un ciudadano marroquí, a quien ha autorizado previamente a entrar en su territorio y a ejercer en él una actividad laboral por cuenta ajena. En concreto, el Sr. El-Yassini, de nacionalidad marroquí, era titular de un permiso de residencia con autorización para trabajar en el Reino Unido en virtud de su matrimonio con una ciudadana británica. Al divorciarse la pareja, el Sr. El-Yassini al no poder ejercitar un régimen especial en cuanto que familiar de un ciudadano británico, solicita la renovación del permiso de residencia basándose en el párrafo primero del art. 40 del Acuerdo CEE-Marruecos (actual art. 64 del Acuerdo Euromediterráneo)²³¹. Sin embargo, las autoridades británicas decidieron denegar tal solicitud alegando que el mencionado precepto no se refiere a la residencia. Esta postura británica sería confirmada por el Tribunal de Justicia al aclarar que el principio de igualdad de trato en materia de “condiciones de trabajo y de remuneración”, previsto en el art. 40 del Acuerdo CEE-Marruecos, no puede como tal, “*producir el efecto de impedir a las autoridades del Estado miembro de acogida denegar la renovación del permiso de residencia de un trabajador migrante marroquí empleado en el territorio de ese Estado miembro*”²³².

[228]

BOE núm. 129, de 28 de mayo de 1996.

[229]

Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, firmado en Bruselas, el 17 de julio de 1995 (DOUE L n° 97, de 30 de marzo de 1998, p. 1). El Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos ha sido firmado igualmente en Bruselas, el 26 de febrero de 1996 (DOUE L n° 70, de 18 de marzo de 2000).

[230]

Asunto 416/96, *Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for the Home Department*, Rec. 1999, p. 1209. Vid. asimismo el comentario a esta resolución, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Alcance del principio de no discriminación en cuanto a las condiciones de trabajo y de remuneración de los nacionales marroquíes”, *La Ley: Unión Europea*, 31 de mayo de 1999, pp. 7-13.

[231]

En apoyo a tales pretensiones, este nacional marroquí pretendía una interpretación analógica de este principio de no discriminación que se inspirara en el alcance dado al principio de no discriminación incluido en la Decisión 1/80 relativa al desarrollo del Acuerdo CEE-Turquía. En efecto, sobre la base del apdo. 1 del art. 6 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que un trabajador turco, siempre que cumpla los requisitos fijados en este precepto, tiene “derecho a la renovación de su permiso de residencia en el Estado miembro de acogida para continuar ejerciendo en él una actividad laboral por cuenta ajena”. Vid. en particular, las sentencias de 30 de septiembre de 1997, asunto 36/96, *Faik Günaydin y otros c. Freistaat Bayern*, Rec. 1997, p. 5143, apdo. 36; asunto 98/96, *Kasim Ertanir c. Land Hessen*, Rec. 1997, p. 5179, apdo.62; y de 26 de noviembre de 1998, asunto 1/97, *Birden*, Rec. 1998, p. 7747, apdo. 69.

[232]

Asunto *El-Yassini*, apdo. 58.

IV. EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

1. Consideraciones previas

Nuestro ordenamiento jurídico conoce una pluralidad de regímenes de extranjería atendiendo a diversos factores, como son la nacionalidad o la existencia de un vínculo familiar con un ciudadano español o comunitario. De este modo, si bien la regla general es que todo extranjero mayor de 16 años necesita una autorización administrativa para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en España, la LOEXIS dibuja un amplio elenco de situaciones (art. 36 LOEXIS)²³³. Así la Ley de extranjería española *exime*²³⁴ o *excepciona*²³⁵ a ciertos extranjeros de dicha autorización laboral, a otros les reconoce *un derecho a la concesión del permiso*²³⁶ o decide *no tener en cuenta para su obtención la situación nacional de empleo*²³⁷. En el resto de los casos en que el inmigrante laboral no pueda acogerse a ninguna de las especificidades mencionadas, éste necesitará a efectos de ejercer cualquier actividad lucrativa en España la pertinente autorización laboral para cuya concesión se tendrá necesariamente en cuenta, entre otros aspectos, la situación nacional de empleo.

Atendiendo al panorama legislativo actual, los nacionales magrebíes que pretendan ejercer una actividad económica en España quedarán, en la mayoría de los casos, sujetos al régimen general previsto para los ciudadanos extracomunitarios, es decir, necesitarán obtener la preceptiva autorización de trabajo. Ante las dificultades de gozar de un visado de residencia y trabajo, el colectivo magrebí pasa con demasiada frecuencia a engrosar el alto número de trabajadores extranjeros en situación irregular existente en España. Además, reforma tras reforma de la

[233]

Además de la preceptiva autorización para la realización de actividades lucrativas, el extranjero que se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, deberá haber homologado el título correspondiente (art. 36.2).

[234]

En virtud del R.D. 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se exime a éstos de autorización alguna para ejercer actividad lucrativa en territorio español. En concreto el art. 3 bajo el título "Derechos" reconoce a estas personas el "*derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los españoles*". Además, según especifica el apartado tercero los titulares de estos derechos estarán obligados solamente en los supuestos determinados a solicitar una tarjeta de residencia, es decir no se alude en absoluto a una autorización de trabajo.

[235]

La LOEXIS reconoce al poseedor de ciertos documentos la posibilidad de trabajar en España sin necesidad de obtener la preceptiva autorización laboral. Se trata de un elenco diverso de supuestos: a) los titulares de un permiso de residencia permanente (art. 41.3 LOEXIS); b) los extranjeros a los que les ha sido reconocido su

condición de refugiado o apátrida; c) la resolución administrativa de estar exceptuado, reconocida a aquellos extranjeros que vienen a realizar determinadas actividades a España – es el supuesto de artistas, funcionarios extranjeros, científicos y profesores, personal directivo...- o tienen ciertos vínculos personales con nuestro país como es el caso de los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española (art. 41.1-2 LOEXIS); d) los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la administración pública española siempre que su objetivo básico sea favorecer su integración social (art. 41.2 k. precepto incorporado recientemente por la LO 14/2003).

[236]

Se trata de supuestos en que la Administración se compromete a conceder la autorización de trabajo cuando el inmigrante laboral cumpla los requisitos fijados, sin poder hacer uso de la discrecionalidad que ostenta en este sentido. De esta situación se benefician los nacionales iberoamericanos peruanos y chilenos sobre la base respectivamente de la vigencia de los Convenios de doble nacionalidad entre España y Chile, de 24 de mayo de 1958, y con Perú, de 16 de mayo de 1959. Asimismo, si bien circunscrito al ejercicio de actividades por cuenta propia, tampoco podrá existir discrecionalidad por parte de la Administración por lo que se refiere a los ciudadanos del Este en el ejercicio de la libertad de establecimiento y prestación de servicios gracias a los Acuerdos Europeos suscritos por la Comunidad Europea y los Países de la Europa Central y Oriental. Además dicha prerrogativa ha sido confirmada en varias ocasiones por

la jurisprudencia del TJUE, *vid.* I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "La libertad de establecimiento en los Acuerdos Europeos: ¿Nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Jany e.a.*)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13, Septiembre/Diciembre, 2002, pp. 943-960.

[237]

Según asienta el art. 40 LOEXIS no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigida a una serie de trabajadores que poseen ciertos vínculos territoriales o de sangre con España o bien se encuentran en situaciones que requieren una consideración especial. *Ad exemplum*, el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso renovado, el hijo o nieto de español de origen, los que desempeñan puestos de confianza... Si bien esta medida es una garantía para la estabilidad socioeconómica del inmigrante podría tener los días contados. En concreto, la Propuesta de directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y de residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, sólo exime a aquellos inmigrantes que hayan sido titulares durante más de tres años de un "permiso de residencia-trabajador por cuenta ajena" la demostración de "que no puede cubrirse a corto plazo un puesto de trabajo vacante en el Estado miembro por mano de obra comunitaria o extracomunitaria con un mayor asentamiento en su residencia" (art. 7.2). *Vid.* DOUE C nº 332, de 27 de noviembre de 2001.

Ley de extranjería española, las posibilidades de regularizar su situación parecen dificultarse cada vez más. Un buen ejemplo de ello es la Disposición adicional cuarta de la LO 14/2003 al especificar que “La autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes (de residencia y de trabajo) relativas a los procedimientos regulados en esta ley, en los siguientes supuestos: (...) Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular”²³⁸.

No obstante, la regla general mencionada de exigencia de una autorización específica de trabajo, conoce ciertas excepciones.

- a) En primer lugar, aquellos ciudadanos magrebíes familiares de ciudadanos españoles, comunitarios o del Espacio Económico Europeo se consideran beneficiarios del régimen comunitario. De este modo, el cónyuge, los hijos menores de 21 años o a su cargo, aunque carezcan de la nacionalidad de un Estado miembro, tienen derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena como propia, en las mismas condiciones que los españoles²³⁹.
- b) En segundo lugar, aquellos trabajadores magrebíes que vienen a España a realizar una prestación transnacional, como personal de una empresa establecida en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, no precisan la referida autorización de trabajo. En virtud de los artículos 49 y 50 del Tratado CE, las sociedades establecidas en un Estado miembro están facultadas para proveer servicios en otro país de la Comunidad bajo las mismas condiciones impuestas para sus propios nacionales. A través de varias sentencias, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dejado constancia clara que tal libertad conlleva el derecho de esta empresa a valerse de su propio personal, aunque éste sea extracomunitario, con el fin de realizar un determinado servicio en otro Estado miembro²⁴⁰. En concreto, este Tribunal ha reiterado que los artículos 49 y 50 del Tratado CE se oponen “a que un Estado miembro prohíba a un prestador de servicios establecidos en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con todo su personal, o a que dicho Estado miembro someta el desplazamiento del referido personal a condiciones restrictivas como son una condición de contratación *in situ* o la obligación de ser titular de un permiso de trabajo”. Esta interpretación jurisprudencial está en proceso de convertirse en Derecho derivado mediante la Propuesta de Directiva relativa al desplazamiento de trabajadores asalariados, nacionales de un tercer Estado, en el marco de una prestación de servicios para una empresa comunitaria, presentada por la Comisión el 27 de enero de 1999²⁴¹. La mencionada propuesta prevé un cierto control en esta libre circulación intracomunitaria de trabajadores al fijar un modelo uniforme de “tarjeta de prestación de servicios CE”, que deberá poseer el trabajador extracomunitario en su traslado para ejercer dicha prestación en otro Estado miembro.
- c) Y, en tercer lugar, según asienta el art. 41.3 LOEXIS “no tendrán que solicitar la obtención del permiso de trabajo los extranjeros en situación de residencia permanente”. Con ello, todos los nacionales magrebíes residentes permanentes en España además de poder acceder al mercado laboral en igualdad de condiciones que los españoles, facilitan asimismo el acceso de sus familiares más próximos al mismo, dado que la LOEXIS impide en este caso a la Administración tener en cuenta la situación nacional de empleo para otorgarles la requerida autorización de trabajo²⁴².

[238]

Esta regla tendrá una excepción cuando el extranjero indocumentado “pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31.3 de la Ley Orgánica”, es decir en aquellos casos en que la Administración pueda conceder “una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”.

[239]

Vid. Art. 3.2 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

[240]

Vid. Sentencia de 3 de febrero de 1982, asunto 62 y 63/81, *Seco y Desquenne & Giral*, Rec. 1982, p. 233; sentencia de 27 de marzo de 1990, asunto 113/89, *Rush Portuguesa*, Rec. 1990, p. 1417; sentencia de 9 de agosto de 1994, asunto 43/93, *Vander Elst*, Rec. 1994, p. 3803. Quisiera destacar para una mejor comprensión del supuesto, además que por la presencia en concreto de nacionales magrebíes en los hechos, el asunto *Vander Elst*. El Sr. Vander Elst, empresario de nacionalidad belga establecido en Bélgica, explota una empresa de demolición especializada. Además de nacionales belgas, dicho empresario emplea ininterrumpidamente desde hace años súbditos marroquíes. De este modo, para la realización de determinados trabajos en Reims (Francia), el Sr. Vander Elst decidió enviar a dicho lugar una cuadrilla de ocho personas, de los cuales cuatro eran belgas y cuatro marroquíes. Ante la exigencia de la Administración francesa del pago de una “contribución especial” por el empleo de trabajadores de terceros Estados sin disponer de permiso de trabajo, el Tribunal de Justicia se opuso a la exigencia de tales condiciones en tanto que obstáculo a la libre prestación intracomunitaria.

[241]

DOUE C nº 67, de 10 de marzo de 1999. Para un estudio más detallado sobre esta Propuesta, vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, cit., pp. 298-301.

[242]

El art. 40 LOEXIS otorga esta posibilidad no sólo al cónyuge o hijo de extranjero residente en España con carácter permanente sino que basta con ser poseedor de un permiso de residencia temporal renovado.

2. El Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos

Ante la afluencia masiva de una inmigración laboral hacia España, se hace imprescindible una correcta regulación de los flujos migratorios. Así las autoridades estatales son conscientes que la actual política migratoria debe garantizar, por una parte, una mano de obra flexible demandada por el mercado de trabajo, y por otra, evitar la inmigración irregular en todos sus aspectos, incluido el regreso de esos trabajadores de temporada a sus países de procedencia. Para este fin, los instrumentos básicos de la política migratoria española giran en torno a dos elementos: la firma de acuerdos sobre mano de obra y la rúbrica de acuerdos de readmisión. En este sentido, la colaboración entre los países de origen y los de destino es una pieza clave: por un lado, España a través de estos Acuerdos sobre mano de obra concede un “cupó” en el contingente,²⁴³ y por otro, los Estados de origen de estos trabajadores se comprometen a luchar contra la inmigración clandestina así como a “aceptar” la readmisión en su territorio a personas en situación irregular²⁴⁴.

El 25 de julio de 2001 se firmó en Madrid entre el Reino de España y el Reino de Marruecos el Acuerdo sobre mano de obra²⁴⁵. Junto a este Acuerdo se han firmado otros cinco²⁴⁶: con Colombia, el 21 de mayo de 2001²⁴⁷; con Ecuador, el 29 de mayo de 2001²⁴⁸; con la República Dominicana, el 17 de diciembre de 2001²⁴⁹; con Rumania, el 23 de enero de 2002²⁵⁰; y con Polonia, el 21 de mayo de ese mismo año²⁵¹.

Los distintos Preámbulos de estos Acuerdos reiteran que el objetivo básico de los mismos es garantizar una llegada ordenada según las ofertas de nuestro mercado de trabajo, evitando así las consecuencias negativas de la irregularidad en la estancia y el trabajo clandestino. A diferencia del resto de Acuerdos sobre mano de obra, el firmado con Marruecos no tiene entre sus objetivos, y por tanto no incluye un capítulo específico, sobre la cuestión del retorno voluntario y la readmisión. Ello se debe a la existencia de un Acuerdo Hispano-marroquí, de 13 de febrero de 1992, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente²⁵². Acuerdo, hemos de recordar, que plantea numerosas dificultades a la hora de su puesta en práctica dada fundamentalmente la falta de colaboración de las autoridades marroquíes en este sentido²⁵³.

2.1. Ámbito de aplicación personal

Según concreta el art. 2 del Acuerdo Hispano-marroquí sobre mano de obra “a efectos de la aplicación del presente Acuerdo, la expresión “trabajadores migrantes” designará a los ciudadanos marroquíes autorizados para ejercer una actividad por cuenta ajena en el territorio español”. A diferencia de otros Acuerdos sobre mano de obra, tal cual es el caso de los firmados con Rumania, Polonia y la República Dominicana, donde al definir el ámbito de aplicación personal se enumeran los diferentes tipos de trabajadores autorizados en función de su duración y cualificación, el Acuerdo con Marruecos no realiza concreción alguna. Si bien el articulado restante sí distingue dos de las categorías aludidas “trabajadores estables” y “trabajadores de temporada”, parece obviar la tercera de “trabajadores en prácticas” regulada en los mencionados Acuerdos con Rumania, Polonia y República Dominicana. En efecto, la única alusión existente a la formación se encuentra en el art. 4 del Acuerdo con Marruecos al incluir entre las tareas a realizar por la Comisión de Selección la “organización de cursos de formación previos que resulten necesarios”.

[243]

De este modo, como ha destacado AGUELO NAVARRO, P.; y CHARRO BAENA, P., la suscripción de los Acuerdos de regulación de flujos migratorios no constituye una nueva y diferente vía de acceso al trabajo de extranjeros sino que, por el contrario, queda subsumida en el sistema de contingente (“El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003”, *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, Marzo 2003, p. 80).

[244]

Vid. MOYA ESCUDERO M.; y RUEDA VALDIVIA, R., *Régimen jurídico de los extranjeros en España*, La Ley, pp. 34-39.

[245]

BOE, de 20 de septiembre de 2001.

[246]

Vid. el texto de todos los Acuerdos en www.reicaz.es. Para un análisis detallado del articulado de estos Acuerdos, TRINIDAD GARCÍA, M. L., “Los Acuerdos migratorios bilaterales concluidos por España: un complejo instrumento para unos resultados escasos”, en *La inmigración en España: contextos y alternativas. Volumen II. Actas del III Congreso sobre la Inmigración en España*, 2002, pp. 493-506.

[247]

BOE, de 4 de julio de 2001 y BOE, de 9 de mayo de 2002.

[248]

BOE, de 10 de julio de 2001.

[249]

BOE, de 5 de febrero de 2002 y corr. errores, BOE, de 22 de marzo de 2002.

[250]

BOE, de 20 de septiembre de 2002.

[251]

BOE, de 20 de septiembre de 2002.

[252]

BOE, de 25 de abril de 1992.

[253]

Recientemente, los medios de comunicación informaban que, por primera vez, Rabat había cumplido este Acuerdo de readmisión firmado hace 12 años. En concreto, las autoridades marroquíes habían aceptado a 30 inmigrantes subsaharianos, llegados a Canarias en pateras desde el continente africano, con el fin de repatriarlos a sus respectivos territorios. No obstante, esta acción supone una mínima muestra de lo que debería ser la aplicación del mencionado Acuerdo, dado que en la actualidad, según concretó el entonces Ministro de Interior, Ángel Acebes, existen unos 600 subsaharianos “susceptibles” de ser entregados a Marruecos para su repatriación (*Diario El País*, jueves 29 de enero de 2004).

2.2. Comunicación de las ofertas de trabajo

La determinación del número y características de las ofertas de trabajo las fijará el Gobierno a través del contingente anual (art. 39 LOEXIS). Para ello se tendrá en cuenta las propuestas que eleven las comunidades autónomas y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como un informe sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes elaborado por el Consejo Superior de Política de Inmigración.

Para suplir las ofertas laborales fijadas en el contingente, la LOEXIS fija dos condiciones, en primer lugar, que a éstas nunca tendrán acceso aquellos extranjeros que se hallen o residan en España, y, en segundo lugar, que éstas se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios (art. 39.6 LOEXIS). Con ello, si bien el amplio colectivo de origen marroquí en situación irregular existente en nuestro país no tendrá acceso a las ofertas laborales del contingente, dada la firma de un acuerdo con Marruecos sobre mano de obra, estos ciudadanos parecen ser beneficiarios en sus países de origen de un acceso preferente al contingente.

El art. 3 del Acuerdo Hispano-marroquí sobre mano de obra prevé que las autoridades españolas, a través de la Embajada de España en Rabat, comunicarán a las autoridades marroquíes las necesidades de mano de obra para que éstas pongan en conocimiento de las primeras las posibilidades de satisfacer esa oferta de trabajo mediante el envío de trabajadores marroquíes a España.

La oferta de empleo deberá ser detallada indicando: el nombre o razón social y el domicilio del empleador; el sector y la zona geográfica de la actividad; el número de trabajadores a contratar; la fecha límite de selección; la duración del empleo; la información general sobre condiciones laborales, salarios, alojamiento y remuneración en especie; las fechas en que los trabajadores seleccionados deberán presentarse en su lugar de trabajo en España; y el nombre, apellido y domicilio del trabajador, en caso de que las ofertas de empleo sean nominales.

2.3. Evaluación de las condiciones profesionales y firma del contrato

La evaluación de las condiciones profesionales requeridas por parte de los trabajadores se hará mediante una Comisión de Selección Hispano-marroquí. Esta Comisión estará formada por representantes de las Administraciones marroquíes y españolas, y su tarea además de seleccionar a los trabajadores consistirá en organizar los cursos de formación previos que fuesen necesarios, así como asesorar y prestar asistencia a los trabajadores a lo largo de todo el proceso de reclutamiento. Las autoridades de ambos países se comprometen a facilitar la labor de esta Comisión de Selección: por una parte, los Servicios Consulares españoles expedirán a la mayor brevedad el visado de estancia o de residencia correspondiente y, por otra, las autoridades marroquíes simplificarán la puesta en marcha de la formación de los trabajadores seleccionados y el traslado de estos últimos a España.

Una vez realizada la selección de aquellos trabajadores cuyo perfil profesional corresponde a las ofertas de empleo, éstos tras haberseles realizado un examen médico y, en su caso, un período de formación previo, firmarán un contrato de tra-

bajo, visado por la Comisión de Selección, recibiendo sus billetes de viaje. A estos trabajadores junto con la documentación de viaje²⁵⁴, se les proveerá asimismo de un documento escrito sobre su lugar de trabajo, así como sobre todos los elementos relativos a sus condiciones de estancia, alojamiento y empleo.

2.4. Derechos y condiciones de los trabajadores marroquíes

Según especifica el art. 6 del Convenio Hispano-marroquí sobre mano de obra “los trabajadores marroquíes gozarán de los derechos y privilegios que les conceda la legislación española”. Por su parte, el art. 7 especifica que “la remuneración de los trabajadores marroquíes, así como las ventajas sociales (...) se ajustarán a los Convenios Colectivos o, en su defecto, a la legislación vigente para los trabajadores españoles de la misma profesión y cualificación”. En cuanto a las prestaciones de la Seguridad Social, el art. 9 consagra que “los trabajadores marroquíes estarán sujetos a las obligaciones definidas en el Convenio Hispano-marroquí de Seguridad Social de 1979 y gozarán, asimismo, de los beneficios definidos en el mencionado Convenio, en los términos previstos por la reglamentación española”.

En este aspecto, debemos aclarar que el Acuerdo Hispano-marroquí no aporta un régimen más favorable para los trabajadores marroquíes del que proporciona la LOEXIS para todo trabajador extranjero sometido al régimen general. En efecto, según se deriva del art. 10 de la LOEXIS aquellos extranjeros que cumplan las disposiciones de esta Ley en relación a la obtención de la preceptiva autorización de trabajo, tendrán la consideración de trabajadores en las mismas condiciones que los españoles. De este modo, los ciudadanos marroquíes aunque no tienen reconocido una igualdad de trato con los nacionales españoles y comunitarios para el acceso a un puesto de trabajo, sí gozan de una igualdad para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación²⁵⁵. Esta igualdad de derechos laborales se extenderá asimismo a las prestaciones de la Seguridad Social debiendo de incluirse las no contributivas al igual que las de desempleo, siéndoles de aplicación el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ese principio de no discriminación en cuanto a las condiciones de trabajo y la Seguridad Social además de su reconocimiento a nivel interno goza de protección asimismo en Convenios internacionales de los que forma parte España²⁵⁶, al igual que en el marco de los Acuerdos exteriores suscritos entre la Comunidad Europea y terceros países²⁵⁷.

2.5. Disposiciones especiales relativas a los trabajadores de temporada

Con carácter previo es preciso destacar que las disposiciones incluidas en relación a los trabajadores de temporada tanto en el Acuerdo Hispano-marroquí como en el resto de Acuerdos sobre mano de obra transcriben prácticamente el régimen fijado en el art. 78 del RELOEXIS. El Acuerdo que nos ocupa define en su art. 11 como trabajador de temporada “al ciudadano marroquí autorizado, en el marco del presente Acuerdo, a entrar en el territorio español y a salir de él para la realización de actividades de temporada o de actividades relacionadas con períodos determinados (...)”. Atendiendo a esta definición, podrían englobarse tanto los permisos de trabajo de Tipo A como de Tipo T esbozados por el Reglamento de ejecución²⁵⁸. Así, mientras el Tipo A “autoriza la realización de actividades de duración limitada” previéndose que su duración tenga el límite de un año aunque podría,

[254]

El art. 4.3 del Acuerdo Hispano-marroquí sobre mano de obra preveía en cuanto a la documentación de viaje que “cuando la duración sea inferior o igual a seis meses, el visado hará las veces de permiso durante la estancia”. Tras la reforma acaecida por la LO 14/2003 se dota al visado, con independencia de la duración de la estancia que autorice, de una nueva función adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y/o trabajar en España. De este modo, los trabajadores seleccionados con la mera tenencia del visado estarán habilitados en todos los supuestos para permanecer en nuestro territorio en la situación y durante el tiempo para el que se hubiera expedido (Vid. IV Exposición de Motivos de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000).

[255]

En este sentido, la sentencia del TC 107/84, de 23 de noviembre.

[256]

Arts. 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1-4 de la Carta Social Europea, sobre el derecho al trabajo, a unas condiciones de trabajo seguras e higiénicas, a una remuneración equitativa, al descanso y a unas vacaciones pagadas y a la prohibición de discriminación, que tiene un específico desarrollo para el caso de la no discriminación de los trabajadores migrantes en el art. 6.1 del Convenio nº 97 de la OIT.

[257]

En concreto en el ámbito del Magreb, estos Acuerdos exteriores son: el Acuerdo Euromediterráneo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y respectivamente la República de Túnez y el Reino de Marruecos, por otra; el Acuerdo de Cooperación entre la República Argelina Democrática y Popular. Dada la relevancia de estos Acuerdos así como el desarrollo jurisprudencial habido serán objeto específico de análisis en el próximo epígrafe de este Capítulo.

[258]

Por el contrario, en los Acuerdos sobre mano de obra firmados con la República Dominicana, Ecuador y Colombia la definición que se realiza del trabajador de temporada se circunscribe al permiso Tipo T: “Será considerado trabajador temporero el que realiza actividades de temporada o campaña, y es titular de un contrato cuya duración esté de acuerdo con las características y período de tiempo de las citadas campañas”.

no obstante, prorrogarse en función de la duración de la actividad profesional. Por otro lado, el permiso de trabajo Tipo T “*autoriza la realización de actividades o servicios de temporada o campaña*” cuya duración no podrá exceder de nueve meses, dentro de un período de doce meses consecutivos.

2.6. Disposiciones de aplicación y coordinación

El Acuerdo Hispano-marroquí sobre mano de obra concluye con un Capítulo V titulado “Disposiciones de aplicación y coordinación del presente acuerdo”. En concreto, el art. 15 prevé que el Ministerio de Interior español y el Ministerio de Empleo, Formación Profesional, Desarrollo Social y Solidaridad marroquí en un primer momento “determinarán conjuntamente las modalidades del presente Acuerdo” y, a continuación, “cooperarán y se consultarán directamente” para la aplicación del mismo²⁵⁹. Los arts. 16 y 17 prevén el compromiso de cooperación asumido por ambas partes tanto “*en el ámbito de control de la legislación laboral, en particular con el fin de evitar la explotación de marroquíes en situación irregular*” como para “*promover campañas de información sobre el contenido del presente Acuerdo*”. El art. 18 prevé la constitución de una Comisión Mixta de Coordinación, cuyo papel será: el seguimiento de ejecución, resolución de dificultades en su aplicación y, en su caso, actualización del Acuerdo; garantizar la difusión de la información útil en relación al Acuerdo; y, evaluar cada año las previsiones relativas al volumen de ofertas de empleo permanente y de temporada en el marco del presente Acuerdo. Para finalizar, el art. 19 tras reconocer la potestad de cada Parte Contratante para suspender, total o parcialmente, la aplicación del presente Acuerdo, fija la aplicación provisional del Acuerdo desde el 24 de agosto de 2001.

3. Las prerrogativas en el marco de los Acuerdos Euromediterráneos

Impulsados por el Consejo Europeo de Essen, de los días 9 y 10 de diciembre de 1994, de igual modo que por la Declaración de Barcelona, de 27 y 28 de noviembre de 1995, se puso en marcha la conclusión de una serie de Acuerdos Euromediterráneos en orden a crear una amplia zona de libre comercio alrededor del Mediterráneo. Los precursores de estas relaciones exteriores entre la Unión Europea y los países del Magreb son los Acuerdos de Cooperación firmados en la década de los 70²⁶⁰. En concreto, se encuentran en vigor los Acuerdos Euromediterráneos con Túnez como con Marruecos suscritos en Bruselas respectivamente, el 17 de julio de 1995 y el 26 de febrero de 1996²⁶¹. Mientras que, el Acuerdo Euromediterráneo con la República de Argelia espera aún para la firma²⁶². Ha de destacarse, que dichos Acuerdos, aunque sin duda suponen un paso significativo en las relaciones entre la Comunidad y el Magreb, no conllevan una mejora notable en cuanto a los derechos de los trabajadores y sus familias con respecto a los Acuerdos precursores, limitándose *de facto* su avance a una mayor cooperación en el campo económico, técnico y financiero²⁶³.

En el marco de estos Acuerdos Euromediterráneos se ubica un capítulo específico titulado “las disposiciones relativas a los trabajadores” donde se consagra a favor de los ciudadanos magrebíes trabajadores legales en la Unión Europea un principio de no discriminación en cuanto a las condiciones de trabajo y remuneración así como en el sector de la Seguridad Social. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se analizará el efecto directo, el contenido

[259]

No obstante, el art. 15.2 prevé que “Cuando la aplicación del presente Acuerdo presente dificultades, las consultas se realizarán por vía diplomática”.

[260]

El Acuerdo con la República Argelina Democrática y Popular firmado en Argel se publicó en *DOUE* L n° 263, p. 2 (EE 11/Vol. 8, p. 70); el Acuerdo con el Reino de Marruecos firmado en Rabat se publicó en *DOUE* L n° 264, p. 1 (EE 11/Vol. 9, p. 3); el Acuerdo con la República Tunecina firmado en Túnez se publicó en *DOUE* L n° 265, p. 1 (EE 11/Vol. 9, p. 121). Todos los *DOUE* tienen fecha de 27 de septiembre de 1978.

[261]

Cit. supra.

[262]

Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra (Bruselas, 22 de marzo de 2002, *COM* (2002) 157 final). Se encuentra asimismo pendiente de ratificación la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, de un Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Libanesa, por otra (Bruselas, 8 de abril de 2002, *COM* (2002), 170 final).

[263]

Ad exemplum, el art. 64 (2) de los Acuerdos Euromediterráneos instituye la única notable diferencia con los Acuerdos de Cooperación de 1976, consistente en que el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se extendería también a los trabajadores temporales.

y alcance personal de este principio de no discriminación a fin de concretar si éste comporta algún cambio en la esfera jurídica del numeroso colectivo de trabajadores magrebíes que, hoy por hoy, residen en los diferentes Estados miembros.

3.1. El principio de no discriminación en cuanto a las condiciones de trabajo y remuneración

El art. 64 del Acuerdo Euromediterráneo dice así²⁶⁴:

- *“Cada uno de los Estados miembros concederá a los trabajadores de nacionalidad marroquí empleados en su territorio un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a sus propios nacionales en lo que respecta a las condiciones de trabajo y de remuneración.*
- *Todo trabajador marroquí autorizado a ejercer una actividad asalariada en el territorio de un Estado miembro con carácter temporal se beneficiará de lo dispuesto en el apartado 1 respecto a las condiciones de trabajo y remuneración.*
- *Marruecos concederá el mismo régimen a los trabajadores nacionales de los Estados miembros empleados en su territorio”.*

Como ha podido constatarse anteriormente, en virtud del art. 10 de la LOEXIS todo trabajador extranjero legalmente autorizado tendrá derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena de conformidad con la legislación vigente. De este modo, la LOEXIS, si bien no declara expresamente la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad, llega al mismo resultado material al remitir su situación a la legislación española vigente. Además, el TJUE desestimó, pese al intento del mencionado asunto *El-Yassini*, que este principio de no discriminación amparara la obligatoriedad para los Estados miembros de renovación del permiso de residencia a todo aquel ciudadano magrebí que estuviese ejerciendo una actividad laboral en la Unión Europea.

Pese a esa igualdad de trato ya reconocida por la propia legislación española para todo trabajador extranjero legal en cuanto a las condiciones de trabajo y de remuneración, no podemos menospreciar este reconocimiento expreso en el marco de los Acuerdos Euromediterráneos. En efecto, estos Acuerdos Exteriores son Derecho Comunitario Europeo participando de los caracteres propios de su especial naturaleza jurídica, a saber, primacía, efecto directo y aplicabilidad inmediata²⁶⁵. Con ello, los mencionados preceptos son idóneos para crear derechos y obligaciones directamente en la esfera de los nacionales magrebíes, con el resultado de la posibilidad –para estos últimos– de invocar directamente ante el Juez nacional dada la violación o menoscabo de este principio de no discriminación la posición jurídica subjetiva adquirida con arreglo a esta norma comunitaria²⁶⁶.

3.2. El principio de no discriminación en el sector de la Seguridad Social

El art. 65 del Acuerdo Euromediterráneo²⁶⁷ establece en su apartado 1:

- *“salvo lo dispuesto en los apartados siguientes, los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia que residan con ellos, se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la au-*

[264]

Antiguo art. 40 del Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos. Con carácter previo, es preciso advertir que todos estos Acuerdos firmados por la Comunidad con los países del Magreb tienen un objetivo idéntico y los preceptos relativos a la posición jurídica de sus súbditos se encuentran, igualmente, redactados en los mismos términos. Como consecuencia de ello, el TJUE ha declarado que se está ante “acuerdos paralelos” donde las afirmaciones esgrimidas en cuanto a uno de estos Acuerdos son plenamente extrapolables a los restantes (Sentencia de 5 de abril de 1995, asunto 103/94, *Zoulika Krid c. Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)*, Rec. 1995, p. 719, apdo. 23). Atendiendo a tal aseveración, se hará referencia fundamentalmente a las disposiciones del Acuerdo con Marruecos al ser el instrumento que mayor desarrollo jurisprudencial ha experimentado en estos últimos años.

[265]

Además del mencionado asunto *El-Yassini*, la jurisprudencia anterior y en concreto la sentencia *Kziber* se encargó de constatar que “el art. 40 (actual art. 64 en los Acuerdos Euromediterráneos) lejos de tener un carácter puramente programático, es apto para regular directamente la situación jurídica de los particulares”. Sentencia de 31 de enero de 1991, asunto 68/89, *Comisión c. Reino de los Países Bajos*, Rec. 1991, p. 2637, apdo. 22.

[266]

Conclusiones del Abogado General G. TESAURO, en el citado asunto *Yousfi*, Apdo. 4.

[267]

Antiguo art. 41 del Acuerdo CEE-Marruecos.

sencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados²⁶⁸.

A modo de complemento de esta primera afirmación, el mismo precepto concede a los trabajadores marroquíes, en su apartado 2, el beneficio de la totalización de los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en los diferentes Estados miembros para determinadas prestaciones²⁶⁹ y, en su apartado 3, el beneficio de las prestaciones familiares para los miembros de su familia que residen dentro de la Comunidad, permitiéndoles, en su apartado 4, la libre transferencia hacia Marruecos de las pensiones y rentas. Como norma de cierre, el apartado 5 del art. 65 establece el principio de reciprocidad a favor de los trabajadores nacionales de los Estados miembros respecto al régimen establecido en los apartados 1, 3 y 4 de este precepto.

Desde la primera sentencia esbozada por el Tribunal de Justicia de la Unión, el 16 de enero de 1991, en el asunto *Kziber*, con respecto a su homónimo art. 41 en el marco de los Acuerdos de cooperación, se ha considerado que el aludido principio de no discriminación por razón de la nacionalidad goza de efecto directo²⁷⁰. En concreto, el Tribunal de Justicia consideró, que este precepto “establece en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición de discriminar, por razón de la nacionalidad, a los trabajadores marroquíes y a los miembros de su familia que residen con ellos, en el sector de la seguridad social” (apdo. 15 del asunto *Kziber*).

Además de reconocer el mencionado efecto directo de este principio de no discriminación en materia de Seguridad Social, el Tribunal de Justicia ha concretado mediante una creciente jurisprudencia el concepto mismo de Seguridad Social, las prestaciones incluidas y el elenco de beneficiarios.

3.2.1. **Ámbito material: concepto de Seguridad Social y beneficios incluidos**

A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha precisado que “el concepto de seguridad social que figura en el apdo. 1 del art. 41 del Acuerdo CEE-Marruecos (hoy art. 65 del Acuerdo Euromediterráneo) debe comprenderse por analogía con el concepto idéntico que figura en el Reglamento (CEE) n° 1408/71, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de la seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad²⁷¹”. Sobre la base de tal afirmación, esta Instancia jurisdiccional ha realizado, y continúa haciéndolo, una exhaustiva delimitación del ámbito *ratione materiae* del mencionado art. 65 y, por ende, del alcance del principio de no discriminación enunciado en su redacción. A continuación, destacaremos algunos ejemplos de dicha concreción.

- *Asunto Kziber*²⁷². Mediante esta sentencia de 31 de enero de 1991, el TJUE incluiría en el ámbito material del mencionado principio de no discriminación del art. 65 del Acuerdo Euromediterráneo las prestaciones de desempleo en sus diversas modalidades. En concreto, sobre la base de evitar cualquier discriminación basada en la nacionalidad se reconocería a la Sra. Bahía Kziber, una ciudadana marroquí, la concesión de una prestación de desempleo para trabajadores jóvenes que hubiesen terminado sus estudios de formación profesional. Así pues, el derecho a estas prestaciones transitorias que, en principio se reconocía exclusivamente para los nacionales belgas, se reconocerían asimismo para los ciudadanos magrebíes.

[268]

Un mismo tenor posee el art. 65 del Acuerdo Euromediterráneo con Túnez (antiguo art. 40 del Acuerdo de Cooperación CEE-Túnez) y el art. 39 del Acuerdo de Cooperación CEE-Argelia. La única diferencia existente entre los antiguos Acuerdos de Cooperación y los actuales Acuerdos Euromediterráneos es la introducción en el presente art. 65 de una aproximación a la noción de “seguridad social”.

[269]

En particular se refiere a las pensiones y rentas de jubilación, invalidez y fallecimiento, así como a la asistencia sanitaria para ellos mismos y su familia residente dentro de la Comunidad.

[270]

Vid. la citada sentencia *Kziber*, apdos. 15-22. El efecto directo ha sido asimismo constatado en las sentencias de 20 de abril de 1994, asunto 58/93, *Zoubir Yousfi c. État belge*, Rec. 1994, p. 1353, apdos. 16-18 y de 3 de octubre de 1996, asunto 126/95, *A. Hallouzi-Choho c. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, apdo. 19, así como el auto de 12 de febrero de 2003, asunto 23/02, *Mohamed Alami c. Office national de l'emploi*, Rec. 2003, p. 1399, dictadas en relación con el art. 41 del Acuerdo CEE-Marruecos, y en las sentencias de 5 de abril de 1995, asunto 103/94, *Zoulika Krid c. Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)*, Rec. 1995, p. 719, apdos. 21-23 y de 15 de enero de 1998, asunto 113/97, *Henia Babahenini c. Etat belge*, Rec. 1998, p. 183, apdos. 17-18, con respecto al art. 39 del Acuerdo CEE-Argelia. Sobre esta última sentencia, *vid.* nota de jurisprudencia, J.L. CLERGERIE, *Petites affiches*, 5 août 1998, n° 93, pp. 25-28.

[271]

Vid. los asuntos, antes citados, *Kziber* (apdo. 25), *Yousfi* (apdo. 24) y *Hallouzi-Choho* (apdo. 25). De igual modo y atendiendo a tal afirmación, esta Instancia comunitaria ha reconocido, en los asuntos *Krid* y *Babahenini*, que el concepto de seguridad social que contiene el apdo. 1 del art. 39 del Acuerdo CEE-Argelia debe ser interpretado por referencia al concepto correspondiente que figura en el Reglamento 1408/71 (apdos. 32 y 25, respectivamente).

[272]

Cit. supra.

- *Asunto Alami*. Asimismo el TJUE, mediante el auto de 12 de febrero de 2002, reconoció unas *prestaciones de desempleo complementarias* al hilo de un litigio existente entre un ciudadano marroquí, Mohamed Alami, y de nuevo la Oficina nacional de empleo belga. En este caso, esta Instancia comunitaria reconoció a favor de este nacional marroquí unas prestaciones de desempleo complementarias para mayores de 50 años, incluso cuando el mencionado art. 41 del Acuerdo Euromediterráneo no mencionase expresamente dichas prestaciones²⁷³.
- *Asunto Yousfi*²⁷⁴. Gracias a esta sentencia de 20 de abril de 1994, el TJUE reconocería el derecho del Sr. Yousfi, de nacionalidad marroquí, a una asignación para minusválidos que según la Ley interna belga sólo se preveía para cuando el solicitante era belga, apátrida, refugiado o de nacionalidad indeterminada, siempre que hubiese residido en Bélgica durante los últimos cinco años²⁷⁵. En este caso, el razonamiento del TJUE fue de nuevo equiparar el ámbito de aplicación material del apdo. 1 del art. 41 al contenido del mencionado Reglamento 1408/71²⁷⁶.
- *Asunto Krid*. A través de esta sentencia de 5 de abril de 1995, el TJUE resolvió una cuestión prejudicial, esta vez en el contexto del Acuerdo con Argelia, con el fin de determinar si el mencionado art. 39.1 incluye en su ámbito material un *subsidio complementario a una pensión de vejez*. Siguiendo la misma hermenéutica utilizada en los asuntos *Kziber* y *Yousfi*, el TJUE no dudó en considerar que a los ciudadanos magrebíes beneficiarios del principio de no discriminación en el sector de la seguridad social no podría denegárseles ni una pensión de vejez ni un subsidio complementario, aunque como en el supuesto se tratara de una viuda que nunca ejerció actividad profesional en Francia²⁷⁷.

[273]

No obstante, dicho reconocimiento se basó en que el Reglamento 1408/71 criterio inspirador para interpretar el art. 65 del Acuerdo Euromediterráneo, sí menciona expresamente dichas prestaciones. *Cit. supra*, apdo. 25.

[274]

Cit. supra.

[275]

El TJUE se ha reiterado en cuanto a la inclusión de tales “asignaciones para minusválidos” en el concepto de la seguridad social de los Acuerdos magrebíes en asuntos ulteriores tales como *Babahenini* (*cit. supra*) y *Mesbah* (sentencia de 11 de noviembre de 1999, asunto 179/98, *État belge c. Fatna Mesbah*, Rec. 1999, p. 7955).

[276]

En concreto, el TJCE consideró que si bien es cierto que antes de ser modificado el Reglamento 1408/71 en 1992 mediante el Reglamento 1247/92 (*DOUE* L nº136, 19 de mayo de 1992), éste no mencionaba expresamente entre las ramas de la seguridad social a las prestaciones para minusválidos, constituye, no obstante, jurisprudencia reiterada que tales asignaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación material de tal Reglamento. *Vid.* las sentencias de 28 de mayo de 1974, asunto 187/73, *Odette Callemeyn c. État belge*, Rec. 1974, p. 553, apdo. 15 y de 27 de mayo de 1993, asunto 310/91, *Hugo Schmid c. État belge*, Rec. 1993, p. 3011, apdo. 10

[277]

Cit. supra. Al igual que sucedía con las “asignaciones de invalidez”, las prestaciones como el “subsidio complementario” del FNS no se mencionaban específicamente antes de la modificación por el Reglamento 1247/92 del Reglamento 1408/71. No obstante, y tal como fue la argumentación referida en el caso *Yousfi* en relación con las asignaciones de invalidez, según jurisprudencia reiterada dicho subsidio está comprendido en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71 (*Vid.* sentencia de 24 de febrero de 1987, asuntos acumulados 379/85, 380/85, 381/85 y 93/86, *Anna Giletti y otros*, Rec. 1987, p. 955, apdo. 11).

3.2.2. Ámbito personal: la noción de trabajador y familia

El mencionado art. 65 del Acuerdo Euromediterráneo estipula en su apartado primero que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia que residan con ellos se benefician en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación por razón de la nacionalidad.

Desde la sentencia *Kziber*, de 16 de enero de 1991, el Tribunal de Justicia ha considerado como beneficiarios de este principio “tanto a los trabajadores en activo como a los que han abandonado el mercado de trabajo después de haber alcanzado la edad necesaria para disfrutar de una pensión de vejez o después de haber sido víctimas de alguno de los riesgos que dan derecho a prestaciones con arreglo a otras ramas de la seguridad social”. En concreto, en los asuntos mencionados se consideraron como trabajadores beneficiarios del principio de no discriminación a nacionales magrebíes ya jubilados tras haber realizado su actividad laboral en la Comunidad Europea (*Kziber*), a víctimas de un accidente de trabajo (*Yousfi*) o a fallecidos que han realizado su carrera profesional en un Estado miembro (*Krid*).

Por otra parte, el apartado 1 del mencionado art. 65 incluye entre los beneficiarios de este principio de no discriminación a los “miembros de la familia” de estos trabajadores que residan con ellos en el Estado miembro. En torno a estos otros beneficiarios surgía la polémica sobre qué familiares quedaban englobados en dicha noción de “miembros de la familia”. Durante la vigencia de los Acuerdos de cooperación no existía referencia alguna sobre el grado de parentesco que im-

plicaba la referida noción. Dada la laguna legal existente, el TJUE en el asunto *Mesbah*, de 11 de noviembre de 1999, optó por una interpretación flexible incluso más amplia que la acogida por las disposiciones comunitarias. En concreto, el TJUE argumentó que cuando el mencionado Acuerdo se firmó se tuvo en cuenta la concepción de la familia en la cultura marroquí que practica entre las generaciones una solidaridad en una medida más amplia que las familias europeas. De este modo y como consecuencia de utilizar esta expresión general de “miembros de la familia” del trabajador, se incluirían además del cónyuge y de los hijos del trabajador migrante, sus ascendientes, incluso por afinidad, siempre que esas personas residiesen efectivamente con el trabajador²⁷⁸. No obstante, dicha flexibilidad aportada por el asunto *Mesbah*, con una opción acorde con el respeto de esa multiculturalidad existente en la actual Unión Europea²⁷⁹, se encuentra entredicho tras la entrada en vigor de los Acuerdos Euromediterráneos con Marruecos y Túnez. En efecto, éstos incluyen una Declaración común relativa al art. 65 en la cual se establece expresamente que la noción de “miembros de familia” debe ser apreciada conforme a las reglas jurídicas del Estado de acogida.

Al abordar la cuestión de los derechos conferidos a los familiares de los trabajadores magrebíes por los Acuerdos Euromediterráneos no podemos dejar de hacer alusión a la naturaleza misma de tales derechos. En efecto, según jurisprudencia reiterada del TJUE los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea aunque gozan de un régimen privilegiado tienen un derecho de carácter derivado o relativo con unas peculiares implicaciones y limitaciones fruto de dicha naturaleza²⁸⁰. Consecuencia de este razonamiento, el Tribunal de Justicia en su sentencia *Taghavi* consideró que un nacional de un tercer Estado, cónyuge de un trabajador comunitario, no podía pretender una prestación para disminuidos, dado que dicho beneficio se prevé por la legislación nacional del Estado miembro de acogida como derecho propio y no como derecho derivado en tanto que familiar de ciudadano comunitario²⁸¹.

Por el contrario, cuando se trata de concretar la naturaleza derivada o propia de los derechos de los “miembros de la familia” mencionados en el art. 65 del Acuerdo Euromediterráneo, la solución ha sido distinta a la esbozada para los familiares de los trabajadores comunitarios. Desde la solución dada por la sentencia *Kziber* se infiere que la mencionada jurisprudencia comunitaria que califica a los derechos de los familiares en el marco del Reglamento 1408/71 como derivados no puede aplicarse en el marco del citado art. 65 del Acuerdo²⁸². Buena prueba de ello es que el TJUE consideró que la Sra. Babahenini, ciudadana argelina y esposa de un trabajador jubilado también argelino, tendría derecho a beneficiarse de una prestación para minusválidos que se prevé como derecho propio por la ley nacional del Estado miembro donde reside.

Atendiendo a esa diversidad de criterios interpretativos, se llega al paradójico resultado que los miembros de una familia de un trabajador magrebí gozan en ciertos casos de una situación más ventajosa que los propios familiares de los nacionales comunitarios²⁸³. Sobre la base de las implicaciones materiales que conlleva dicha disparidad interpretativa en cuanto a la naturaleza de los derechos de “los miembros de la familia”, no es de extrañar que la Sra. Mesbah, ciudadana marroquí y suegra de un trabajador que posee tanto la nacionalidad marroquí como la belga, prefiriera alegar la primera con el fin de que los fuese reconocida una pensión de invalidez en Bélgica, Estado de residencia²⁸⁴.

[278]

Asunto *Mesbah*, apdos 42-48. Por otra parte, el hecho de residir en la Comunidad es imprescindible a efectos de hacer valer el principio de prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad en materia de seguridad social recogido en dicha disposición (sentencia de 20 de marzo de 2001, asunto 33/99, *Hassan Fahmi y otros c. Bestuur van de Sociale, Rec.* 2001, p. 2415).

[279]

En palabras del Abogado General del caso, S. ALBER, cuando el Acuerdo de cooperación se firmó se pretendió tener en cuenta “la concepción de la familia en la cultura marroquí que practica entre las generaciones una solidaridad en una medida más amplia que las familias europeas”.

[280]

Sentencia de 13 de febrero de 1985, asunto 267/83, *Diatta c. Land Berlin, Rec.* 1985, p. 567 y ss.; Sentencia de 27 de marzo de 1984, *Office national de l'emploi c. Deak, Rec.* 1985, p. 1873 y ss. Así, es especialmente claro con respecto a esta cuestión el sentido de esta última sentencia al expresar lo siguiente: “D’après la Commission, cet arrêt établit une distinction claire entre les travailleurs salariés, d’une part, et les membres de leur famille et leurs survivants, d’autre part. Alors que les personnes envisagés par le règlement n° 1408/71 en tant que droits propres, celles relevant de la seconde catégorie en sauraient prétendre qu’aux droits dérivés, acquis en qualité de membres de la famille ou de survivants d’un travailleur, c’est-à-dire d’une personne appartenant à la première catégorie” (las cursivas son mías, p. 1884).

[281]

Sentencia de 8 de julio de 1992, asunto 243/91, *État belge c. Noushin Taghavi, Rec.* 1992, p. 4401, apdo. 11.

[282]

Dicha interpretación se deduce del tenor de la sentencia *Kziber*, siendo consagrada con posterioridad de una manera expresa por los asuntos *Krid* (apdo. 39), *Hallouzi-Choho* (apdo. 30) y *Babahenini* (apdo. 23).

[283]

Vid. Conclusiones del Abogado general S. ALBER, en el mencionado asunto *Mesbah*, apdo. 49.

[284]

Ibid.

Normativa

Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre circulación de personas, hecho en Argel el 31 de julio de 2002, *BOE* de 12 de febrero de 2004.

Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 25 de julio de 2001, *BOE*, de 20 de septiembre de 2001.

Acuerdo Administrativo entre España y Marruecos, relativo a los trabajadores de temporada, firmado en Madrid el 30 de septiembre de 1999.

Canje de Notas de 15 de julio de 1997 y de 16 de julio de 1997 constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos en materia de supresión visados en pasaportes diplomáticos, *BOE* núm. 231, de 26 de septiembre de 1997, p. 28535.

Canje de Notas, de 27 de diciembre de 1996, constitutivo de Acuerdo entre España y Túnez en materia de supresión de visados a titulares de pasaportes diplomáticos, *BOE* núm. 60, de 11 de marzo de 1997, p. 7842.

Acuerdo Euromediterráneo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, de 26 de febrero de 1996, *DOCE* L n.º 70, de 18 de marzo de 2000.

Acuerdo de 6 de febrero de 1996 en materia de permisos de residencia y trabajo entre el Reino de

España y el Reino de Marruecos, *BOE* núm. 129, de 28 de mayo de 1996, p. 17977.

Acuerdo Euromediterráneo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, de 17 de julio de 1995, *DOCE* L n.º 97, de 30 de marzo de 1998.

Canje de Cartas de 14 de diciembre de 1994 constitutivo de Acuerdo entre España y la República Argelina Democrática y Popular sobre supresión de visados de salida a residentes y régimen básico de visados, *BOE* núm. 3, de 7 de febrero de 1996, p. 4044.

Canje de Notas de 13 de julio de 1992 y de 15 de julio de 1992 constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Túnez sobre gratuidad de visados, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1993, p. 20158.

Canje de Notas de 15 de julio de 1991 constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre gratuidad de visados, *BOE* núm. 220, de 13 de septiembre de 1991, p. 30225.

Declaración del Reino de España relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla al Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado en Bonn el 25 de junio de 1991, *BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994, p. 10390.

Resolución de 28 de mayo de 1992 de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del ar-

tículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales (texto donde se denuncian los Canjes de Notas sobre supresión de visados con Túnez y Marruecos), *BOE*, de 25 de junio de 1992, p. 21474-21475.

Acuerdo de 13 de febrero de 1992 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre circulación de personas, tránsito y readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, *BOE* núm. 100, de 25 de abril de 1992, p. 13696.

Canje de Notas de 21 de junio de 1966 y de 21 de julio de 1966 sobre supresión de visados con Túnez, *BOE* núm. 302, de 17 de diciembre de 1982, p. 34682.

Canje de Notas de 3 de junio de 1964 sobre supresión de visados con Marruecos, *BOE* núm. 302, de 17 de diciembre de 1982, p. 34680.

Acuerdo de Cooperación entre la República Argelina Democrática y Popular firmado, de 25 de abril de 1976, *JOCE* L n.º 263, de 27 de septiembre de 1978; EE II/Vol. 8, p. 70.

Acuerdo de Cooperación con la República de Túnez, de 25 de abril de 1976, *JOCE* L n.º 265, de 27 de septiembre de 1978; EE II/Vol. 9, p. 121.

Acuerdo de Cooperación con el Reino de Marruecos, de 25 de abril de 1976, *JOCE* L n.º 264, de 27 de septiembre de 1978; EE II/Vol. 9, p. 3.

Bibliografía

- AGUELO NAVARRO P. y CHARRO BAENA, P. "El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Marzo 2003, pp. 67-106.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, 2ª Edición actualizada, Universidad de Córdoba-Consejería de Gobernación, 2003.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. "La libertad de establecimiento en los Acuerdos Europeos: ¿Nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Jany e.a.*), *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13, Septiembre/Diciembre, 2002, pp. 943-960.
- MASSÓ GARROTE, M. F. *Nuevo régimen de extranjería*, La Ley (Ed.), 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R. *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, La Ley (Ed.), 2003, Madrid.
- MOYA ESCUDERO, M. "¿Extranjería o extranjerías", F. J. García Castaño y C. Muriel López (Eds.), *La inmigración en España: contextos y alternativas. Volumen II. Actas del III Congreso sobre la Inmigración en España*, 2002, pp. 551-565.
- MOYA ESCUDERO, M. *Comentario sistemático a la Ley de extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, 2000, Granada.
- TRINIDAD GARCÍA, M. L., "Las particulares "cañadas reales" de la inmigración", en *II Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía (Ed.), 2002, pp. 11-20.
- TRINIDAD GARCÍA, M. L. "Los Acuerdos migratorios bilaterales concluidos por España: un complejo instrumento para unos resultados escasos", en *La inmigración en España: contextos y alternativas. Volumen II. Actas del III Congreso sobre la Inmigración en España*, 2002, pp. 493-506.
- TRINIDAD GARCÍA, M. L. "El trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España", *Revista migraciones*, núm. 13, 2003.
- RUIZ CASTILLO, M.M. "Aspectos jurídico-laborales de la inmigración: algunas conclusiones para el debate", en *II Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía (Ed.), 2002, pp. 31-42.



CAPÍTULO IV

La reagrupación familiar: especial referencia a la inmigración magrebí

Por: Irene Blázquez Rodríguez



1. INTRODUCCIÓN

El fin básico de la reunificación familiar no es otro que salvaguardar el derecho inherente de todo ser humano a una vida en familia. Con demasiada frecuencia, la emigración desplaza a uno o a parte de los miembros de la familia, generando con ello, un duro alejamiento en el tiempo y la distancia.

En nuestro días, el derecho a la reunificación familiar despierta un doble interés, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. A su vez esa doble faceta va a conllevar que las estrategias públicas en materia de inmigración se debatan ante un parecer de signo sino contrario, al menos dispar²⁸⁵.

Atendiendo al primer aspecto, las estadísticas nos revelan que en la actualidad la reagrupación familiar es la vía principal de acceso legal al territorio español de ciudadanos procedentes de terceros países. En efecto, dadas las dificultades fijadas por nuestra legislación de extranjería para la obtención de un visado de residencia, el único canal real para entrar y residir en España parece ser por razones de reunificación familiar. Hemos de advertir, que esta inmigración familiar comprende a la vez dos fenómenos: a) la reunión de los miembros de la familia con el extranjero en el país de acogida que sufrieron la separación por el desplazamiento de uno o varios de sus componentes –es decir, la reagrupación *stricto sensu*–; b) la reunión con el nuevo familiar, normalmente el cónyuge, fruto de un vínculo familiar nacido tras el desplazamiento del extranjero al país donde en la actualidad reside –la llamada reunificación para constitución de la familia–.

Por otro lado, un elemento básico de toda política legislativa en cuanto a la inmigración es articular vías para una integración con éxito del extranjero residente²⁸⁶. Para ello aflora como instrumento imprescindible conceder una serie de garantías y derechos elementales, entre los que necesariamente ha de encontrarse una opción real para una vida en familia. Ciertamente, la vida en familia es fuente de estabilidad de la persona y es un elemento básico para una mejor inserción del colectivo inmigrante.

Si bien es cierto que se está ante una prerrogativa básica de todo ser humano, este derecho no se encuentra garantizado de igual modo a toda persona. La normativa comunitaria, y por extensión el ordenamiento jurídico español, conocen una pluralidad de regímenes en cuanto a la reagrupación familiar sobre la base principalmente de la nacionalidad del reagrupante. De este modo, según cuál sea la nacionalidad, española, de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer Estado estaremos ante un régimen jurídico distinto. Estar en una categoría o en otra afectará a aspectos tan cruciales como los familiares reagrupables, las formalidades administrativas o el momento de ejercer el derecho en sí. A la hora de analizar el derecho a la reunificación en España, ha de distinguirse necesariamente, por una parte, el régimen comunitario del que son beneficiarios los nacionales de los Estados miembros, y por extensión los ciudadanos del Espacio Económico Europeo²⁸⁷ y Suiza²⁸⁸, y por otro lado, el régimen general descrito por la legislación de extranjería española, en concreto la *LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social con las modificaciones habidas por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y la LO 14/2003, de 20 de noviembre*²⁸⁹, complementada por el

[285]

En este mismo sentido LÁZARO GONZÁLEZ, I., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Revista Migraciones*, nº 12, diciembre 2002, señala que “Por una parte, el flujo constante, no sometido a las reglas generales de control de la entrada de extranjeros, no deja de preocupar; por otra, se asume que la familia desempeña un papel de enorme relevancia en la integración de los inmigrantes” (pp. 44-45).

[286]

La Comisión Europea ha señalado recientemente “El derecho a la reagrupación familiar es, de por sí, un instrumento imprescindible de la integración”, en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo, *COM (2003) nº 336 final*, de 3 de junio de 2003, p. 5.

Otras muchas son las fuentes que han destacado el papel crucial que desempeñan tanto el derecho a la reagrupación familiar junto con la adquisición de la nacionalidad del país de acogida como vías para una integración real del inmigrante. *Vid.* PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Ed. Longman, Essex, 2000, p. 104; KOSTAKOPOULOU, Th., “Integrating Non-EU Migrants in the European Union: Ambivalent Legacies and mutating Paradigms”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 8, nº 2, Spring 2002, pp. 181-201.

[287]

Este régimen especial se deriva de las disposiciones del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, entre los doce Estados miembros de la CE, por una parte, y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, Noruega, Islandia y Liechtenstein, por otra (*DOUE L nº 1*, de 3 de enero de 1994).

[288]

Este régimen parejo a los ciudadanos comunitarios lo gozan los suizos gracias al Acuerdo, de 21 de junio de 1999, entre la CE y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas, que ha entrado en vigor el 1 de junio de 2002 (*DOUE L nº 114*, de 30 de abril de 2002).

[289]

Vid. respectivamente *BOE* de 12 de enero de 2000, *BOE* de 23 de diciembre de 2000 y *BOE* de 21 de noviembre de 2003.

*Reglamento de ejecución, aprobado por R.D. 864/2001, de 20 de julio*²⁹⁰. Al referirnos a esta normativa interna no podemos obviar que ella se ha visto afectada tanto por la anulación operada de ciertos preceptos por el Tribunal Supremo²⁹¹ que, entre otras motivaciones, ha precipitado la reforma de la legislación de extranjería por la LO 14/2003, y, más recientemente, por la aprobación a nivel comunitario de la *Directiva 2003/86, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003* que inicia una armonización del derecho a la reagrupación familiar en la Unión Europea²⁹². En definitiva, el derecho a la reunificación familiar dibujado por el ordenamiento jurídico español se conforma de una pluralidad de regímenes que desemboca no sólo en una complejidad innecesaria sino también en unas desigualdades injustificadas cuando se trata de ejercer este derecho básico de toda persona²⁹³.

[290]

BOE, de 21 de julio de 2001.

[291]

En concreto, el Tribunal Supremo ha admitido la nulidad de once de los dieciocho puntos impugnados por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes de Andalucía "Andalucía Acoge" y "Red Acoge" en relación con el Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección sexta, de 20 de marzo de 2003). De los puntos anulados, dos se refieren directamente a la reagrupación familiar al versar sobre los arts. 41.5 y 49.2 d) e) del Reglamento de ejecución.

[292]

DOUE L nº 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12 ss.

[293]

Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., "La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual", *Revista Portularia*, nº 3, 2003, pp. 271-292.

II. MARCO JURÍDICO

1. Convenios internacionales

A nivel internacional multitud de instrumentos nacidos por el consenso entre los Estados coinciden en reconocer a la vida familiar como un derecho básico de toda persona y, por consecuencia, digna de gozar de una especial protección por parte de la sociedad y el Estado. No obstante, como será objeto de análisis, cuando se trata de reconocer el derecho a la reagrupación familiar a favor del inmigrante residente los compromisos estatales tienen un carácter más difusos siendo en algunos convenios incluso inexistentes.

En el marco de las Naciones Unidas, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948*²⁹⁴, así como los *Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966*²⁹⁵, reconocen a la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad. Además, dada su relevancia, los Estados se comprometen a garantizar la más amplia protección y asistencia.

La *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 reconoce expresamente el derecho a la reagrupación familiar. En concreto, esta Convención estipula que “los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migrantes con sus cónyuges y con aquellas personas que mantengan con el trabajador migrante una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”²⁹⁶. Por su parte, el *Convenio n.º 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Trabajadores Migrantes*, de 24 de junio de 1975, invita asimismo a los Estados a facilitar la reagrupación familiar de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio²⁹⁷.

La vida en familia se torna si cabe aún más crucial para dos colectivos en situación desfavorecida como son los menores y los refugiados. La normativa internacional siendo consciente de esta situación extrema también abordará su reunificación familiar. Por una parte, la *Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989*²⁹⁸, así como el *Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos* reconocen el derecho del niño a una vida en familia y, por tanto sujeto activo del mencionado derecho a la reunificación familiar. En concreto, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 9.1 instituye la obligación para los Estados de velar para que el niño no sea separado de sus padres²⁹⁹, estableciendo para este fin, en su art. 10 que “*toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva*”³⁰⁰. Asimismo, esta Convención también salvaguarda el derecho del niño a mantener relaciones periódicas con sus padres incluso cuando residan en Estados diferentes (art. 10.2). En todas aquellas decisiones que se refieran al niño, la motivación principal debe ser el interés superior del menor.

[294]

Esta Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por su Resolución 217 (III). En concreto, el art. 16 se expresa así:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

[295]

El primero de esos Pactos de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la protección de la familia en su art. 17 y, el segundo, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 10. Estos Pactos no entraron en vigor hasta 1976, no siendo España parte hasta el año 1977 (BOE de 30 de abril de 1977).

[296]

La vigésima ratificación de este Convenio internacional realizada por Guatemala permitió el 1 de julio de 2003 su entrada en vigor. La obligatoriedad de este texto ha estado llena de dificultades que van desde su gestación, más de diez años de debates en el seno de las Naciones Unidas, hasta su entrada en vigor al ser necesario casi trece años para completar las veinte ratificaciones necesarias. Hasta la fecha, España no se encuentra entre los países que han ratificado este texto. El presente Convenio puede consultarse en la siguiente página web: http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwhtoc_sp.htm. Sobre este Convenio y su aplicación, vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, n.º 2, marzo 2003, 9-51; Id., “Al fin ya se ha hecho realidad la obligatoriedad de la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias en <http://extranjeria.info.es>.”

[297]

Hasta la fecha presente, sólo tres Estados miembros de la Unión Europea han ratificado dicho Convenio, Italia, Portugal y Suecia. Asimismo, el Convenio n.º 97 sobre los Trabajadores Migrantes o la Recomendación n.º 151 fija una serie de medidas que deberían adoptarse por los países de empleo y de origen para facilitar y agilizar la reagrupación de las familias de los trabajadores.

[298]

Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 siendo ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE de 1 de diciembre de 1990).

[299]

Art. 9.1 se expresa: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

[300]

Como ha destacado SALADO OSUNA todos los derechos

Cuando se trata de los refugiados, el derecho a la reagrupación familiar se ha reconocido en el Acta Final de la conferencia que aprobó el *Convenio sobre el estatuto de refugiados de 1951*³⁰¹, pero no directamente en el texto de la Convención³⁰². Además, el Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR) ha insistido en pluralidad de ocasiones que los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para garantizar la unidad familiar dado que la salvaguardia de la vida en familia se encuentra garantizada en los textos internacionales sobre derechos humanos³⁰³. Respetuoso con estos imperativos internacionales, el legislador estatal a través de la *Ley 5/1984, de 23 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado* ha consagrado en su art. 10 que “Se concederá asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado”³⁰⁴.

2. Instrumentos jurídicos europeos

La normativa convencional se complementa en el marco europeo con una serie de instrumentos jurídicos que reconocen el derecho de toda persona a la vida familiar y, por consiguiente, garantizan de un modo más o menos directo, dependiendo del instrumento en sí, el derecho a la reagrupación familiar del inmigrante.

En primer lugar, el *Convenio de Roma para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, incluye varios preceptos preocupados de salvaguardar este derecho a la vida familiar³⁰⁵. En particular, el art. 8 establece una protección directa de la familia y el art. 12 reconoce la libertad para casarse y fundar una familia. Junto al amplio elenco de derechos fundamentales enunciados por esta Convención consideramos que ésta posee además una especial relevancia atendiendo a dos razones. En primer término, este Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales goza de un mecanismo jurisdiccional con el fin de garantizar la salvaguardia de los mismos, me refiero al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sito en Estrasburgo. Y en segundo lugar, este Convenio tiene un ámbito de aplicación personal amplio, en la medida en que los derechos que establece son reconocidos, según su artículo primero, a todo particular que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte incluso cuando sean ciudadanos de Estados no miembros en el Consejo. No obstante, en el campo que nos ocupa ha de advertirse que, si bien es cierto que el art. 8 establece una protección directa de la familia, no reconoce estrictamente un derecho a la reagrupación familiar. Ante esta limitación, ha resultado clave la prolija jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que si bien no ha conseguido el reconocimiento de un derecho ilimitado a la reagrupación familiar, sí ha ayudado a limitar el ejercicio discrecional de la competencia por parte de las autoridades públicas en materia de controles de entrada en el territorio y en caso de expulsión.

Otros dos instrumentos europeos reconocen específicamente el derecho a la reagrupación familiar. Así, la *Carta Social Europea*, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, recoge el compromiso de las Partes Contratantes de facilitar, en la medida de lo posible, el reagrupamiento familiar de los trabajadores esta-

enunciados en la Convención tienen que ser respetados y asegurados a los niños ya sean nacionales o extranjeros y con independencia de que estos últimos estén en situación regular o irregular en el territorio del Estado. Esta obligación de los Estados de respetar los derechos reconocidos en la Convención y asegurar su aplicación a todos los niños se extrae del art. 2.1 al concretar que debe asegurarse su aplicación “a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquiera otra condición del niño”. Vid, SALADO OSUNA, A., “La Convención sobre Derechos del Niño. Las obligaciones asumidas por los Estados Partes”, en CALVO GARCÍA, M. y FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primeras Jornadas sobre derechos humanos y libertades fundamentales*, Zaragoza, Ed. Mira, 2000, pp. 19 ss.

[301]

En concreto el Acta Final de la Conferencia “Recomienda a los gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección de la familia del refugiado y especialmente para: 1) Asegurar que se mantenga la unidad familiar del refugiado, sobre todo en los casos en los que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país; 2) Asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a los jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción”.

[302]

España es Estado Parte en este Convenio mediante adhesión de 14 de agosto de 1978, BOE nº 252, de 21 de octubre de 1978.

[303]

Con respecto al alcance del núcleo familiar, el comité ejecutivo del ACNUR ha defendido un enfoque flexible y englobador, teniendo así en cuenta el aspecto no sólo de dependencia económica sino también psicológica. Vid. Conclusiones nº 9 (XXVIII), nº 24 (XXXII), nº 84 (XLVIII), nº 85 (XLIX) y Conclusiones de la 50ª Sesión de 1999.

[304]

En España, hasta el año 1994, el marco legal de referencia en cuanto al asilo y el refugio lo constituían el art. 13 de la Constitución y la mencionada Ley 5/1984. Durante los años 1994 y 1995, el panorama legislativo cambia, en primer lugar, una serie de circunstancias motivaron la reforma de este texto legal mediante la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y en segundo lugar, se dicta el RD 203/1995, de 10 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Sobre las causas que motivaron la reforma de la Ley 5/1984, vid. DÍAZ DE AGUILAR, I., “La solicitud de asilo”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F., y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995, pp. 558 ss. Asimismo para un análisis detallado sobre la legislación española en materia de asilo y refugio, vid. *inter alia*, MONTERO ELENA, C.M., “Asilo y refugio en la legislación española”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Coord.), *Refugiados: Derecho y solidaridad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1994, pp. 157-172; GALPAROSO GARCÍA, J., “Solicitud de asilo en territorio nacional”, *Derecho de extranjería...*, op. cit., pp. 581-614.

[305]

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se adoptó el 4 de noviembre de 1950 en Roma. España se adhirió al mismo años después, firmándolo el 24 de noviembre de

blecidos dentro de sus territorios³⁰⁶. Por su parte, el *Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador migrante*, firmado en Estrasburgo, el 24 de noviembre de 1977, dispone que el cónyuge y los hijos no casados están autorizados a unirse con el trabajador migrante ya residente en el territorio de una Parte Contratante. Sin embargo, el ámbito de aplicación de este Convenio presenta una doble limitación: sólo se refiere a los trabajadores asalariados y sólo se aplica a los trabajadores nacionales de los Estados que son Parte Contratantes del Convenio.

3. El Derecho comunitario europeo

Cuando nos acercamos al derecho gestado en materia de reunificación familiar por las instituciones comunitarias hemos de distinguir según sus destinatarios sean ciudadanos de la Unión o nacionales de terceros países. Mientras que en el primer supuesto, pluralidad de reglamentos y directivas comunitarios lograrán una temprana armonización a nivel europeo, en el caso de los nacionales de terceros países la andadura hacia un régimen común en el derecho a la reagrupación familiar ha sido lenta culminando recientemente mediante la aprobación de la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

3.1. La normativa comunitaria aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea

A partir de los años 60, la entonces Comunidad Económica Europea marcó como objetivo la liberalización de todos los factores de producción a efecto de reactivar las economías nacionales y garantizar el desarrollo de un mercado europeo fuerte. En esta liberalización se incluiría como uno de los elementos claves el factor humano en su doble vertiente de trabajador asalariado o por cuenta propia. Desde la consagración de esta libre movilidad a favor de todos los trabajadores nacionales de los Estados miembros³⁰⁷, se advirtió que para que ésta fuera efectiva debería de acompañarse necesariamente de un derecho de todo trabajador a ser acompañado en ese desplazamiento por sus familiares próximos.

Desde los primeros pasos hacia la consecución del Mercado Común y de sus libertades económicas, el Derecho comunitario europeo ha reconocido importantes prerrogativas en materia de desplazamiento y estancia para los miembros de la familia de los nacionales de los Estados miembros. Y ello es así, atendiendo a una motivación doble. En un primer orden de ideas, la consagración del mencionado derecho se considera imprescindible si se desea el establecimiento real de un Mercado Interior donde la libre movilidad de las personas físicas sea una realidad³⁰⁸. Sobre esta premisa, si se pretende crear un espacio sin controles interiores donde no existan trabas para dicha movilidad resulta imprescindible salvar uno de los que podría ser el mayor escollo para trasladarse a otro Estado de la Unión: la imposibilidad de hacerse acompañar de sus familiares más próximos con independencia de la nacionalidad que éstos ostenten³⁰⁹.

En segundo lugar, y consecuencia del anterior, el fin último del reconocimiento de este derecho pretende hacer posible una integración real y efectiva del nacional comunitario en el Estado miembro de acogida equiparando su posición

1977 y ratificándolo el 4 de octubre de 1979, *BOE* de 10 de octubre de 1979. Este Convenio ha sufrido diversas modificaciones, las última introducidas por el Protocolo número 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (*BOE* de 26 de junio de 1998). Para un texto actualizado, *vid.* Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el Protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (*BOE* de 6 de mayo de 1999).

[306]

Art. 19 6. El art. 14 precisa que los trabajadores migrantes nacionales de una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección a la asistencia en el territorio de cualquier parte contratante. Por su parte, el art. 16 mantiene que la familia es núcleo fundamental de la sociedad y que, por tanto, tiene derecho a una protección adecuada desde el punto de vista social, jurídica y económica a fin de asegurar su pleno desarrollo. La Carta Social Europea se aprobó por el Consejo de Europa celebrado en Turín el 18 de octubre de 1961, siendo ratificada por España el 29 de abril de 1980 (*BOE* de 26 de junio de 1980).

[307]

En concreto esta libre movilidad se consagró por el art. 48 (actual art. 39 CE) referido a los trabajadores asalariados, el art. 52 (actual art. 43 CE) que suprime las restricciones a la libertad de establecimiento y el art. 59 (actual art. 49 CE) que liberaría los servicios dentro de la Comunidad. Ha de destacarse que el mencionado art. 48 TCEE, a diferencia de los otros, hacía referencia de manera indeterminada a “la libre circulación de trabajadores de los Estados miembros”, dato que en opinión de cierto sector doctrinal podría haber posibilitado la extensión del ámbito de aplicación a los nacionales de terceros Estados que se encontrasen trabajando legalmente en la Comunidad. No obstante, pese a este tenor tanto el Derecho derivado como la jurisprudencia limitaron el alcance personal de dicha movilidad intracomunitaria a los nacionales de los Estados miembros. Sobre esta cuestión, *vid.* LANFRANCHI, M. P., *Droit Communautaire et Travailleurs Migrants des États Tiers –Entrée et Circulation dans la Communauté Européenne*, Economica, París, 1994, pp. 20 ss.; PLENDER, R., “La libre circulation des personnes en droit européen”, en *Liberté de circulation des personnes en droit international*, FLORY, M., & HIGGINS, R., (Eds.), Economica, París, 1986, p. 61; W.R. BÖHNING, “The scope of the EEC. System of the free movement of workers: a rejoinder”, *CML Rev.*, 1973, n° 1, p. 81.

[308]

Resulta muy ilustrativo el sexto considerando de la Directiva 90/365, al señalar que “...el ejercicio del derecho de residencia sólo se considera en una posibilidad real cuando también se confiere a los miembros de la familia”. En un sentido parejo se expresa el quinto considerando de la Directiva 90/364 y el octavo considerando de la Directiva 93/96. *Vid.* Directiva 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, *DOUE* L n° 180, de 13 de julio de 1990; Directiva 90/365, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, *DOUE* L n° 180, de 13 de julio de 1990; Directiva 93/96, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, *DOUE* L n° 317, de 18 de diciembre de 1993.

[309]

El quinto considerando del Reglamento 1612/68, de

y condiciones a la del propio nacional y no a la de la figura clásica del extranjero. Por consiguiente, los reglamentos y directivas, que facilitan la movilidad de aquellos nacionales comunitarios que desean trabajar, estudiar o simplemente residir en otro Estado miembro, reconocen paralelamente a sus familiares como “beneficiarios del Derecho comunitario”, incluso aunque éstos no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

Con carácter previo, resulta oportuno indicar que el ámbito de familiares protegidos por esta legislación comunitaria, al igual que sus derechos y la extensión de éstos no siempre es el mismo³¹⁰. El ámbito de familiares que podrá trasladarse junto a él diferirá según los requerimientos del título bajo el cual el nacional comunitario esté disfrutando de dicha movilidad territorial. No obstante, esta diversidad parece tener los días contados dado que la *Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* elimina esta pluralidad de regímenes unificando los familiares que pueden acompañar al comunitario con independencia de la razón última de dicho traslado³¹¹.

*El Reglamento 1612/68, de 13 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad*³¹² reconoce en el art. 10 a instalarse con el trabajador, al cónyuge, a sus descendientes menores de 21 años, así como a sus familiares a su cargo que sean ascendientes o descendientes mayores de 21 años, independientemente de la nacionalidad que ostenten. Añadiendo el apartado segundo que los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier otro familiar si se encuentra a su cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador.

El tenor del art. 1 de la *Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la movilidad de los nacionales comunitarios en materia de establecimiento y libre prestación de servicios*³¹³ si bien es muy similar al del art. 10 del Reglamento 1612/68, incorpora ciertas diferencias que implican divergencias en cuanto al alcance personal de su ámbito de aplicación. En efecto, la presente Directiva dispone que se beneficiarán del derecho a la reunificación familiar “su cónyuge y los hijos menores de 21 años de dichos nacionales” y, por otra, “los descendientes de dichos nacionales y de su cónyuge que estén a su cargo”. Como consecuencia, tanto los nietos así como los hijos exclusivamente del cónyuge, menores todos de 21 años, se incluyen *per se* en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1612/68, pero quedan excluidos en el de la Directiva 73/148 en el caso de no encontrarse a cargo del trabajador³¹⁴. Por otra parte, es preciso poner de relieve una peculiaridad sustancial en cuanto a la vigencia del derecho de residencia de los familiares de aquellos nacionales comunitarios que son prestadores o destinatarios de servicios³¹⁵. En efecto el carácter temporal de su actividad económica acota necesariamente la duración del derecho de estancia tanto del propio trabajador como de sus familiares. En este sentido, el art. 4.3 de la Directiva 73/148 estipula que “cuando un miembro de la familia no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, se le expedirá un documento de residencia que tenga la misma validez que el expedido al nacional de quien dependa”, cuyo derecho de estancia tendrá una duración igual al de la prestación del servicio.

15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad establece que “(...) para poder ejercitarlo en condiciones objetivas de libertad y dignidad, el derecho de libre circulación exige que la igualdad de trato en todo cuanto se relaciona con el ejercicio del mismo de una actividad por cuenta ajena y con el acceso a la vivienda, quede garantizada de hecho y de derecho, y asimismo que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, sobre todo en lo referente al derecho del trabajador a hacer venir a su familia, y a las condiciones de integración de dicha familia en el país de acogida” (*DOUE L n° 257*, de 19 de octubre de 1968). *Vid.* en un sentido similar el quinto considerando de la Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (*DOUE L n° 172*, de 28 de junio de 1973).

[310]

Vid. Arts. 1 y 4 de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad; art. 1 del Reglamento (CEE) 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo; art. 1 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública; art. 1 de la Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios; art. 1.2 de la Directiva 90/364 del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; art. 1.2 de la Directiva 90/365 del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; art. 2.2 de la Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

[311]

DOUE C n° 270, de 25 de septiembre de 2001, p. 150.

[312]

Cit. supra.

[313]

Directiva de 21 de mayo de 1973, *DOUE L n° 172*, de 28 de junio de 1973.

[314]

Desde esta misma óptica MARTIN ha aludido a otra diferencia en relación, esta vez, a los “ascendientes a su cargo”. Este autor especifica que en el contexto del Reglamento 1612/68, los ascendientes del trabajador o de su cónyuge deben encontrarse necesariamente a cargo del trabajador, mientras tanto en la Directiva 73/148, éstos podrían estar a cargo o bien del trabajador o bien de su cónyuge. Desde mi parecer, la circunstancia de estar a cargo en particular del trabajador o de su cónyuge no debería tener consecuencia alguna a la hora del beneficio del derecho a la reagrupación familiar. Así pues, si se atiende a la familia como una unidad y al objetivo último perseguido por ambos instrumentos jurídicos de facilitar la movilidad de los nacionales comunitarios, el hecho de si los descendientes y ascendientes están a cargo del trabajador

Mediante las Directivas 90/364 y 90/365, de 28 de junio de 1990, y la Directiva 93/96, de 29 de octubre de 1993, se ha extendido a todos los nacionales comunitarios, aunque no ejerzan actividad económica alguna, la posibilidad de trasladarse y residir en otro Estado miembro³¹⁶. En calidad de beneficiarios indirectos, tales Directivas reconocen igualmente el derecho a establecerse en el nuevo país de residencia a los familiares de las categorías titulares. No obstante, su alcance personal resulta más restrictivo que el instituido en las anteriores disposiciones. En efecto, el art. 1.2 de las Directivas 90/364 y 90/365 consagra como beneficiarios, además del cónyuge y los ascendientes, sólo a aquellos descendientes que estén a cargo del titular del derecho de residencia, con independencia de que su edad sea inferior a 21 años. De carácter más restringido resulta aún el tenor de la Directiva 93/96, concerniente al derecho de residencia de los estudiantes, ya que su art. 1 reconoce exclusivamente como beneficiarios del Derecho comunitario a su cónyuge y a los hijos a su cargo, negando, por tanto, cualquier derecho a la reagrupación familiar de los ascendientes. De este modo, los estudiantes se convierten en aquella categoría de ciudadanos comunitarios que se desplaza cuyo derecho a hacerse acompañar por su familia tiene un carácter más restrictivo³¹⁷.

3.2. La Directiva 2003/86 del Consejo de 22 de septiembre de 2003: hacia una armonización sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea

Cuando se trata de los nacionales de terceros países la situación es bien distinta en relación a la reagrupación familiar. En primer lugar, hasta hace escasos meses, el ejercicio de esta prerrogativa por parte de los ciudadanos extracomunitarios residentes en los distintos Estados miembros no se encontraba armonizado sino que su reglamentación era de origen estrictamente interno. La razón última de esta falta de comunitarización es que, hasta el Tratado de Amsterdam, la Comunidad Europea no ha tenido, salvo en aspectos muy puntuales, competencias en cuanto a la situación jurídica de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en el territorio de la Unión. Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, se ha iniciado el proceso hacia la armonización de importantes aspectos relativos al *status* del nacional de tercer país en la Unión³¹⁸. Fruto de este proceso de armonización ha sido la aprobación por parte del Consejo de la *Directiva 2003/86, de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar*³¹⁹. Y, en segundo lugar, a diferencia de la normativa comunitaria esbozada bajo términos amplios y beneficiaria de una interpretación generosa por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el régimen de los ciudadanos extracomunitarios incluso tras la armonización se caracteriza, como será objeto de desarrollo a lo largo de este capítulo, por la rigidez y dureza del sistema instaurado.

Sin detenerme sobre el proceso en sí mismo de reagrupación familiar fijado por la Directiva 2003/86, que será objeto de análisis en el epígrafe correspondiente, quisiera abordar aspectos tales como el objetivo último de la armonización acaecida, su lento *iter* legislativo al tiempo que aportar unas breves reflexiones sobre el resultado alcanzado.

o, por el contrario, de su cónyuge, conlleva la misma trascendencia. Y ello es así, porque en ambos casos la negativa a su reagrupación familiar puede suponer un obstáculo importante a la movilidad del trabajador. Vid. MARTIN, D., *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 258.

[315]

Aunque ni el Tratado de Roma ni la Directiva 73/148 hagan mención alguna al destinatario de servicios, según reiterada jurisprudencia del TJUE la libre circulación de servicios se extiende tanto al prestador como al destinatario de la prestación. Vid. *inter alia*, sentencia de 31 de enero de 1984, asunto 286/82 y 26/83, *Graziana Luisi et Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro*, Rec. 1984, p. 377.

[316]

Cit. supra.

[317]

Desde mi parecer, esta restricción resulta injustificada por dos razones. En primer lugar, la idea de que el estudiante es una persona joven que rara vez se encuentra a cargo de sus progenitores puede tener importantes excepciones en la práctica. Y, en segundo lugar, el riesgo que parece se intenta paliar de una residencia definitiva por parte de los ascendientes en el territorio de acogida, es un miedo infundado ya que la estancia del estudiante y, por tanto, de sus familiares siempre se encuentra limitada a al tiempo que dure la formación académica.

[318]

Sobre el origen, naturaleza y caracteres de este estatus jurídico del nacional de tercer país en la Unión Europea, vid. *amplius*, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en el Unión*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, en particular pp. 49-54; RUILOBA ALVARINO, J., "Hacia un *status* jurídico armonizado de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea, en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Centro Universitario Ramón Carande, Madrid, 1999, pp. 205-211; PÉREZ VERA, E., "Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers", *R. des C.*, 1996, vol. 261, pp. 247-425.

[319]

DOUE L nº 251, de 3 de octubre de 2003, pp. 12 ss. Para un estudio detallado sobre esta Directiva, vid. ALVÁREZ RODRÍGUEZ, A., "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)", en <http://www.reicaz.es>; BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., "La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre: hacia una armonización de la reagrupación familiar en la Unión Europea", *Actas del II Congreso sobre la familia en el siglo XXI (celebrados en Madrid, Valencia y Sevilla en marzo 2004)*, en pp. 417-426. Ha de mencionarse que el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, de conformidad, con los artículos 1 y 2, respectivamente, del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda, y del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejos al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea no participarán en la adopción de la presente directiva ni estarán sujetos por su aplicación. Vid. Considerandos 17 y 18 de la Directiva 2003/86.

Con el fin de instaurar un “espacio de libertad, seguridad y justicia”, las instituciones comunitarias gozan de competencias desde el mencionado Tratado de Amsterdam para legislar, entre otros ámbitos materiales, sobre controles fronterizos exteriores, asilo e inmigración. En esta andadura, el Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999 en el marco de la futura política común de inmigración insistió que ésta debe atender, entre otras cuestiones, a garantizar un trato justo de los nacionales de terceros países residentes legales en el territorio de la Unión. En concreto, los Estados miembros acordaron reconocerles una serie de derechos y prerrogativas comparables a las de los ciudadanos de la Unión con el fin de conseguir una integración con éxito. Entre las prerrogativas que deben conformar el estatuto jurídico del residente legal en la Comunidad aflora el derecho a la reagrupación familiar en tanto que instrumento necesario para salvaguardar el derecho internacionalmente reconocido de toda persona a la vida en familia. Además, garantizar al inmigrante esta convivencia familiar comporta, en palabras de la Directiva 2003/86, “la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad”³²⁰.

Sin menoscabar los instrumentos jurídicos precedentes, sobre todo en cuanto a foros de discusión y reflexión se refiere³²¹, se puede afirmar que es con la etapa iniciada por el Tratado de Amsterdam cuando se asiste a un avance concreto con el fin de aproximar las legislaciones estatales en materia de reagrupación familiar. En particular, el Tratado prevé en su art. 63.3 que “en un plazo de cinco años se elabore una reglamentación sobre condiciones de entrada y de residencia, así como normas relativas a los procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados y de permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar”.

Atendiendo a dicho imperativo legal, la Comisión no tardó en presentar, el 1 de diciembre de 1999, una “Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar”³²². A ésta siguió en el tiempo, el 10 de octubre de 2000, una nueva Propuesta modificada de Directiva³²³. No obstante, dado que los progresos en torno a su aprobación definitiva estaban resultando menos rápidos y sustanciales de lo previsto, el Consejo Europeo de Laeken, de 14 y 15 de diciembre de 2001³²⁴, instó a la Comisión a elaborar una nueva propuesta modificada. Atendiendo a esta petición, la Comisión presentó el 2 de mayo de 2002 una nueva versión modificada³²⁵, que vería la luz definitiva mediante la *Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar*, publicada el 3 de octubre de 2003 en el Diario Oficial de la Unión Europea. Esta versión aprobada por el Consejo conservará todo el acervo de dos años de negociaciones, aportando un nuevo enfoque sobre ciertos puntos difíciles que conllevaron el bloqueo de las negociaciones³²⁶.

Y llegados a este punto hemos de cuestionarnos, tras este largo y espinoso proceso a efecto de conseguir un consenso entre los Estados miembros si se ha conseguido algo más que esa ansiada aquiescencia, es decir que un texto admisible para todos los Estados. En definitiva, ¿se ha alcanzado ese objetivo último que es garantizar un derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países residentes en la Unión en el marco de un trato justo para éstos

[320]

Considerando cuarto de la Directiva 2003/86.

[321]

Así podemos destacar la “Resolución sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reunificación familiar” concluida, el 1 de junio de 1993, en Copenhague, o la “Propuesta de Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros”, en cuyo texto se incluyen asimismo normas relativas a la reagrupación familiar. La Resolución no se encuentra publicada en *Diario Oficial de las Comunidades*; no obstante su texto puede verse en el Documento SN 282/1/93 WGI 1497 Rev. 1, por su parte, la Propuesta de Convenio, se encuentra en COM (97) 387 final.

[322]

Documento COM (1999) 683 final; DOUE C n° 116, de 26 de abril de 2000, p. 66. Sobre esta iniciativa puede consultarse CANEDO ARRILLAGA, M. P., “La Propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, en CALVO CARAVACA, A. L., y IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 121-142. Asimismo para un estudio comparativo entre esta propuesta comunitaria y la LO de extranjería 4/2000, modificada por la LO 8/2000, *vid.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., y GRIEDER MACHADO, H., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, en RODRÍGUEZ BENOT, A., y HORNERO MÉNDEZ, C., (Coord.), Comares, Granada, 2001, pp. 97-144.

[323]

COM (2000) 624 final; DOUE C n° 135, de 7 de mayo de 2001, p. 174.

[324]

Conclusiones de la Presidencia, Laeken, apdo. 38.

[325]

COM (2002) 225 final; DOUE C n° 203, de 27 de agosto de 2002, p. 136.

[326]

El nuevo enfoque seguido a efecto de garantizar el éxito de las negociaciones ha conllevado la instauración de varias etapas y de una mayor flexibilidad. En primer lugar, a efecto de conseguir la ansiada armonización ha sido necesario fijar varias etapas, así pues se fija la próxima cita para examinar la siguiente etapa de la aproximación de las legislaciones sobre admisión a efectos de reagrupación (art. 19 Directiva 2003/86). Y, en segundo lugar, la propuesta aprobada ofrece mayor flexibilidad sobre aquellos puntos donde persistía el bloqueo. Dicha flexibilidad conllevará no sólo que las legislaciones nacionales disfruten de un margen de maniobra sino incluso, en ciertos casos, el reconocimiento de excepciones con el fin de mantener determinadas especificidades de las legislaciones vigentes.

inspirado en el estatuto del ciudadano europeo? Desgraciadamente, la respuesta sencillamente es no. Como se constatará al hilo del estudio relativo a las formalidades exigidas en el proceso de reagrupación y fundamentalmente en relación a los familiares reagrupables, el texto gestado adolece de tres grandes males³²⁷: primero, el derecho a la reagrupación familiar reconocido es muy restrictivo y, por ende, en nada comparable al que disfrutaban los ciudadanos de la Unión; en segundo lugar, ampara un desarrollo legislativo estatal tan diverso que en algunos aspectos pone en entredicho la propia armonización y, en tercer lugar, la utilización de cláusulas abiertas y de términos jurídicos indeterminados puede conllevar fácilmente prácticas estatales llenas de discrecionalidad a la hora de su interpretación y aplicación³²⁸.

4. Legislación española

Mientras se fragua dicha armonización, la normativa española fija en el capítulo II de la LO 4/2000 la reglamentación relativa a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países residentes legales en España. La primera versión dada por la LO 4/2000, antes de la reforma operada por la LO 8/2000, fue de carácter más escueta al destinar exclusivamente dos preceptos, los arts. 16 y 17, a efecto de reglamentar el procedimiento y los familiares reagrupables de los extranjeros residentes en nuestro país. Mediante la reforma operada por la LO 8/2000 que incorpora dos nuevos preceptos, la reglamentación se estructura de la siguiente manera: el art. 16 consagra el derecho a la intimidad familiar, el art. 17 enumera el elenco de los familiares reagrupables, el art. 18 esboza el procedimiento para la reagrupación familiar y el art. 19 atiende a los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.

El régimen fijado por la ley de extranjería ha sido objeto de desarrollo mediante la aprobación del Reglamento de ejecución por el R.D. 864/2001, de 20 de julio³²⁹. A efecto de completar el marco legal interno no podemos obviar que el 20 de marzo de 2003 el Tribunal Supremo ha confirmado la nulidad de varios preceptos del Reglamento de ejecución, entre los que se encuentran afectados los arts. 41.5 y 49.2 d) e), relativos a la reunificación familiar³³⁰. Entre otras circunstancias³³¹, esta resolución ha conllevado una nueva reforma de la Ley de extranjería mediante LO 14/2003, de 20 de noviembre, que, entre otras cuestiones, afecta a los mencionados artículos 17, 18 y 19.

El artículo 16 establece que “los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España”. Como consecuencia de este reconocimiento, el apartado segundo reconoce expresamente que “los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”. La actual ley de extranjería, a diferencia de la anterior LO 7/1985, alude por primera vez y de forma expresa al derecho del inmigrante a reagruparse con sus familiares en nuestro país³³². Se trata de un reconocimiento unilateral y exclusivo para los extranjeros residentes eliminándose la doble titularidad de este derecho, tanto a reagrupados como reagrupantes, que parecía desprenderse de la primera versión de la actual LOEXIS³³³.

[327]

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre: hacia una armonización de la reagrupación familiar en la Unión Europea”, *cit.*

[328]

ALVÁREZ RODRÍGUEZ, A., “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”, p. 12.

[329]

BOE de 21 de julio de 2001.

[330]

Cit. supra.

[331]

Según especifica la Exposición de motivos de la LO 14/2003 los acontecimientos que han conllevado la reforma de esta ley pueden sintetizarse en los siguientes. En primer lugar, el considerable incremento producido del número de residentes legales en los últimos años al que se une la constatación de un cambio en las formas en las que se produce el hecho migratorio del que nuestro país es receptor. En segundo término, la necesidad de adaptar la normativa interna en esta materia a la normativa comunitaria gestada en los dos últimos años. Y, en tercer lugar, en palabras de la LO 14/2003, “incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo que han aconsejado revisar diversos aspectos de la legislación vigente”.

[332]

En efecto, la anterior LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, tan sólo se refería a la reagrupación familiar de forma incidental al hilo de las distintas situaciones en las que los extranjeros podían encontrarse en nuestro país. El art. 13.3 tras reconocer que “el permiso de residencia se podrá conceder a los menores de dieciocho años y a los incapacitados”, especificaba que “También podrá incluirse a unos y a otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encuentren, si ésta así lo solicita”. El Reglamento de desarrollo de esta Ley 7/1985 y una Orden Ministerial de 8 de enero de 1999 confirmarían la existencia de este derecho y pasarían a fijar sus requisitos.

[333]

El art. 16.2 en la primera versión de la LO 4/2000 disponía: “Los familiares de los extranjeros que residen en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tienen derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente”.

El siguiente precepto, el artículo 17, enumerará los miembros de la familia sobre los cuales puede versar la reagrupación. El núcleo básico de estos posibles reagrupados está formado por: el cónyuge, los hijos del residente y del cónyuge, menores de dieciocho años o incapacitados, los menores de edad o incapaces cuando el residente tenga su representación legal y, por último, los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, siempre que estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Asimismo tras la reforma acaecida por la LO 14/2003 este art. 17 esboza la llamada “reagrupación en cadena”, es decir la posibilidad, o mejor dicho imposibilidad, para aquellos extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación para ejercer, a su vez, el derecho a la reagrupación familiar de sus propios familiares. En efecto, mediante la mencionada reforma de la Ley de extranjería que exigirá un permiso independiente para ejercer el derecho a la reagrupación familiar más que acatar la sentencia de marzo del Supremo, “convierte en ley los puntos anulados”³³⁴, poniendo así un fuerte freno a la reagrupación en cadena.

Por su parte, el art. 18 establece el procedimiento al hilo que especifica los requerimientos para solicitar con éxito esta prerrogativa básica a la reagrupación familiar. En particular, los extranjeros deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de sus familiares, aportando asimismo la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficiente para atender a las necesidades de la familia.

Para finalizar, el art. 19 establece los efectos de la reagrupación familiar según se denomina “en circunstancias especiales”. En definitiva, este precepto tiene su origen en una enmienda presentada en el Congreso con el fin de concretar el modo en que el cónyuge y los hijos reagrupados pueden obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante.

Cuando se trata de los nacionales de Estados miembros, así como de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, ese régimen jurídico benévolo y flexible que consagran desde los años sesenta las mencionadas Directivas y Reglamentos comunitarios, se desarrolla en España a través del R.D. 178/2003, de 14 de febrero³³⁵. Este R.D. 178/2003 ha derogado al R.D. 766/1002, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia de nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, así como el R.D. 737/1995, de 5 de mayo, que modificaba, y el R.D. 1710/1997, de 14 de noviembre.

Una vez realizada esta panorámica sobre la normativa reguladora con el objeto de ejercer la reunificación familiar en España, nos detendremos, a continuación, en las mayores dificultades que afloran a la hora de concretar los familiares reagrupables así como en el cumplimiento de los requisitos y formalidades administrativas exigidas.

[334]

En palabras de SOS Racismo en el *Diario El País*, lunes 22 de diciembre de 2003, p. 18.

[335]

Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros en la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *BOE* de 22 de febrero de 2003. Sobre el contenido y consecuencias de este Real Decreto, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P. “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *La Ley*, nº 5771, 30 de abril de 2003, 1-13.

III. FAMILIARES REAGRUPABLES

1. El cónyuge del residente

La Ley de extranjería enumera al cónyuge entre los familiares que puede reagrupar el extranjero residente en España. En particular esta posibilidad se consagra en el art. 17 a) que tiene el siguiente tenor:

“El extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes:

- a) *El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”.*

De la lectura de este precepto se advierte que el cónyuge a reagrupar, o más exactamente el vínculo marital del que se deriva este estado civil, ha de cumplir una serie de requisitos básicos que al encontrarse impregnados de la cultura cristiano-occidental en la que vivimos conllevan, en determinados aspectos, una confrontación con la noción de matrimonio existente en el Islam³³⁶. En concreto, nuestra Ley de extranjería condiciona la reagrupación del cónyuge al cumplimiento de las siguientes condiciones: a) la existencia de un vínculo marital; b) no encontrarse separado de hecho o de derecho; c) que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley, es decir que no estemos ante los llamados “matrimonios de conveniencia o de complacencia”; d) en el caso de matrimonios poligámicos la imposibilidad de reagrupar a más de un cónyuge y; e) en el supuesto de segundas nupcias será imprescindible acreditar que la separación se realizó mediante un procedimiento jurídico que cumplía una serie de requisitos. Como será objeto de desarrollo en las siguientes páginas, cuando se trata de matrimonios coránicos, las mayores dificultades a la hora de la reagrupación del cónyuge la encontramos, por un lado, ante la existencia de uniones polígamas, dado que al permitirles el derecho musulmán esta prerrogativa está presente en su estatuto personal, y por otro, ante la dificultad de reconocer ciertas instituciones que conllevan en la cultura musulmana la disolución del vínculo marital y son desconocidas e, incluso contrarias, para nuestro ordenamiento jurídico.

1.1. La existencia de un vínculo marital.

La problemática de las parejas de hecho

La unión marital es un ejemplo meridiano de que el derecho no siempre progresa al tiempo de la realidad social. Así pues, nadie duda que hoy en día el modelo tradicional de familia ha evolucionado de modo que ampara otro tipo de unio-

[336]

En este sentido, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *(La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, 2002, p. 200 y “La adecuación del sistema matrimonial a las necesidades de la inmigración en el Estado español, *Actas del III Congreso de Inmigración en España*. Granada, 6 a 9 de noviembre de 2002. p. 329) destaca que “el Derecho civil español para una persona judía o musulmana no es sino la versión española del matrimonio cristiano”.

nes distintas al matrimonio, si bien el derecho no parece conocer dicho cambio. Además, la legislación de extranjería, preocupada siempre de la consecuencia cuantitativa opta por obviar esa realidad y con ella evita la entrada de otro nuevo colectivo: las parejas de hecho de los extranjeros residentes. Al igual que el art. 17 a) de la LOEXIS, la reciente Directiva 2003/86 que fija las pautas a efectos de armonizar el derecho a la reagrupación familiar en la Unión Europea, alude igualmente en su art. 4. 1 a) “al cónyuge del reagrupante”. No obstante, esta Directiva comunitaria deja abierta la posibilidad para que los legisladores internos mediante su normativa de desarrollo puedan permitir la entrada de parejas estables no casadas. En este sentido, este mismo art. 4 en su apartado tercero establece que “Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5...”. De este modo, la Directiva comunitaria se limita a amparar esa posibilidad que se mantiene íntegramente en manos del legislador estatal³³⁷. Ahora bien, si bien es cierto que generalmente los textos utilizan el término “cónyuge” no faltan aquellos que aluden expresamente a las uniones no matrimoniales. La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora de la condición de refugiado admite la reagrupación de la persona “con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia”(art. 10.1).

Pese a esta actitud restrictiva, que desde mi parecer atiende a motivaciones sobre todo de número, las instancias jurisdiccionales parecen mediante sus resoluciones reconocer el cambio existente con respeto al modelo de familia tradicional equiparando así la situación de la pareja de hecho a la del cónyuge.

En primer lugar, podemos destacar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que desde su sentencia de 17 de abril de 1986, en el asunto *Reed*, estimó, sobre la base del principio de no discriminación, que debe equipararse la situación del cónyuge a la pareja de hecho siempre que la legislación del Estado de acogida realice dicha equiparación para sus nacionales³³⁸. Mediante esta resolución el TJUE, en primer lugar, afirma que, hasta que la evolución social muestre en todos los Estados miembros una equiparación jurídica de la convivencia *more uxorio*, a nivel comunitario la palabra cónyuge hace referencia necesariamente a una relación fundada en un vínculo marital. No obstante, en segundo lugar, esta instancia jurisdiccional atendiendo a que dicha evolución está plenamente aceptada en ciertos Estados miembros, obliga a éstos a que permitan la reagrupación de las parejas de hecho de los ciudadanos comunitarios que residan en sus territorios³³⁹. Lamentablemente, esta opción no se extiende mediante la Directiva 2003/86 para los nacionales de terceros países, sino que se limitará a dejar tal posibilidad, a título discrecional, al legislador estatal. Con ello, si un Estado miembro conoce un estatuto propio de la pareja de hecho equiparable a la casada, tendrá necesariamente que admitir, sobre la base del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, la entrada y residencia a la pareja del nacional comunitario pero no necesariamente a la del nacional de tercer país al ser esta última opción discrecional por parte del legislador.

[337]

Cuando se trata de los nacionales de la Unión la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, incluye entre los beneficiarios del Derecho comunitario europeo y, por ende, entre los familiares que pueden acompañar la entrada y la residencia de éste a otro Estado miembro no sólo el cónyuge sino asimismo a la pareja de hecho. No obstante, el legislador comunitario se limita aquí a permitir la residencia de la pareja de hecho sin que exista matrimonio “si la legislación del Estado miembro de acogida asimila la situación de las parejas no casadas a la de los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación”. Con ello, el Derecho comunitario europeo no admite genéricamente la reagrupación de la pareja de hecho, sino que se limita a no ignorar al tiempo que no imponer esta evolución social ya que equipará el cónyuge no casado al casado cuando la legislación del Estado miembro de acogida prevé tal estatuto y en las mismas condiciones previstas por la legislación de dicho Estado miembro.

[338]

Asunto 59/85, *Estado neerlandés c. Ann Florence Reed*, Rec. 1986, pp. 1300 ss.

[339]

Estados miembros de la Unión Europea como Dinamarca, Suecia, Holanda y Reino Unido reconocen la posibilidad de reagrupar a las parejas de hecho, incluidas las uniones homosexuales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al tratar la situación de la pareja de hecho opta asimismo por un criterio flexible admitiendo como modelo de familia digno de protección jurídica todo vínculo de afectividad lo suficientemente estrecho aunque no sea fruto de una unión marital. Este TEDH se ha expresado claramente en su sentencia de 13 de junio de 1979 al considerar que a la luz de las concepciones que prevalecen en nuestros días en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, el término “vida familiar” del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos engloba las relaciones que resulten de una unión no matrimonial³⁴⁰.

Y, en tercer lugar, la justicia española, a través tanto de resoluciones del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional ha insistido que la noción de cónyuge ha de incluir asimismo las uniones de hecho y que la familia constitucionalmente protegida no es sólo aquella tradicional cuyo origen es el matrimonio. Sobre esta base, la práctica jurisprudencial relativa a la Ley 7/1985 venía admitiendo la reagrupación familiar de las parejas de hecho no casadas que acreditaban una convivencia estable con el extranjero residente³⁴¹. Sin embargo, la actual Ley de extranjería 4/2000 parece limitar hoy mediante el tenor de su redacción dicha posibilidad.

A la luz de esta dificultad manifiesta por parte de la legislación española a efectos de reagrupar a la pareja de hecho, la crítica a esta norma no es sólo atendiendo al modelo restrictivo y tradicional que ampara, “sino por lo discriminatoria que resulta, pues utiliza distinto rasero en atención a cuál sea la nacionalidad del sujeto que solicita la reagrupación”³⁴². En efecto, esta restricción no sólo resulta anacrónica a nuestro tiempo, sino que es muy distinta a la que reciben no sólo los españoles sino también otros extranjeros como los comunitarios o los que tienen reconocidos su condición de refugiado.

1.2. No encontrarse separado de hecho o de derecho

Entre las exigencias marcadas por la Ley española de extranjería a efectos de reagrupar al cónyuge se incluye que la pareja no podrá encontrarse separada de hecho o de derecho. En relación a este precepto se hace obligado una reflexión sobre el alcance y significado de este requerimiento.

En primer término, esta exigencia de la LOEXIS, de no estar los cónyuges separados de hecho ni de derecho, contrasta con la legislación comunitaria. En efecto, cuando se trata de la reagrupación de un cónyuge de ciudadano europeo o del Espacio Económico Europeo, la normativa comunitaria se limita a exigir la no separación legal. Siguiendo esta misma lógica, se expresa el R.D 178/2003, de 14 de febrero, que desarrolla la entrada y permanencia en España de los beneficiarios del Derecho comunitario, así su art. 2 a) incluye dentro de su ámbito de aplicación “a su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho”. El TJUE en el asunto *Diatta* aclaró que el requisito del vínculo conyugal no exige forzosamente la convivencia bajo el mismo techo con carácter permanente³⁴³. De este modo, hasta que el vínculo marital no haya sido disuelto por autoridad judicial competente, el cónyuge de un nacional de un Estado miembro o del Espacio Económico Europeo podría beneficiarse de las disposiciones del Derecho comunitario relativas a la reagrupación familiar y del subsiguiente derecho de entrada y residencia en el Estado miembro donde se traslade el cónyuge.

[340]

Vid. asimismo la sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, parás. 62 y 63.

[341]

Según asienta el Fundamento de Derecho noveno de la sentencia del TS de 6 de junio de 2000: “Cabe concluir, según la jurisprudencia que ha quedado recogida, que concurre una situación de unión de hecho similar a la conyugal estable y continuada como circunstancia excepcional suficiente para justificar, a tenor de la doctrina reiterada de esta Sala sobre reagrupación familiar, la exención de visado”.

[342]

En palabras de LÓPEZ BARBA, E., y GARCÍA SAN JOSÉ, D., “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, nº 64, 2001, p. 58.

[343]

Sentencia de 13 de febrero de 1985, asunto C-267/83, *Aissatou Diatta c. Land Berlin* (Rec. 1985, p. 1739). Incompatible con esta interpretación parece resultar el art. 2 del R.D. 178/2003, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, dado que exige a efectos de reagrupación familiar “el mantenimiento de un vínculo de convivencia estable y permanente”.

En segundo lugar hay que destacar la inconveniencia que aflora en la práctica en cuanto a la exigencia fijada por la LOEXIS de la no separación no sólo de derecho sino también de hecho a efectos de reagrupación del cónyuge. Sin duda, esta convivencia de hecho requerida no sólo presenta dificultades en cuanto a su prueba³⁴⁴ sino que, además, dicha separación fáctica se arbitra como la única posibilidad para los cónyuges durante el período que transcurre desde que el reagrupante viene a España hasta que reagrupa a su familia³⁴⁵.

1.3. Matrimonio celebrado en fraude de ley.

El caso de los matrimonios de conveniencia

El art. 17. 1 a) instaura una segunda exigencia para la admisión de la reagrupación del cónyuge: que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Con dicho requerimiento se quiere asegurar que el matrimonio sea auténtico poniendo así freno a una práctica que se ha generalizado en nuestros días, los llamados matrimonios de conveniencia³⁴⁶. Éstos son matrimonios fraudulentos en el sentido de que su finalidad principal es eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia fijada por las leyes de extranjería. La mayor parte de estas uniones se celebran entre españoles con nacionales de terceros países fuera de España, si bien no son tampoco extraños los celebrados en territorio español entre ciudadanos españoles o de Estados miembros con extranjeros ilegales. Buena prueba de ello son el número creciente de Resoluciones dictas por la Dirección General del Registro y el Notariado en los últimos años, así en el año 2001 de un total de 761 Resoluciones, 87 es decir más de un 10% abordaron la cuestión de la inscripción en el Registro Civil de uniones contraídas por españoles en el extranjero³⁴⁷. Dada la existencia en todos los países de la Europa comunitaria de políticas restrictivas en materia de extranjería este tipo de uniones en fraude de ley se ha generalizado en nuestro tiempo, hecho que ha llevado al legislador estatal y comunitario a articular una respuesta al creciente fenómeno.

A nivel estatal hemos de destacar la Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado, de 9 de enero de 1995, sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero³⁴⁸ y la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería³⁴⁹. La actual práctica española si bien considera que contraer matrimonio es un derecho básico de toda persona, sea ésta española o extranjera, considera que esto no es óbice para que el Estado intente controlar y erradicar estos matrimonios de conveniencia amparándose para ello en que “*la autonomía de la voluntad en el ejercicio del ius connubi... tiene determinados límites legales –algunos de los cuales son a su vez expresión de exigencias derivadas de la propia naturaleza del matrimonio– que condicionan su ejercicio*”³⁵⁰.

Por su parte, las instituciones comunitarias también han prestado especial atención al fenómeno de los llamados matrimonios de conveniencia. Así el 4 de diciembre de 1997, el Consejo de la Unión ha dictado una *Resolución sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos*³⁵¹. Mayor cautela si cabe frente a estos matrimonios de conveniencia se muestra en la recientemente aprobada Directiva 2003/86, de 22 de sep-

[344]

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., Y GRIEDER MACHADO, H., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.): *El nuevo derecho de extranjería*, Granada, Comares, 2000, p. 118.

[345]

MOYA ESCUDERO, M., “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería”, *La Ley*, 4982, 1 de febrero de 2000, 1696.

[346]

Vid. inter alia, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; y GRIEDER MACHADO, H., “El matrimonio de conveniencia”, *Boletín informativo del Ministerio de Justicia*, nº 1879, 15 de octubre de 2000, pp. 3213 ss.; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Matrimonio de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *Actualidad civil*, 1998, nº 6, 9 al 15 de febrero de 1998, margs. 129 ss.; FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 628 ss.; GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *Actualidad Civil*, nº 18, 1999, pp. 451 ss.; DIAGO DIAGO, P., “Matrimonios por conveniencia”, *Actualidad civil*, nº 14, 1996, pp. 329 ss.

[347]

De las 87 Resoluciones mencionadas en el año 2001, 44 de ellas aceptaron la inscripción, mientras que 43 optaron por la denegación. En sentido positivo puede citarse, *ad exemplum* la Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado (en adelante, RDGRN) de 6 de marzo de 2001, *BIMJ*, nº 1893, de 15 de mayo de 2001, pp. 1810 ss.; RDGRN de 12 de mayo de 2001, *BIMJ* nº 1897, de 15 de julio de 2001, pp. 2416 ss.; RDGRN de 9 de julio de 2001, *BIMJ* nº 1902, de 1 de octubre de 2001, pp. 3162 ss.; RDGRN de 15 de octubre de 2001, *BIMJ* nº 1906, de 1 de diciembre de 2001, pp. 4020; RDGRN de 23 de octubre de 2001, *BIMJ* nº 1907, de 15 de octubre de 2001, pp. 4215. En sentido negativo, pueden mencionarse las siguientes: RDGRN de 6 de marzo de 2001, *BIMJ* nº 1893, de 15 de mayo de 2001, pp. 1812 ss.; RDGRN de 14 de mayo de 2001 de 2001, *BIMJ* nº 1897, de 15 de julio de 2001, pp. 2420 ss.; RDGRN de 15 de octubre de 2001, *BIMJ* nº 1906, de 1 de diciembre de 2001, pp. 4027 ss.; RDGRN de 15 de octubre de 2001, *BIMJ* nº 1906, de 1 de diciembre de 2001, pp. 4035 ss.; RDGRN de 12 de noviembre de 2001, *BIMJ* nº 1908-1909, de 15 de enero de 2002, pp. 273 ss. Para un elenco más detallado sobre estas Resoluciones de la Dirección General del Registro y el Notariado, *vid.* ESPLUGUES MOTA, C., “Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, en RODRÍGUEZ BENOT, A., (Dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII-2002, pp. 122 ss.

[348]

BOE de 25 de enero de 1995.

[349]

El texto puede verse en <http://www.extranjeria.info>.

[350]

Apartado II de la Circular 1/2002.

[351]

DOUE C nº 382, de 16 de diciembre de 1997.

tiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. Así pues, su art. 4.5. dispone que “Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante”. Mediante este precepto, en manos del legislador estatal se encuentra la potestad de no permitir el inicio del procedimiento de la reagrupación hasta que el reagrupado no sea mayor de 21 años. Desde mi punto de vista, esta medida es no sólo exagerada como medida de lucha frente a los matrimonios de conveniencia sino, incluso, diría que casa difícilmente con los numerosos instrumentos de Derecho internacional que protegen la vida familiar y a los cuales, según sienta el considerando segundo de la Directiva, deben respetar las medidas fijadas en la misma³⁵². Como ha puesto de relieve, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ³⁵³, mediante este precepto, se faculta a los Estados miembros para introducir una norma material imperativa por la que se incrementa la edad para poder beneficiarse en tanto que cónyuge de la reagrupación familiar, chocando claramente con los ordenamientos internos de los Estados miembros donde el consentimiento puede ser otorgado válidamente a una edad muy inferior³⁵⁴.

1.4. Los matrimonios poliágamicos

La legislación española de extranjería niega la posibilidad al extranjero residente de reagrupar a más de un cónyuge, con independencia de que el estatuto personal de los contrayentes admitiese las uniones poliágamicas.

Mediante la excepción de orden público internacional se impide en España el reconocimiento de las uniones poliágamicas en tanto que se consideran atentadas contra “la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio”. De este modo, aunque este tipo de uniones fuese conforme a la ley personal de los cónyuges sería imposible la inscripción del segundo matrimonio pues a la luz de nuestro ordenamiento se carece de capacidad para la celebración del mismo por existencia de ligamen previo. Con respecto a la reunificación del cónyuge en supuesto de uniones poliágamicas la LOEXIS se limita a especificar que en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge. Con ello, parece ampararse el conocido como “efecto atenuado” del orden público ya que la ley de extranjería lejos de una negativa absoluta a reconocer cualquier efecto a las uniones poliágamicas, que conllevaría la inexistencia de la segunda unión, sólo se preocupa en limitar la reagrupación a un solo cónyuge³⁵⁵.

En términos semejantes se expresa la recientemente aprobada Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar al considerar en su art. 4.4. que “en caso de matrimonio poliágamico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación de otro cónyuge”³⁵⁶. La razón de ser de esta medida aparece en el Considerando onceavo de esta Directiva 2003/86 al instituir que “El derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse en el debido respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que refiere a los derechos de las mujeres y los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poliágamicas”³⁵⁷.

[352]

Dice así el Considerando segundo “Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

[353]

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, C., “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”, en <http://www.reicaz.es>, p. 9.

[354]

En el Ordenamiento jurídico español el art. 46 del Código Civil especifica que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados. De este modo, la edad mínima para contraer matrimonio se sitúa en los 18 años en el caso de no estar emancipado, a cuyo estado puede acceder cumplidos los 16 años por concepción de quienes ejerzan la patria potestad según sienta el art. 317 del Código Civil. Además esa edad para contraer nupcias puede bajar a los catorce años mediante dispensa del Juez de Primera Instancia siempre que medie justa causa y a instancia de parte (párrafo segundo del art. 48 del Código Civil).

[355]

En este sentido, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; Y GRIEDER MACHADO, H., cit., 125. Estos autores basan la admisión de una posible atenuación del orden público en cuanto al reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio poliágamico en varias resoluciones de la DGRN, *inter alia*, de 14 de septiembre de 1994, de 3 de diciembre de 1996, de 20 de febrero de 1997, de 31 de marzo de 1998 y de 18 de mayo de 1998.

[356]

El anterior texto de la Propuesta de esta Directiva añadida que “En caso de matrimonio poliágamico, ...no autorizará la entrada y residencia de otro cónyuge, ni de los hijos de este último, sin perjuicio de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989”. Este texto aportaba mayor complejidad sobre todo en relación a los hijos frutos del cónyuge no reagrupado al no aclararse en la disposición si la negativa de entrada alcanzaba a los hijos comunes a ambos o solo los del cónyuge. Sobre el sentido y alcance de esta disposición, *vid.* CANEDO ARRILLAGA, M. P., “La Propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, en CALVO CARAVACA, A. L., y IRIARTE ÁNGEL, J. L., (coords): *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, 2001, 134-141; I. LÁZARO GONZÁLEZ, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia en la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, en *Migraciones*, 12, diciembre 2002, 43-80; LÓPEZ BARBA, E., “El cónyuge en la nueva perspectiva jurídica del derecho a la reagrupación familiar”, en *III Seminario sobre la inmigración extranjera en Andalucía*, cit., p. 73.

[357]

Ante esta postura ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (“Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario...”, cit., p. 8), critica irónicamente que “Ciertamente, supondría una gran revolución aceptar varios cónyuges simultáneos puesto que el vetusto Continente es excesivamente coherente al sólo admitir la poliagamia sucesiva, uno se casa y se divorcia cuantas veces quiera pero el matrimonio siempre debe responder a la monogamia”.

1.5. Las segundas nupcias y el procedimiento jurídico de la separación

Por último, la LOEXIS estipula que el extranjero residente, que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias, para reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares ha de acreditar que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un *procedimiento jurídico* que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión del cónyuge y los alimentos para los menores dependientes. Sobre este precepto me gustaría realizar una aclaración en torno al hecho de estar separado y, en segundo lugar, una reflexión sobre los caracteres de ese “procedimiento jurídico”.

Atendiendo al tenor literal del art. 17.1 LOEXIS aquel extranjero residente que “se encuentre separado de su cónyuge” y casado en segundas nupcias podrá reagrupar a este nuevo cónyuge. Hay que poner de relieve que la LOEXIS pese a mencionar que el extranjero ha de estar separado, parece obviar el alcance exacto que tiene “la separación matrimonial” en el ordenamiento jurídico español. Como ha puesto de relieve C. ESPLUGUES MOTA, “en el ordenamiento jurídico español el significado de separación es muy claro”³⁵⁸. Atendiendo al art. 83 del Código Civil la separación de los cónyuges no conlleva la disolución del vínculo marital y, por tanto, bajo esta situación los esposos no podrían contraer en ningún caso nuevas nupcias³⁵⁹. A la luz de estos datos, hemos de concluir que el legislador estatal ha errado al utilizar el término separación ya que ciertamente exige la disolución del vínculo marital para contraer nupcias de nuevo.

Por otra parte, el precepto exige a la hora de reagrupar en caso de segundas nupcias que la disolución del anterior vínculo marital se haya realizado mediante un “procedimiento jurídico” que además debe atender a una serie de exigencias. Al utilizar el término procedimiento jurídico parece que el legislador quisiera reconocer a efectos de reagrupación conyugal disoluciones del vínculo marital realizadas incluso mediante vías no necesariamente judiciales³⁶⁰. Atendiendo a esa expresión vaga y abierta de “procedimiento jurídico” podría pensarse que en nuestro país se aceptaran prácticas desconocidas o incluso difícilmente admisibles por nuestro ordenamiento estatal. Ello tendría especial relevancia a la hora de reconocer modelos de divorcio admitidos en el mundo musulmán, tales como los “divorcios religiosos”, los “divorcios notariales” o incluso prácticas como “el repudio”.

Ahora bien, esta flexibilidad que podría ampararse bajo la noción de “procedimiento jurídico”, no descuida la situación de la parte con frecuencia más débil en todo proceso de disolución matrimonial, a saber el cónyuge femenino y los hijos. De este modo, el texto legal exige a efectos de reagrupar al nuevo cónyuge fruto de un segundo matrimonio no sólo “separación” del anterior sino que el procedimiento que ha llevado a la disolución fije “la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”. La exigencia de tales requisitos ha suscitado por la doctrina cierta polémica, sobre todo por la dificultad que existirá para el reconocimiento de otros sistemas jurídicos distintos al nuestro así como por el diferente rasero aplicado según la procedencia del reagrupante, dado que no es éste un requisito que se exija a los ciudadanos de la Unión³⁶¹. En definitiva, el cumplimiento de tales requisitos dificultará, en muchos casos, “la reagrupación del nuevo cónyuge por unos motivos en absoluto imputables a los nuevos cónyuges”³⁶².

[358]

ESPLUGUES MOTA, C., “Inmigración y Derecho de extranjería...”, *cit.*, p. 115.

[359]

Concreta el art. 85 del Código Civil “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”.

[360]

ESPLUGUES MOTA, C., “Inmigración y Derecho de extranjería...”, *cit.*, pp. 116 ss. Estima este autor que mediante la noción de “procedimiento jurídico”, “el legislador español estaría haciendo referencia a cualquier procedimiento de características similares a los judiciales, en el que, necesariamente deberá participar una autoridad pública –ya sea ésta civil o religiosa, juez o no- revestida de “imperium”, y que, a través de un procedimiento más o menos equiparable al judicial, declare la ruptura del vínculo matrimonial”(p. 118).

[361]

LÓPEZ BARBA, E. y GARCÍA SAN JOSÉ, D., *cit.*, 59; MOYA ESCUDERO, M., *cit.*, 1697.

[362]

LÓPEZ BARBA, E., “El cónyuge en la nueva perspectiva jurídica del derecho a la reagrupación familiar”, en *III Seminario sobre la inmigración extranjera en Andalucía*, *cit.*, p. 74.

2. Los Descendientes

2.1. La diferencia de alcance entre la legislación de extranjería y la normativa comunitaria

El art. 17 de la LOEXIS dice así:

“El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

(...)

b) *Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”.*

Por su parte el art. 2 del R.D. 178/2003, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo dice así:

“El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos:

(...)

b) *A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas”.*

De la letra de ambos preceptos se deriva que los residentes legales en España además del mencionado cónyuge podrán reagrupar a los hijos, ya sean del residente o de su cónyuge, junto con los hijos adoptados. No obstante, en el caso de los descendientes, la reglamentación aplicable a los extranjeros no comunitarios *difiere ampliamente en sentido restrictivo* que la reconocida a favor de los ciudadanos de los Estados miembros o del Espacio Económico Europeo. Dicha restricción se basa esencialmente en los siguientes aspectos³⁶³.

En primer término, la LOEXIS reconoce en su art. 17.1 b) la posibilidad de reagrupar a los “hijos”, mientras que la normativa comunitaria se refiere generalmente a los “descendientes”, noción más amplia al poder incluir además a los nietos o bisnietos. Al término descendiente se refiere el *Reglamento 1612/68* (art. 10.1 a), la *Directiva 73/148* (art. 1.1 d), la *Directiva 90/364* (art. 1.2 b) o la *Directiva 90/364* (art. 1.2 a)³⁶⁴. Fiel a la normativa comunitaria, el citado *R.D. 178/2003 sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, incluye en el ámbito de aplicación del mismo a los descendientes de los nacionales comunitarios (art. 2).

[363]

Estas conclusiones fueron presentadas en el III Seminario sobre la inmigración en Andalucía. Vid. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “La reagrupación familiar: especial referencia al menor”, *cit.*, pp. 82-83.

[364]

Asimismo utiliza la noción de descendientes la Directiva 2004/38 que está llamada a sustituir los vigentes Reglamentos y Directivas sobre libre circulación.

Cuando se trata de reagrupar a los descendientes de los nacionales comunitarios sólo existe en este sentido una excepción que limita esa generosidad aludida, me refiero a los *estudiantes comunitarios* que se desplazan a nuestro país a proseguir sus estudios. En este caso, la *Directiva 93/96* limita su derecho a hacerse a acompañar por sus familiares al cónyuge y a los hijos a su cargo (art. 1). De este modo, la normativa comunitaria excluye al resto de descendientes así como los hijos, incluso menores que no estuviesen a “su cargo”³⁶⁵.

En segundo lugar, según fija la ley de extranjería española para que el hijo de un nacional de tercer país pueda ser reagrupado por su progenitor *deberá ser menor de 18 años*, salvo que sea incapaz en virtud de la ley española o por su ley personal. Cuando se trata del nacional comunitario, éste podrá reagrupar a sus descendientes siempre que *sean menores de 21 años e incluso cumplida esta edad, si se encuentran a su cargo*. Con ello, se establece un sistema mucho más benévolo al elevar la edad del descendiente a reagrupar, así como al incluir la posibilidad de reagrupar al mayor de esa edad siempre que esté a “su cargo”.

De este modo, parece que a efectos de reunificación familiar la normativa comunitaria y la ley de extranjería difieren al fijar la edad a partir de la que ha de considerarse a un descendiente mayor. La cuestión de cuándo una persona es mayor o menor no tiene jurídicamente una respuesta uniforme. De conformidad, con lo dispuesto en nuestro sistema interno será menor el que no haya alcanzado la mayoría de edad, situada en 18 años³⁶⁶. No obstante, hay numerosos países que la fijan a una edad inferior o incluso superior³⁶⁷. Cuando estamos en presencia de un extranjero, nos encontramos asimismo ante una pluralidad de ordenamientos jurídicos que no tienen porqué coincidir en cuanto a la edad en la que se alcanza la plena capacidad legal. Y tendríamos que preguntarnos cuándo una persona es menor y de acuerdo a qué ley, a saber, su ley personal o la ley del lugar donde se encuentre. Nuestro ordenamiento jurídico, sobre la base de que la capacidad de un individuo forma parte de su estatuto personal, considera que la persona adquiere la mayoría de edad atendiendo a su ley personal, es decir a la ley de la nacionalidad. No obstante, cuando se trata de la legislación de extranjería dicha posibilidad desaparece al fijarla expresamente a los 18 años y, por tanto, con independencia de si es o no mayor de edad según su ley personal.

Además de posibilitar la reagrupación familiar de los descendientes hasta la edad de 21 años, la normativa comunitaria permite la reagrupación de los descendientes mayores de esa edad cuando se encuentren a “su cargo”. Atendiendo a la jurisprudencia esbozada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, desde el asunto *Lebon*, la noción “a su cargo” ha de entenderse de un modo extensivo resultando de una situación de hecho y no de una obligación de alimentos³⁶⁸. Con ello, el trabajador debe asegurar el sostenimiento efectivo del solicitante, no siendo relevante ni la razón de esta ayuda, ni si tal interesado está en condiciones o no de cubrir sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad económica³⁶⁹.

En tercer lugar, ha de destacarse que la normativa comunitaria no repara en la *condición de casado o no del descendiente*, requisito imprescindible para reagrupar a los hijos de los residentes extracomunitarios. Generalmente el matri-

[365]

Con este mismo alcance se expresa la Directiva 2004/38.

[366]

El artículo 1 del Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, lo describe como “*todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, de conformidad con la legislación que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. Fiel a este criterio, también el artículo 1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, limita su ámbito de aplicación personal a los menores de 18 años. Por otra parte, otros Convenios internacionales relativos a los menores fijan para su aplicación una edad máxima distinta del individuo. *Ad. ex.*: recurren a los 21 años, el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 (art. 13.2) o toman como límite los 16 años en el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (art. 4).

[367]

La tendencia en los países occidentales es establecer la mayoría de edad a los 18 años. Así Gran Bretaña, lo ha hecho por Ley de 5 de julio de 1969, Francia, por Ley de 5 de julio de 1974, Alemania, por Ley de 31 de julio de 1974, Italia, por Ley de 8 de marzo de 1975. No obstante, hay países del entorno europeo que difieren en este sentido, así: Islandia, la establece a los 16 años, Suiza en 20 años y Suecia a los 21 años.

[368]

Sentencia de 18 de junio de 1987, asunto 316/85, *Centre public d'aide sociale de Courcelles c. Marie Christine Lebon*, Rec. 1987, p. 2811.

[369]

El R.D. 178/2003 utiliza la expresión de “vivir a sus expensas”.

monio conlleva la aparición de una nueva unidad familiar independiente afectiva y económicamente pero ello no siempre es así, más en ciertos países con un bajo nivel de desarrollo donde abundan los matrimonios a edades tempranas y la familia se entiende de modo más amplio que en la cultura occidental.

Si todos los factores apuntados muestran la disparidad entre el régimen comunitario y la legislación de extranjería española, cuando se trata de la reagrupación de los hijos menores del cónyuge se ha producido un acercamiento. Así pues, a diferencia de la anterior Orden Ministerial de 8 de enero de 1999³⁷⁰, la actual Ley de extranjería ha incluido entre los familiares reagrupables a los hijos menores del cónyuge, asemejándose así a la normativa aplicable a los ciudadanos europeos. No obstante, cuando los hijos sean de un solo cónyuge se le exigirá que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En términos parejos se expresa la Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar si bien establece que si la custodia del menor fuera compartida, el Estado podrá autorizar la reagrupación con el consentimiento del otro progenitor³⁷¹. De este modo, en este aspecto la legislación española resulta más rigurosa al requerir que el progenitor reagrupante ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y que los hijos estén efectivamente a su cargo.

La razón última de esta exigencia es la de proteger al menor y evitar, en concreto, supuestos de sustracción internacional de menores³⁷². En el caso de los nacionales comunitarios los distintos instrumentos jurídicos que garantizan la libre circulación no exigen expresamente este requisito para los desplazamientos intracomunitarios por parte de un solo progenitor de sus descendientes menores. Ante esta cuestión nos encontramos con una diversidad de prácticas administrativas según el Estado miembro de acogida que se trate. Así pues, en determinados Estados, las autoridades competentes exigen que el trabajador pueda demostrar que le ha sido asignada la guarda legal del menor. Atendiendo al establecimiento de un espacio comunitario donde se encuentra plenamente garantizada para todos los nacionales comunitarios una libertad de circulación y de residencia, el requerimiento aludido parece difícil de articular dado, por una parte, la falta de controles fronterizos intracomunitarios y, por otra, la reciente entrada en vigor del R.D. 178/2003 que, entre otras cosas, exige en su art. 6 al ciudadano de la Unión de solicitar el permiso de residencia³⁷³.

2.2. El supuesto de los hijos adoptados. Especial referencia a la Kafala

La LOEXIS incluye en el mencionado art. 17 b) entre los hijos reagrupables a los adoptados así como a los de su cónyuge del extranjero residente. No obstante, nuestra ley de extranjería añade que a efectos de reunificación familiar en el supuesto de hijos menores adoptados deberá “acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”. Con el fin de comprobar el cumplimiento de esta exigencia, cuando se está ante un menor adoptado extranjero que pretende ser reagrupado por su progenitor tendremos que distinguir según el país donde se constituyó la adopción forme parte o no del *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*³⁷⁴.

[370]

Art. 1.2 b) de la Orden de 8 de enero de 1999 por la que se establecen las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar (BOE de 13 de enero de 1999).

[371]

Vid. art. 4.1 apartados c) y d).

[372]

Se está ante un secuestro internacional de menores cuando uno de los progenitores traslada ilícitamente al hijo menor a un país distinto del que tenía su residencia habitual, o bien no devuelve al hijo al país donde residía. De este modo, aprovechando que tiene el niño a raíz de un derecho de visita, lo sitúa en un país en el que espera que sus tribunales tomarán decisiones o acordarán medidas que hubieran sido rechazadas por las autoridades competentes del país donde residía el menor, con la finalidad de oponer estas medidas o decisiones a toda reclamación que provenga del otro progenitor. Definición aportada por MOYA ESCUDERO, M., “El secuestro internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, 2002, pp. 413-460. Sobre el secuestro internacional de menores, vid. *inter alia*, ALONSO CARVAJAL, A.; y CHAMORRO ALONSO, N., “El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos”, *AEQUALITAS*, núm. 7, mayo-agosto 2001, pp. 24-34; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derecho de visita y devolución de menores”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas de para una sociedad multicultural* (Cursos Internacionales de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 237-261; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nuevas medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional en la Ley de Enjuiciamiento civil”, *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLVIII, 1996-1, pp. 504-506; CALVO CARAVACA, A. L.; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Problemas de secuestro internacional de menores”, *Actualidad Civil*, 1998, nº 21, 31 de mayo de 1998, pp. 481-527; DESCHENAUX, B., *L'enlèvement international d'enfants par un parent*, Berne, 1995.

[373]

La falta de tal exigencia documental se encuentra compensada por dos instrumentos jurídicos suscritos por todos los Estados miembros de la Unión muy eficaces ante los supuestos de secuestro internacional de menores. Me refiero al Convenio europeo, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia (BOE de 1 de septiembre de 1984, siendo esta la fecha de su entrada en vigor) y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores (BOE de 24 de agosto de 1987, entrando en vigor el 1 de septiembre de 1987).

[374]

BOE de 1 de agosto de 1995. El número de ratificaciones de este Convenio es, hasta la fecha, de 29: Albania, Australia, Austria, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Colombia, Costa Rica, República Checa, Chile, Chipre, Dinamarca, El Salvador, Ecuador, España, Filipinas, Finlandia, Italia, Israel, Méjico, Noruega, Países Bajos, Panamá, Perú, Polonia, Rumania, Sri Lanka, Suecia, Venezuela.

Este Convenio establece en su art. 23.1 que “una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho por los demás Estados contratantes (...)”. En caso de no estar ante una adopción constituida por país firmante del Convenio de la Haya habrá de atenderse al art. 9. 5º del Cc., en concreto a sus párrafos cuarto y quinto, donde se fijan las condiciones del reconocimiento en España de las adopciones extranjeras³⁷⁵. De este modo, mientras que en el caso de hijos naturales bastaría a efectos de reunificación familiar acreditar el vínculo mediante una certificación expedida por la autoridad competente debidamente legalizada, en el caso de hijos adoptados dicha certificación *per se* no es suficiente sino que deberá evidenciar que reúne los elementos necesarios para producir efectos en España.

Cuando nos sumergimos en el reconocimiento de los vínculos familiares a efecto de reagrupación familiar, hemos de destacar la problemática que existe en aras a admitir por parte de los ordenamientos occidentales instituciones propias del mundo islámico y viceversa. Un ejemplo claro se encuentra con la adopción, que entendida como institución generadora de un vínculo jurídico de filiación idéntico al de la filiación por naturaleza, se encuentra incluso prohibida por la ley islámica (art. 83.3 *muddawanna*), que conocerá la *Kafala*³⁷⁶. Esta institución, cuyo objetivo último es seguir la recomendación coránica de cuidar de los huérfanos, es desconocida para nuestro sistema jurídico y consiste en el acogimiento real por el *kafil* (necesariamente un varón) de un niño, denominado *makfoul*, declarado abandonado o entregado por su padre o su madre a una familia. Es una fórmula de protección del menor que no produce efectos sobre la filiación biológica³⁷⁷, ya que la ley islámica prohíbe la adopción, teniendo claramente unos efectos más limitados que los que actualmente el ordenamiento español atribuye a la adopción. Atendiendo pues a la función de esta *Kafala*, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico estaríamos ante una especie de acogimiento familiar o de prohijamiento constituida ante autoridad pública. En definitiva, el único nexo de unión entre la *kafala* y la adopción es que son instituciones dirigidas a proporcionar una protección al menor³⁷⁸ y cuyo establecimiento es mediante un “acto legal”³⁷⁹.

Ante esta relevante discrepancia entre los sistemas jurídicos en presencia hemos de cuestionarnos sobre las implicaciones, si es que las tiene, de la *kafala* a efecto de su reconocimiento en España. En primer lugar, ante las peticiones por el *kafil* de la inscripción en el Registro Civil Español de una *kafala* constituida en el extranjero, -normalmente en el Reino de Marruecos-, la respuesta ha sido negativa. Así la Dirección General del Registro y el Notariado ha sostenido de manera absoluta que la misma “... no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración del estado civil de éstos, y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el “adoptante” se hace cargo del “adoptado” y ha de atender a sus necesidades y manutención...”³⁸⁰. Sin embargo, esta discrepancia no se traduce necesariamente en que la *kafala* carezca de todo efecto a la luz del ordenamiento jurídico. La Dirección General del Registro y el Notariado en su Resolución de 14 de mayo de 1992, tras predicar que la *kafala* no puede considerarse por el sistema legal español como una adopción, afirma que “no hay inconveniente, sin embargo, pa-

[375]

Básicamente nuestro Cc. fija dos exigencias a efecto de que una adopción constituida por autoridad extranjera produzca efectos a la luz de nuestro ordenamiento jurídico. La primera de ellas es de naturaleza procesal: que la autoridad extranjera sea “competente”, es decir, que haya dictado su resolución sobre la constitución de la adopción con base en un foro de competencia judicial internacional usual o apropiado (se entiende que es un foro usual cuando el adoptante o el adoptando poseyeran la nacionalidad o la residencia habitual del Estado al que perteneciera la citada autoridad). En segundo lugar, el Cc. exige que la autoridad extranjera haya aplicado la Ley del adoptando en lo referente a la capacidad y consentimientos necesarios. Sobre esta cuestión, RODRÍGUEZ BENOT, A., “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, en CALVO CARAVACA, A. L., Y IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 181-202.

[376]

En la actualidad la adopción con los efectos y caracteres con que los ordenamientos occidentales la conocen está prohibida por los países musulmanes, con la excepción de Túnez e Irán.

[377]

De este modo, la *kafala* no tiene porqué producir una ruptura de los vínculos con la familia biológica ni significa ser reconocido por el *kafil* como hijo así pues el menor ni adquirirá el apellido de este último ni tendrá reconocido derecho hereditario alguno. Con respecto a este último aspecto, el derecho musulmán conoce el *tanzil* o “adopción de recompensa” que permite dejar a una persona como beneficiaria de un legado. De este modo, sería una opción, siempre que el *kafil* la ejercite, para dotar de derechos sobre su herencia al *makfoul*. ALDEEB, S.; ET. BONOMI, A., (Coord.), *Le droit musulman...*, p. 253.

[378]

Sobre el papel clave de la *kafala* para la protección social del menor en el mundo islámico, *vid.* WERWILGHEN, M.; CARLIER, J. Y.; DEBROUX, C., y DE BURLET, J., *L'adoption internationale en Droit belge*, Bruselas, 1991, pp. 18-19.

[379]

RODRÍGUEZ BENOT, A., “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)”, *Revista General del Derecho*, 2000, p. 4426.

[380]

Vid. las resoluciones de la DGRN de 14 de mayo de 1992 (Nota de RODRÍGUEZ MATEOS, P., *BIMJ*, 1992, nº 1642, pp. 110-113) y de 18 de octubre de 1993 (Nota de FERNÁNDEZ MASÍA, E., *BIMJ*, 1993, nº 1691, pp. 104-106).

ra que, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, el acta de adopción marroquí, por afectar a ciudadanos españoles, sea susceptible de anotación en el Registro español, pues la figura envuelve una situación personal de prolijamiento o acogimiento, que si se ha constituido en España, es anotable en virtud de lo previsto por el art. 154.3ª del Reglamento del Registro Civil y que, si se ha constituido en el extranjero, lo será por medio del documento auténtico extranjero (art. 81 RRC)”.

Por su parte, los efectos que conlleva esta *kafala* en relación a la reagrupación familiar no son los propios de una relación paterno-filial. Así pues, el *makfoul* asentado en España no podrá reagrupar al *kafil* entre sus descendientes si bien ambas partes vivían juntas en el país de origen y el primero tiene un deber de manutención con respecto al menor. De modo que, en estos casos en los cuales estamos ante instituciones extranjeras que no podrían calificarse de adopción a la luz de nuestro sistema, la única opción para producir plenos efectos sería su constitución *ex novo* ante el Juez español. Sin duda, esta alternativa no está exenta de dificultades ya que, si recordamos, la ley musulmana prohíbe la adopción tal cual es entendida por los ordenamientos europeos.

Para concluir quisiera destacar que mediante esta exigencia establecida en la ley a fin de reagrupación familiar de estar ante una adopción que reúna los elementos necesarios para producir efectos en España, el problema latente es el alto riesgo de cerrarnos al exterior y no reconocer modelos jurídicos diferentes a los nuestros. En efecto, se está exigiendo a situaciones jurídicas nacidas en otro tiempo, lugar y cultura nuestros parámetros con el consiguiente peligro de que al obstaculizar esa reagrupación se perjudique a la parte más débil, el menor³⁸¹.

2.3. La reagrupación familiar de los hijos bajo la Directiva 2003/86 del Consejo

El art. 4 de la mencionada Directiva 2003/86 incluye entre los familiares reagrupables a los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, del residente y de su cónyuge, así como a los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud³⁸². De la lectura de este precepto parece desprenderse que los nacionales de terceros países residentes legales en el territorio de un Estado miembro podrán reagrupar a sus hijos menores de edad y a sus hijos mayores cuando sufran una incapacidad, siempre que en ningún caso éstos se encuentren casados. Hasta aquí el tenor se asemeja al establecido por la legislación española. No obstante, el mismo precepto en apartados subsiguientes comienza a introducir una serie de posibles “excepciones” que si los Estados miembros optaran por su desarrollo desembocarían en un régimen a efectos de reagrupación familiar plagado de dificultades.

En primer lugar, el art. 4.1 *in fine* consagra que “Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva”. En segundo lugar, el art. 4.6 expresamente dispone que

[381]

MOYA ESCUDERO destaca la incomprensible actitud en este sentido del legislador cuando en la actualidad la Ley 18/1999 de 18 de mayo, de modificación del art. 9.5 del Código Civil dispone: “La atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil”. Mediante esta norma el legislador respetaba la existencia de otras culturas jurídicas distintas validando tales adopciones constituidas ante autoridad extranjera por adoptantes españoles. MOYA ESCUDERO, M., “El derecho a la reagrupación familiar”. *La Ley*, 1 de febrero de 2000, p. 1698.

[382]

Expresamente dispone el art. 4.1 de la Directiva 2003/86:

“1. Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV y en el art. 16, de los siguientes miembros de la familia:

- a) (...)
- b) los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales;
- c) los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento;
- d) los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento”.

“Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva”. Mediante estas dos cláusulas de *status quo*, los Estados miembros mantienen la posibilidad a la hora de reagrupar a los hijos del residente de exigir, en el caso de ser mayor de 12 años, el cumplimiento de un “criterio de integración” a la nueva sociedad de acogida, y de impedir, en el supuesto de superar los 15 años, incluso la entrada y residencia de estos hijos por reagrupación familiar. A la luz de tales disposiciones se advierte que la premisa inicial que permitía la reagrupación de los hijos menores puede plagarse por los Estados miembros mediante el desarrollo reglamentario posterior de exigencias, no sólo con un tenor desde mi parecer en exceso riguroso a efectos de salvaguardar la vida familiar, sino incluso contradictorias con las normas internacionalmente vigentes para los países miembros³⁸³.

En definitiva, ante la reagrupación de un descendiente el primer elemento al que habrá que atender es a la nacionalidad del progenitor ya que según sea nacional de un Estado miembro, del Espacio Económico Europeo o de un tercer país así será la bondad del sistema y, en particular, la edad límite de cara a la reagrupación familiar. Así recordemos que la normativa comunitaria aplicable a los ciudadanos de la Unión y del Espacio Económico Europeo coincide en admitir la reagrupación de los hijos hasta la edad de 21 años o incluso mayores cuando se encuentren a su cargo. Por su parte, la LOEXIS española fijaría esa edad, con independencia de la edad establecida por la ley de la nacionalidad de la persona, en los 18 años. Y tal cual acabamos de describir, un paso aún más restrictivo parece dar la mencionada Directiva 2003/86 que permite limitar la reagrupación de los hijos de edades tempranas como 15 años, por el hecho de no haber iniciado el proceso de reagrupación familiar, o incluso a los 12 años, atendiendo a criterios tan discrecionales y de relevancia ínfima en comparación con el derecho a la vida en familia de todo menor, como su dificultad para integrarse en la sociedad de acogida. Además, con toda probabilidad en esta última cuestión será un elemento crucial para analizar “esas posibles dificultades de integración” el país tercero de origen del menor puesto que, entre otras cuestiones, se valorará el choque cultural, el nivel de escolarización³⁸⁴ e, incluso, teniendo en cuenta acontecimientos recientes, la religión³⁸⁵. Ante este panorama, me uno a las críticas esbozadas dado que el régimen fijado a nivel comunitario obstaculizará o flexibilizará según la nacionalidad de la persona un derecho básico de todo ser humano, el derecho a vivir en familia, y cuya protección se consagra en el art. 8 del Convenio de Roma³⁸⁶.

3. Menores e incapaces bajo la guarda legal

El art. 17 LOEXIS cataloga asimismo como familiar reagrupable a los menores de 18 años e incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal. Dado el carácter restrictivo que resultaba en algunos casos de la noción de “hijos” articulada por esta ley, los residentes legales podrían reagrupar en base a este precepto a categorías tales como los nietos, siempre que el abuelo fuese el tutor, o el caso de otros menores bajo adopciones u otras instituciones análogas que no surten todos los efectos para ser considerada como tal a la luz

[383]

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario...”, *cit.*, p. 10.

[384]

Buena prueba de ello suponen las declaraciones del Consejero de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, Alonso Seco, ante las dificultades de educación de los menores de origen marroquí tutelados por la Comunidad de Madrid. En concreto señalaba el Consejero que “sus esquemas mentales son distintos porque su cultura es distinta. Eso plantea diferentes formas de educarlos”, añadiendo en sus declaraciones que los educadores se encontraban con muchas dificultades para hacerles cumplir las normas. *Vid. Diario EL PAIS*, lunes 27 de octubre de 2003.

[385]

Me refiero a la aprobación por el Consejo de Ministros francés de la llamada Ley “en defensa de la laicidad” que prohíbe llevar de manera ostensible signos religiosos en los centros escolares públicos, entre los que se encuentra el velo o pañuelo islámico.

[386]

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario...”, *cit.*, p. 13.

del ordenamiento jurídico español. Este podría ser el caso de la *kafala* dado que en palabras de la DGRN “la figura envuelve una situación personal de pro-hijamiento o acogimiento”³⁸⁷.

Pese a estas posibilidades, algunos autores han criticado, no obstante, el carácter restrictivo de la disposición. Así, M. MOYA ESCUDERO estima que debería haberse ampliado el supuesto tipificado a efectos de englobar asimismo “la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor”, dado que no siempre coincide con el representante legal³⁸⁸. Por su parte, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ estima que debería haberse incluido el supuesto de aquellos menores extranjeros que se encuentren bajo la representación legal de un español³⁸⁹. Haciendo eco de estos comentarios, considero que al estar ante casos de menores que no están bajo patria potestad, la legislación debería acoger a todas aquellas instituciones protectoras de menores e incapaces existentes no sólo en nuestro derecho sino en cualquier sistema normativo. Con ello figuras tales como la *kafala* nacidas en otra cultura jurídica tendrían su reconocimiento permitiendo así reagrupar al menor con el residente extranjero.

4. Los Ascendientes

El art. 17.1 de la LOEXIS incluye entre los familiares del extranjero residente a la siguiente categoría:

- d) “Los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”.

A la luz de este precepto los extranjeros residentes legales en España podrían reagrupar junto con el cónyuge y los hijos, a los ascendientes, tratándose en este caso de una categoría amplia que podría amparar junto al progenitor a los abuelos del reagrupante. Al igual que sucede con las otras categorías familiares, cuando se trata de los ciudadanos de la Unión y del Espacio Económico Europeo existe un régimen más benévolo al poderse reagrupar por parte de los residentes a sus ascendientes y a los de su cónyuge con la única exigencia que estén a su cargo. Con ello, la reagrupación familiar de los ascendientes no debe pasar el filtro de la Administración que es la llamada a valorar si existen razones que justifiquen dicha venida. Por su parte, la reciente Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar no reconoce tal prerrogativa de modo general, sino que se limitará a autorizar a los Estados miembros, si así lo desean, a permitir la entrada de los padres y de los suegros del residente. En particular, el art. 4.2 de esta Directiva establece que los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de “los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen”. En definitiva, en relación a los ascendientes la armonización comunitaria es de signo más restrictivo que la legislación española, ya que además de la discrecionalidad estatal para incorporar o no a los progenitores entre los familiares reagrupados, permite, si ésta acontece, sólo reagrupar a los progenitores que “carezcan del apoyo familiar necesario en el país de origen”.

[387]

Vid. la RDGRN de 14 de mayo de 1992.

[388]

MOYA ESCUDERO, M., “El derecho a la reagrupación familiar”, *cit.*, p. 1698.

[389]

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros: Comentario al Título II de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero (Artículos 23 a 45)”, *Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, 2000, p. 121.

Cuando se trata de reagrupar a los ascendientes existe un colectivo de personas que encuentra una limitación especial al ejercicio de este derecho, me refiero a los estudiantes. Según especifica el art. 55 del Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería cuando el reagrupante es estudiante o investigador el término “familiar” a efectos de reagrupación se entenderá referido “al cónyuge e hijos menores de dieciocho años o incapacitados, pudiendo extenderse, excepcionalmente, a otros familiares si concurren circunstancias de carácter humanitario que lo justifiquen”. De carácter asimismo restringido resulta el tenor de la Directiva 93/96, concerniente al derecho de residencia de los estudiantes ciudadanos de la Unión, ya que su art. 1 reconoce exclusivamente como beneficiarios del Derecho comunitario a su cónyuge y a los hijos a su cargo, negando, por tanto, cualquier derecho a la reagrupación familiar de los ascendientes. De este modo, los estudiantes se convierten en aquella categoría de ciudadanos comunitarios que se desplaza cuyo derecho a hacerse acompañar por su familia tiene un carácter más restrictivo³⁹⁰. Para los nacionales comunitarios la situación sólo se mejora en el supuesto de que el propio ascendiente fuese ciudadano de un Estado miembro en cuyo caso sería beneficiario a título principal de la libre movilidad intracomunitaria.

5. Otros familiares

En la primera versión de la LOEXIS, antes de la reforma operada por la Ley 8/2000, el art. 17.1 incluía una letra e) donde englobaba entre los familiares reagrupables a “cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”. La modificación operada de corte claramente restrictivo ha sido muy criticada dado que se cierra cualquier posibilidad para reagrupar a familiares no encuadrables en las categorías anteriores. En particular, parecen quedar afectados directamente los parientes en línea colateral, –como los hermanos, los tíos o los sobrinos– al igual que aquellos familiares que, no estando excluidos por el grado de parentesco, sin embargo no reunían las condiciones prescritas, me refiero a los hijos mayores de dieciocho años o casados.

Cuando se trata de reagrupar a familiares distintos al cónyuge, los descendientes o los ascendientes, tampoco la normativa comunitaria resulta especialmente generosa para los ciudadanos de la Unión. El art. 10.2 del Reglamento 1612/68 se limita a establecer que “los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo o viviese en el país de origen del trabajador mencionado”³⁹¹. Dada la falta de obligatoriedad jurídica en este sentido, la Comisión propuso al Consejo, en el año 1988, una modificación de este precepto, tendente a ampliar el derecho a la reagrupación familiar incluso a los colaterales del residente y de su cónyuge que estén a su cargo. No obstante, esta iniciativa no es la tendencia actual plasmada en la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, el art. 2 de esta Directiva engloba en la noción de “miembros de la familia” al cónyuge, a los descendientes y a los ascendientes, limitándose su art. 3.2, al igual que hace la reglamentación actual, a esbozar un compromiso genérico por parte de los Estados miembros de facilitar la reagrupación de otros familiares que estén a cargo o vivan, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión.

[390]

En los mismos términos se expresa el art. 2 c) del R.D. 178/2003, de 14 de febrero.

[391]

En este mismo sentido, el art. 1.2 de la Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, a los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimientos y prestación de servicios.

IV. REQUISITOS Y FORMALIDADES ADMINISTRATIVAS

1. Fases del proceso

Con el fin de que el extranjero y sus familiares puedan vivir juntos en el país de residencia, la LOEXIS establece un determinado procedimiento estructurado en una serie de fases donde habrá que ir demostrando el cumplimiento de un conjunto de formalidades y exigencias. En particular, el art. 18 de esta ley, bajo la rúbrica “procedimiento para la reagrupación familiar” fija éste en las siguientes tres fases:

- Primeramente, el extranjero residente deberá comenzar la *tramitación del informe previo*.
- A continuación, los miembros reagrupables de la familia en su país de origen deberán tramitar la obtención de su *visado de residencia por reagrupación familiar*.
- Por último, una vez la familia se encuentre en España deberá solicitar el pertinente *permiso de residencia*.

Para iniciar este procedimiento para la reagrupación familiar la legislación de extranjería española fija una serie de requisitos que ha de cumplir el extranjero residente a efectos de reagrupar a sus familiares. Estos requisitos son básicamente los siguientes: a) Probar que dispone de un alojamiento adecuado no sólo para él sino también para su familia (art. 18.1); b) Acreditar que dispone de los medios de subsistencia suficientes para atender a las necesidades de su familia una vez reagrupada (art. 18.1); c) el reagrupante debe ser residente legal en España desde hace al menos un año y tener autorización para residir al menos otro año (art. 18.2).

Fase	Lugar	Tiempo	Requisitos
PRIMERA: INFORME PREVIO	España (Oficina de Extranjeros o en la Comisaría de Policía de su lugar de residencia)	Desde la tramitación del informe previo hasta la solicitud del visado: 1 mes	<ul style="list-style-type: none"> • Permiso renovado • Ser familiar reagrupable • Alojamiento adecuado • Medios de Subsistencia
SEGUNDA: VISADO	País de origen o de residencia (Embajada o Consulado de España en el país de origen o de residencia)	Recogida del visado: 2 meses	<ul style="list-style-type: none"> • Presentación del informe previo • Pasaporte • Certificado médico • Certificado que acredite el grado de parentesco
TERCERA: PERMISO DE RESIDENCIA	España (Oficina de Extranjeros o en la Comisaría de Policía de su lugar de residencia)	Solicitud del permiso de residencia: 3 meses	<ul style="list-style-type: none"> • Pasaporte • Visado de residencia • Copia del informe previo

2. Residencia legal

El art. 18.2 LOEXIS, tras la reforma operada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, se expresa así^[392]:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.3, inciso primero, podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año”.

[392]

En concreto, la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000, la novedad que incluye en esta precepto es la excepción enunciada en primer término “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.3, inciso primero”. Con esta salvedad, habrá un grupo de extranjeros residentes a los cuales no se les exigirá exclusivamente la residencia legal de un año previa y la autorización para residir otro año, me refiero a los ascendientes reagrupados. De este modo, para ejercer la llamada reagrupación en cadena, éstos sólo podrán ejercerla tras haber obtenido la condición de residente permanente y acreditar solvencia económica.

Entre las exigencias que ha de cumplir el reagrupante para hacerse acompañar por sus familiares en España se encuentra una residencia legal previa, en concreto ésta ha de ser de 12 meses. La nueva Directiva 2003/86 amplía, a criterio de cada Estado miembro, la posibilidad de que este lapso de tiempo sea incluso de dos años. En particular, el art. 8 de la mencionada Directiva dice así: *“Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él”*. Además este precepto no se opone a “la reagrupación parcial” que parece acoger el art. 8.1 de la Directiva 2003/86. De este modo, a esa residencia legal de un año, los Estados miembros podrán añadir un periodo de espera de hasta tres años desde la presentación de la solicitud y la materialización de la reunificación, escalonando así las solicitudes de reagrupación familiar en el tiempo³⁹³.

Si bien la exigencia de una residencia legal previa es una constante en las distintas legislaciones de extranjería, no por ello han dejado de faltar críticas sobre su conveniencia e incluso legalidad al estar coartando el derecho a la vida en familia que tiene toda persona. En concreto, se han levantado voces que basan tal apreciación en su incompatibilidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, del que España y la mayoría de los Estados miembros forma parte. En particular, E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ basan esta incompatibilidad atendiendo a la interpretación y aplicación del art. 14 del Convenio, que protege a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte frente a cualquier trato diferenciado, sin una justificación objetiva y razonable, en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio entre los que se encuentran el respeto de la vida en familia y la reagrupación familiar³⁹⁴.

Al analizar el régimen comunitario, es decir el aplicable a los ciudadanos de la Unión y del Espacio Económico Europeo, se advierte un amplio contraste con el régimen general. Atendiendo al tenor del actual R.D. 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo³⁹⁵, que desarrolla los Reglamentos y Directivas comunitarios sobre libre circulación de personas, se constata que a los beneficiarios del Derecho comunitario no se les exigirá residencia previa alguna a efectos de ejercer el derecho a la reagrupación familiar. En definitiva, podemos concluir que la normativa comunitaria más que un derecho a la reunificación familiar que, a fin de cuentas, supone volver a unir aquello que ha separado la distancia y el tiempo, reconoce para el ciudadano europeo la posibilidad de “hacerse acompañar por su familia”, entendiendo éste desde un inicio, a posteriori o en definitiva en el momento en que el beneficiario de la libre movilidad estime más oportuno para él y para los suyos.

3. Vivienda adecuada

Junto a la exigencia de acreditar una residencia legal continuada de al menos un año en España, el art. 18.1 LOEXIS impone a los residentes legales al tiempo de solicitar el informe previo, es decir el primer trámite del procedimiento pa-

[393]

Art. 8 *in fine*: “Excepcionalmente, cuando en materia de reagrupación familiar la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la presente Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida, este Estado miembro podrá establecer un período de espera de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia”.

[394]

LÓPEZ BARBA, E.; y GARCÍA SAN JOSÉ, D., “El derecho a la reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, *cit.*, pp. 79 ss.

[395]

El art. 3 se expresa así: “Las personas a las que se refiere el presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de los límites establecidos en el capítulo IV”. Entre las personas a las que se refiere el Real Decreto se incluyen junto con los beneficiarios directos, es decir los ciudadanos de la UE y del EEE, sus familiares directos: el cónyuge, sus descendientes y ascendientes a su cargo.

ra la reagrupación familiar, *“la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado para atender a las necesidades de su familia una vez reagrupada”*. Pero qué hemos de entender como *“alojamiento adecuado”* y a quién le corresponde la verificación de esa cualidad. Según especifica el art. 44.4 d) del Reglamento la disponibilidad de una vivienda se podrá acreditar, bien por un informe expedido por la Corporación Local o en su defecto por acta notarial mixta de presencia y manifestaciones. Mediante estos documentos habrá de demostrarse que se dispone de una vivienda de características y amplitud consideradas normales para los ciudadanos españoles en la zona de residencia del reagrupante, teniendo en cuenta el número de miembros. El mencionado precepto 44.4 d) in fine concreta que *“el informe o, en su defecto, el acta notarial, deberá hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuye la vivienda, uso al que se destina cada una de ellas, número de personas que la habitan y condiciones de equipamiento de la misma, en particular, las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües”*. En un sentido parejo, la Directiva 2003/86 llamada a armonizar la reunificación familiar, en su art. 7 dispone que *“al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de: una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate”*.

La exigencia a efectos de reagrupar a la familia de la disposición de un alojamiento adecuado o normal no es recogida por el R.D. 178/2003, que fija las condiciones para entrar y residir en España para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. No obstante, el Reglamento 1612/68 regulador de la libre movilidad de trabajadores asalariados en la Comunidad Europea especifica en el párrafo tercero de su art. 10 que a efecto de ejercer el derecho a la reagrupación familiar el trabajador migrante *“disponga de un alojamiento considerado como normal para los trabajadores nacionales de la región donde se encuentra empleado”*. Con respecto a esta exigencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado en su sentencia de 18 de mayo de 1989, en un asunto planteado por la República Federal de Alemania que este condicionamiento ha de entenderse de manera flexible por los Estados miembros y que en ningún caso puede convertirse en una restricción a la libre movilidad intracomunitaria³⁹⁶. Además esta exigencia parece desaparecer con la aprobación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, la actual versión no incluye tal requisito de posesión de un alojamiento adecuado para estancias de corta ni de larga duración³⁹⁷.

4. Medios de subsistencia

Otro de los requisitos exigidos por el art. 18 de la LOEXIS al tiempo de solicitar el informe que abre el procedimiento a la reagrupación familiar es disponer de los medios de subsistencia suficientes para atender a las necesidades propias y de su familia una vez reagrupada. A través del Reglamento se han fijado los mo-

[396]

Sentencia de 18 de mayo de 1989, asunto 249/86, *Comisión c. República Federal de Alemania*, Rec. 1989, 1263.

[397]

Vid. arts. 6, 7 y 8 de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

dos de prueba a fin de justificar documentalmente que el residente está trabajando y/o dispone de los recursos económicos suficientes para atender a su familia, incluyendo la asistencia sanitaria en el caso de no estar cubierta por la Seguridad Social. Según fija el Reglamento en la letra c) del art. 44.4, a estos efectos el reagrupante deberá aportar algunos de los siguientes documentos: a) los tres últimos recibos de salario o fotocopia de boletines de cotización en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena; b) justificación de ingresos de la persona en situación de inactividad (ej. Pensiones, subsidios o rentas); c) declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al año anterior en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia; d) justificante de Afiliación y Alta en la Seguridad Social o Seguro de Asistencia sanitaria y beneficiarios.

Al adentrarnos en el régimen comunitario, la exigencia de contar con medios de subsistencia necesarios varía según si estamos ante estancias de corta o larga duración, asimismo la acreditación del cumplimiento de este requisito será distinta si los nacionales de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se desplazan a otro Estado miembro en el ejercicio de una actividad económica. En primer lugar, cualquier ciudadano de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo junto con sus familiares directos, en tanto que beneficiarios de un derecho a la libre movilidad intracomunitaria, pueden entrar y residir hasta tres meses en cualquier Estado miembro, no teniendo que demostrar para ello ni el traslado a efecto de ejercitar alguna actividad económica ni la tenencia de medios económicos³⁹⁸. Cuando se trata de estancias de larga duración debemos distinguir según estemos ante personas activas económicamente, en su vertiente de asalariados o independientes, o de los llamados inactivos que se benefician igualmente, desde el año 90, de una libertad de residencia en otros Estados miembros. En el primer caso, sólo se exigirá la prueba de que efectivamente ejerce una actividad económica bien por cuenta propia o ajena, y ello, al no especificarse nada al respecto, con independencia de si los ingresos en cuestión fueran o no suficientes para el mantenimiento de la economía familiar³⁹⁹. En el segundo supuesto, es decir cuando se trata de una persona inactiva económicamente hablando, ésta deberá demostrar para poder residir en España, así como en cualquier Estado de la Unión, que “disponga para sí mismo y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida”, así como de “recursos suficientes a fin de que no se convierta, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida”⁴⁰⁰.

5. Visado

El procedimiento de la reagrupación familiar consta de una segunda fase que gira en torno a la obtención del visado por parte de los familiares reagrupables. De este modo, tras la tramitación por el reagrupante del informe previo ante la Oficina de Extranjeros o la Comisaría de Policía de su lugar de residencia en España, el familiar o familiares deberán solicitar el consiguiente visado de residencia. El mencionado visado se tramitará en el plazo de treinta días desde la fecha de registro del informe previo y se hará ante la correspondiente Misión Diplomática u Oficina Consular española en el extranjero.

[398]

Sobre este particular, la Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros entre sus novedades amplía este lapsus de tiempo hasta los seis meses. Como especifica el art. 7 de esta Directiva la única exigencia que se podrá exigir a este efecto a los ciudadanos de la Unión y a sus familiares es un carné de identidad o pasaporte válidos, añadiéndose el requisito de la tenencia de un visado en el caso de que los familiares no tengan la nacionalidad de un Estado de la Unión y estén sometidos a dicha obligación por el Reglamento CE 539/2001.

[399]

Según el tenor de las Directivas 68/360, de 15 de octubre de 1968, y 73/148, de 21 de mayo de 1973, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia respectivamente de los trabajadores asalariados e independientes y sus familias, sólo se exigirá la prueba de que efectivamente ejerce una actividad económica bien por cuenta propia o por cuenta ajena. En particular, artículos 4 y 6, respectivamente.

[400]

Artículos primero de las Directivas 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, 90/365, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y de la 93/96, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

Para la obtención del visado, el art. 14.1 del Reglamento de la Ley de Extranjería exige la presentación junto con la solicitud del mismo de una serie de documentación que habrá obtenido tanto el reagrupante en España como relativa al familiar reagrupado. Así, el extranjero residente deberá enviar a sus familiares las siguientes copias: del pasaporte, de la solicitud del informe gubernativo con el número de enlace de visado (NEV) incorporado y del permiso de trabajo y residencia renovado. Una vez que el familiar recibe esta documentación deberá presentarla en la Misión Diplomática u Oficina Consular española junto con los siguientes documentos: su pasaporte, certificado de antecedentes penales, certificado médico y cédula probatoria del grado de parentesco⁴⁰¹.

Tras la solicitud del visado y la aportación de la documentación requerida en la Misión Diplomática u Oficina Consular, es el momento para que la Administración compruebe y resuelva el expediente. En primer lugar, las autoridades diplomáticas deberán comprobar que el extranjero que solicita ser reagrupado no tiene prohibición de entrada en España y que no está incluido en la lista de no admisibles de Schengen. Esta exigencia se deriva del art. 24 de la LOEXIS⁴⁰² que es fiel en este aspecto a la comunitarización habida en cuanto al cruce de la frontera exterior común y los requisitos de entrada para todos los nacionales de terceros países que deseen acceder a la Unión Europea. En concreto, el art. 5 del Convenio de Schengen entre las condiciones previstas para la entrada exige que el extranjero no esté incluido en la lista común de no admisibles ni suponga un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de cualquiera de los Estados miembros. La finalidad de esta exigencia no es tanto suponer un freno a la presión migratoria como garantizar un nivel óptimo de seguridad interior en el espacio común europeo donde los controles fronterizos han desaparecido⁴⁰³.

Tras esta primera comprobación se elevará el expediente a la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares, la cual atendiendo a la documentación presentada resolverá en sentido negativo o positivo. Cuando la resolución es de carácter positiva, los familiares tendrán un plazo de dos meses a partir de la notificación para recoger personalmente el visado de residencia. Desde el momento en que el visado está en posesión del familiar, éste debe viajar a España para solicitar su permiso de residencia siempre dentro del periodo de validez del visado. En el supuesto de denegación del visado de residencia por reunificación familiar, el art. 19.3 del Reglamento especifica que ésta *“deberá ser motivada, informando al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados que, conforme a las normas aplicables, haya conducido a la resolución denegatoria”*. Mediante esta motivación se pretende garantizar que un derecho básico de toda persona protegido a nivel internacional y constitucional no quede al arbitrio de la Administración ni tampoco sujeto a las pautas políticas en materia migratoria de ese momento.

El procedimiento de reagrupación familiar no siempre conlleva la reunificación de la familia separada tras un periodo de tiempo y la distancia geográfica, sino que también se dirige a la regularización de los familiares que encontrándose en España se encuentran en situación irregular. Para estos supuestos

[401]

En el supuesto de ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, deberá presentar la documentación que acredite que dicho ascendiente está a cargo del reagrupante o de su cónyuge y que existen razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

[402]

Se expresa así el art. 24.1: “No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que tengan prohibida la entrada en algún país con el que España tenga firmado convenio en tal sentido”

[403]

Para un estudio en profundidad sobre estos requisitos de entrada fijados por los Convenios de Schengen, *vid.* BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, 2ª Edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 108-127.

y con la finalidad de evitar el viaje de los miembros de la familia al país de origen, el art. 49 del Reglamento prevé que en estos casos podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes. *Inter alia*, este precepto recoge la posibilidad de esta exención de visado para los extranjeros menores de edad o incapacitados bajo la tutela de un extranjero residente, los cónyuges, los ascendientes o los tutores de extranjeros residentes legales en España.

Hemos de destacar, según sienta el art. 49.2 e) que cuando la exención del visado la solicita el cónyuge de extranjero residente legal, que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, la ley añade un requisito más: que se acredite la convivencia en España al menos durante un año. Sin duda, esta exigencia supone una presunción por parte del legislador de que se está ante un matrimonio fraudulento o de convivencia, es decir de un matrimonio que se realizó con la finalidad de regularizar la situación de la pareja. Dada esta exigencia, antes de la reforma acaecida a la Ley 4/2000, la única opción que parecía tener el cónyuge irregular tras la celebración del matrimonio era, si no deseaba regresar a su país de origen para tramitar desde allí el pertinente visado, mantenerse en esa situación de “alegalidad” al menos durante un año y una vez transcurrido ese lapso solicitar la exención de visado. En concreto, la reforma realizada ha sido consecuencia de la sentencia de 20 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo donde, entre otras cuestiones, decidió anular dicha exigencia al considerar que “*el precepto legal no establece condición alguna a la convivencia durante al menos un año para que pueda considerarse la exención de visado a quien sea cónyuge de residente en España*”⁴⁰⁴.

Una vez esbozado el procedimiento para la obtención del visado así como las consiguientes exigencias documentales establecidas en la ley para los familiares reagrupables de los nacionales de terceros países, es el momento de reflexionar sobre el régimen existente para los beneficiarios del Derecho comunitario europeo. Al igual que sucede para los familiares de los nacionales extracomunitarios, los distintos Reglamentos y Directivas coinciden en exigir a los familiares que no son ciudadanos de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo el correspondiente visado⁴⁰⁵, siempre que el Reglamento 539/2001 así lo exija dependiendo del país de origen⁴⁰⁶. Fiel a esta exigencia, el art. 5.2 del Real Decreto 178/2003, establece que “*los familiares que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo necesitarán, además, el correspondiente visado (...)*”. Ahora bien, pese a ser un requerimiento constante en todo proceso de reunificación familiar la dificultad a la hora de obtener el mencionado visado variará ampliamente según se trate de familiares ciudadanos o no de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. En efecto, con el fin de no obstaculizar en exceso la movilidad intracomunitaria, junto a esta exigencia se garantiza igualmente que los Estados miembros otorgarán a estas personas toda clase de facilidades a efecto de obtener los visados que necesiten. Dicha facilitación debe entenderse hasta el punto, que el art. 9.2 de la Directiva 68/360 relativa al desplazamiento y estancia de los trabajadores declara que la expedición de tales visados debe ser gratuita⁴⁰⁷.

[404]

En concreto la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta.

[405]

En este sentido, el art. 3.2 de la Directiva 68/360 y de la Directiva 73/148 y art. 2.1 de las Directivas de 1990, sobre jubilados, estudiantes y residencia de carácter general.

[406]

Reglamento 539, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, reformado por el Reglamento 2414 de 7 de diciembre de 2001. *Vid.* respectivamente, *DOUE* L n° 81, de 21 de marzo de 2001 y *DOCE* L n° 327, de 12 de diciembre de 2001, p. 1.

[407]

En este mismo sentido, el R.D. 178/2003, en sus art. 4.2 y 5.2 reafirma en que “la expedición de dichos visados será gratuita”.

Sobre las formalidades documentales requeridas a los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea y, en particular, a los cónyuges, se ha pronunciado la sentencia del TJUE de 25 de julio de 2002⁴⁰⁸. Esta resolución fue planteada por *le mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX)* a fin de que este Tribunal abordara esta cuestión y en concreto especificara qué medidas coercitivas podrían ejercer los Estados miembros ante el incumplimiento de esta exigencia. Ante la cuestión planteada el TJUE entiende que “*un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge puede probar su identidad, así como el vínculo conyugal, siempre que no concurran circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público*”. Del mismo modo, en esta resolución el TJUE ha ido más allá de la primera entrada concretando que en el supuesto de que el familiar se encontrase ya de modo irregular en el territorio de un Estado miembro, éste “*no podrá denegar un permiso de residencia ni adoptar una medida de expulsión en contra de un nacional de un país tercero, que pueda aportar la prueba de su identidad y de su matrimonio con un nacional de un Estado miembro*”. En definitiva, esta Instancia jurisdiccional comunitaria ha optado porque las exigencias documentales, entre ellas el visado, previstas en la normativa para los familiares de los Estados miembros deben entenderse de manera flexible hasta el extremo de que no se les podrá negar la entrada ni la residencia siempre que puedan justificar que son beneficiarios de la libre movilidad comunitaria, es decir demostrando de algún modo su identidad, así como su vínculo familiar⁴⁰⁹.

[408]

Sentencia de 25 de julio de 2002, asunto 459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. État Belge*, Rec. 2002, p. 6591.

[409]

Asimismo el R.D. 178/2003 recoge la posibilidad de exención de visado para los familiares directos de nacionales españoles, comunitarios y del Espacio Económico Europeo.

U. SITUACIONES ESPECIALES: LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS

1. Cuestiones previas

En el actual flujo migratorio existente entre las dos orillas del Mediterráneo se encuentran igualmente inmersos los llamados pequeños inmigrantes, es decir los menores. Éstos no devienen inmigrantes sólo en tanto que descendientes de residentes legales y, por tanto, familiares objeto de reagrupación familiar, sino que cada vez más numerosos son los menores que deciden iniciar “la arriesgada aventura migratoria” en solitario, es decir sin su familia. Estamos ante el colectivo denominado de “menores no acompañados”⁴¹⁰. Este fenómeno migratorio relativamente novedoso tiene un origen principal, en Marruecos⁴¹¹ y cuenta con cuatro destinos principales: España, Francia, Italia y Bélgica. Dentro de este fenómeno global, España y, en concreto, Andalucía y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, se convierten como consecuencia de su proximidad geográfica en primer destino, si bien no en todos los casos se trata del destino último o principal. Y llegados a este punto, hemos de cuestionarnos si estamos ante un fenómeno marginal o, por el contrario, de un número ingente. Como sucede a la hora de cuantificar cualquier fenómeno migratorio irregular las cifras son escasas, contradictorias y en definitiva poco fiables. Así pues, según fuentes oficiales a principios del año 2001 se estimaba que existían en España más de 1.500 menores no acompañados⁴¹². Cifra que podría elevarse considerablemente dado que computaba sólo a los menores acogidos y, por ende, no representativa de aquel colectivo de menores que nunca había tenido contacto con las instituciones de protección. Por otra parte, la comunidad autónoma de Andalucía, sin duda una de las más afectadas en este sentido, ha informado públicamente que en el año 1999 invirtió más de 1.000 millones de pesetas a fin de atender en torno a 1.800 menores inmigrantes.

Dejando la margen las cifras, estos menores no acompañados tienen un origen no siempre homogéneo⁴¹³ si bien, una vez en territorio español, comparten una serie de rasgos. En primer lugar, una fuerte movilidad geográfica, siendo su destino genérico la “próspera Europa” acceden normalmente por los países fronterizos como España y se van desplazando continuamente impulsados principalmente por motivaciones laborales. En segundo lugar, es un contingente que se encuentra desprotegido al estar en esa aventura migratoria emprendida sin familia ni bajo la protección de adultos. Y, por último, en la mayoría de los casos, éstos se encuentran sin documentación alguna, que si bien la motivación principal de esta indocumentación es evitar facilitar la localización de la familia y, por tanto, la consiguiente repatriación, conlleva otra dificultad añadida como es la determinación de su edad.

Atendiendo a este panorama, la situación legal del menor inmigrante no acompañado no está exenta de discrepancias. Por una parte, la administración debe atender siempre, como fija la Convención de los Derechos del Niño, “al interés superior del menor” siendo una de las piezas claves garantizar al niño una vida en familia. Y, por otro lado, no podemos obviar que estamos ante una persona que se encuentra en territorio español en situación irregular. De este modo, en el menor inmigrante confluirán dos grupos de leyes con lógicas contrapuestas:

[410]

En una Resolución de 26 de junio de 1997 relativa a los Menores no Acompañados Nacionales de Terceros Países, el Consejo de Europa los define como: “Niños y adolescentes menores de 18 años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección de un familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres” (97/C 221/03).

[411]

Precisa JIMÉNEZ ÁLVAREZ que en Marruecos existen principalmente cuatro “puntos de salida” de estos menores. En la región noroeste, el puerto de Tánger y Ceuta; en la parte nordeste, Nador y Melilla; en la zona centro-atlántico, el puerto de Casablanca; y, en la región sur-atlántica, Tarfaya. Vid. JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M., “Los pequeños emigrantes. Apuntes para un análisis transnacional de los procesos migratorios de los menores no acompañados de origen marroquí en Andalucía”, en *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía, cit.*, p. 112 ss.

[412]

Informe del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, febrero 2001.

[413]

Como ha puesto de relieve en su estudio JIMÉNEZ ÁLVAREZ, se pueden distinguir cuatro situaciones de referencia entre los menores procedentes de Marruecos: a) menores escolarizados que viven con su familia en un ambiente estable afectiva y económicamente (aproximadamente un 10% del colectivo); b) Menores que viven en un ambiente familiar estable si bien la situación económica es muy precaria. Éstos pasan gran parte del tiempo en la calle, si bien ésta no es su medio de vida (aprox. 40% del colectivo); c) Menores que viven en un ambiente familiar inestable con situación económica muy precaria (aprox. 35% colectivo); d) Los denominados “Niños de la calle” ya que al estar desarraigados de su familia hacen de la calle su modo de vida (15 % del colectivo). Vid. *cit. supra*. p. 116.

las normas de extranjería que poseen una naturaleza marcadamente restrictiva con las leyes relativas a la protección del menor cuya finalidad es fundamentalmente tuitiva⁴¹⁴. La solución no aflora como sencilla ya que además de requerir la participación de todas las administraciones implicadas, precisa una estrecha y eficaz cooperación con el país de origen, Marruecos⁴¹⁵.

2. El menor en situación de desamparo

Con el fin de regular la presencia de un menor extranjero que se encuentra en España en situación de desamparo, confluyen las siguientes disposiciones. En primer lugar, el art. 9.6 párrafo 3º del Código civil establece que *“Será aplicable la ley española para tomar medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español”*⁴¹⁶. En segundo lugar, todo menor extranjero que se encuentre en territorio español en situación de desamparo es destinatario de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor⁴¹⁷. Y, en tercer lugar, la ley de extranjería española en su art. 35 incluye entre las “situaciones de los extranjeros”, la residencia de los menores, encargándose el Reglamento de desarrollar esta situación en sus arts. 62 y 63.

Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un menor extranjero en territorio español, éstos deberán comunicarlo al Ministerio Fiscal y a los servicios competentes de protección de menores a efecto de que reciba la atención requerida. Una vez garantizada esa protección exigida por la LO 1/1996, la Administración deberá decidir en cuanto a su futuro siempre velando por el interés primordial del menor que, entre otros aspectos, debería garantizar el crecimiento de este menor en el seno familiar. En aplicación del mencionado art. 35, la Administración optará entre las siguientes posibilidades: a) que el menor retorne con su familia al país de origen o al lugar donde aquella se encuentre; b) que el menor pase a disposición de los servicios de protección de menores de su país de origen; c) que éste permanezca en territorio español bajo la tutela de la Administración pública. La Ley de extranjería expresamente alude que la Administración en cuanto a su decisión sobre el menor en situación de desamparo debe necesariamente guiarse por el principio de reagrupación familiar. El art. 62.4 del Reglamento dispone que *“la Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverán lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España”*⁴¹⁸. En definitiva, parece que la solución prioritaria es que el menor regrese con su familia y, para ello será preciso iniciar la ardua tarea de localización de ésta en su país de origen. Esta investigación será impulsada por las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno que a través de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación. En concreto, este último cuerpo se dirigirá a las Embajadas y Consulados correspondientes, o al Ministerio de Asuntos Exteriores, en caso de que no exista representación diplomática, con el fin de localizar o a los familiares de los menores o en su defecto, a los servicios de protección de menores del país de origen para que éstos se hagan responsables de los mismos.

[414]

Ad. ex.: a) la citada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; b) la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE de 17 de enero de 1996); c) la normativa de las distintas Comunidades Autónomas en materia de protección de menores. En particular, en Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor (BOJA de 12 de mayo de 1998 y BOE de 24 de junio de 1998).

[415]

Pese a la conclusión de una serie de cumbres hispano-marroquíes, la última el 10 de diciembre de 2003, parece no haberse logrado avance alguno en el tema de los miles de menores marroquíes que se encuentran en España. Si bien es cierto que Rabat parece reconocer al fin el problema así como la necesidad de una cooperación entre ambos países, solicita más tiempo para concretar los aspectos técnicos y políticos de un posible acuerdo en la materia. Vid. *afrol News/ACN Press*, 10.12.2003 en http://www.atrol.com/es/Noticias2003/marr089_repartriacion_menores.htm.

[416]

Sobre esta disposición y en general sobre la protección del menor en situaciones de tráfico externo existe una abundante bibliografía, *inter alia*, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado”, *BIMJ*, 1996, nº 1766, pp. 7-30; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Art. 9.6”, *Com.Cc. y Comp. For.*, 2ª Ed., 1995, pp. 259-282; ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, 2000; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Art. 9.6”, *Com.CC.Min.Justicia*, 1991, pp. 90-92; IRIARTE ÁNGEL, J. L., “Art. 9.6”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, 2000, vol. I., pp. 433-437; Id. “Art. 9.6”, en CALVO CARAVACA, A. L.; y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (Dir.), *Legislación de Derecho internacional privado. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, 2002, pp. 50-56; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A., y MIRALLES SANGRO, P. P., “El tratamiento de los menores en Derecho internacional privado español. La coexistencia entre soluciones internas y las soluciones convencionales y la búsqueda del interés del menor”, *Problemas candentes en el proceso de familia*, Madrid, 1995, pp. 43-115.

[417]

El art. 1 de esta LO 1/1996 establece que la misma se aplicará a los menores “... que se encuentren en territorio español...” y, por tanto, con independencia de la nacionalidad de éstos.

[418]

En este mismo sentido, el art. 35.3 LOEXIS.

Como expresamente menciona el art. 65.4 del Reglamento “una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares”. Se deduce de la letra de este precepto que, sin menoscabar la importancia de que el menor se desarrolle en un ambiente familiar, es crucial asimismo que esa reagrupación se lleve a cabo con suficientes garantías. De hecho esta exigencia legal podría incluso conducir a desestimar ese retorno hasta que no se acreditara que el menor será adecuadamente atendido en el Estado del que es originario⁴¹⁹. Esta opción es recogida en el apartado quinto del mencionado art. 62 al prever que “Transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores..., y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiere sido posible, se procederá a otorgarle el permiso de residencia...”.

[419]

Lamentablemente, no se ha seguido la solución aportada por la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros que instaura un procedimiento más detallado a la hora de la repatriación y, por consiguiente, más atento a las especiales necesidades del menor (DOUE C nº 221, de 19 de julio de 1997). El art. 5 de esta Resolución establece: “1. Cuando un menor de edad no sea autorizado a prolongar su existencia en un Estado miembro, éste sólo podrá devolverlo al país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo cuando a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para un menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía. De ello podrán encargarse los padres u otros adultos que cuiden de él, así como órganos estatales o no estatales; 2. Mientras no sea posible realizar la repatriación en dichas condiciones, los Estados miembros deberían en principio dar la posibilidad de que el menor permanezca en su territorio”.

Fases para la reagrupación familiar del menor extranjero en situación de desamparo en territorio español

La policía localiza al menor: poniendo el hecho en conocimiento del *Ministerio Fiscal* y el menor a disposición de los servicios de protección de la Comunidad Autónoma correspondiente

La Delegación del Gobierno inicia la reagrupación familiar del menor:

Primero: recabar información para localizar a la familia o los servicios de protección de menores en el país de origen.

- Mediante las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación que se pondrán en contacto con la comisaría General de Extranjería.
- Los servicios de protección del menor deben comunicar toda la información que tengan sobre la identidad del menor, familia, país de origen y todos los datos útiles para localizar a la familia.

Segundo: localizada la familia del menor, debe verificarse que no existe riesgo o peligro para su integridad.

Tercero: La delegación del Gobierno debe tener en cuenta la opción del menor sobre su posible repatriación.

Tras la resolución de la delegación del Gobierno, la repatriación es ejecutada por la Policía.

Transcurridos nueve meses desde la acogida del menor en territorio español, si no hubiera sido posible su repatriación, se le concederá el *permiso de residencia*.

A la luz del sistema instaurado hemos de cuestionarnos si las autoridades españolas toman todas las medidas necesarias antes de consumir la repatriación. Lamentablemente una investigación realizada por el Defensor del Pueblo ha puesto de relieve un elevado número de irregularidades en el procedimiento de reagrupación familiar del enorme contingente de menores marroquíes que llegan a nuestro país. De manera genérica, esta institución denuncia en su informe la situación de desamparo en la que se encuentran los menores que son entregados en la frontera sin que se conozca el paradero de sus familias⁴²⁰. Además este documento coincide en muchos aspectos con los informes presentados por las ONG Human Rights Watch (HRW) y Amnistía Internacional (AI) así como por el Comité de Derechos del Niño de la ONU⁴²¹.

[420]

Este informe fue enviado por el Defensor del Pueblo, Enrique Múgica, a finales de marzo, a la Delegación del Gobierno en Melilla y a la Consejería de Bienestar Social de esa ciudad.

[421]

Mediante el examen del Segundo Informe Periódico de España realizado en sesión pública el 7 de junio de 2002. Doc. CRC/C15/Add.185, pars. 44-45. En este Informe el Comité pone de relieve que las autoridades españolas no están adoptando las medidas necesarias para garantizar los derechos de los menores reconocidos por la Convención sobre Derechos del Niño. En concreto, el Comité ha destacado como preocupante en cuanto al trato que reciben los menores no acompañados que llegan a las ciudades de Ceuta y Melilla, los siguientes aspectos: a) Deficiencias a la hora de proporcionar a estos menores la residencia temporal a la que tienen derecho legal; b) Pésimas condiciones de los centros de acogida; c) Falta de atención sanitaria y de acceso a la educación; d) Expulsiones sumarias sin una comprobación exhaustiva que los menores regresan a sus países de origen con sus familias o a centros de acogida.

En particular, las investigaciones realizadas por el Defensor del Pueblo pusieron de relieve las tres siguientes irregularidades. En primer lugar, que en los

expedientes de reagrupación de menores marroquíes no existía constancia alguna de que se hubiesen realizado las preceptivas gestiones fijadas por la Ley de extranjería a efectos de localizar a su familia o al menos un contacto con los servicios de protección de Marruecos⁴²². En segundo lugar, que antes de proceder a la devolución “Tampoco existen documentos que permitan deducir que se ha realizado un estudio individualizado de la situación socio-familiar del menor y del entorno al que se le va a devolver para comprobar que no existe situación de riesgo o peligro para éste”⁴²³. Y, en tercer lugar, se denuncia la escasa relevancia que se otorga al fiscal como garante de la legalidad en la repatriación de los menores. En efecto, el Defensor del Pueblo destaca que en la práctica “la comunicación al fiscal se considera como un trámite meramente formal”, realizado “en la misma fecha que se acuerda el reagrupamiento familiar y la entrega en frontera”.

A la luz de tales hechos, el Defensor del Pueblo recuerda que la reagrupación familiar de los menores marroquíes debe guiarse necesariamente por la Convención de los Derechos del Niño que predica que en todo aquello concerniente a los menores debe atenderse al interés superior del mismo. Para el cumplimiento de este fin, el Defensor del Pueblo propone una serie de recomendaciones que han de respetar las autoridades en el mencionado proceso de reagrupación. En primer lugar, es imprescindible realizar un estudio individual y objetivo de la situación familiar de cada niño con el fin de resolver si procede o no la reagrupación familiar. En segundo término, si tras la repatriación el menor regresase a territorio español debe, en todo caso, analizarse de nuevo su situación. En tercer lugar, en el supuesto de que la reagrupación familiar fracasara, debe contabilizarse a todos los efectos el tiempo en que se ha interrumpido el acogimiento en el cómputo de los nueve meses necesarios para la obtención del permiso de residencia por el menor. Y, en último lugar, el Ministerio Fiscal en cuanto que garante de la legalidad debe recuperar su papel estando informado en todo momento de cualquier incidencia que surgiera en el procedimiento de reagrupación.

3. El menor solicitante de asilo

Se expresa el art. 62.6 del Reglamento de ejecución:

“Si se trata de menores solicitantes de asilo se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 15 del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobada por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero”⁴²⁴.

Cuando estamos ante menores extranjeros solicitantes de asilo su situación legal es remitida por la ley de extranjería a la normativa reguladora básica del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado. En concreto, el mencionado art. 15.4 dispone que los menores solicitantes de asilo que se encontrasen en territorio español en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, debiendo de ponerse el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal.

[422]

Además, esta sospecha de la inexistencia de las gestiones adecuadas antes de realizar la repatriación se basan en la brevedad del plazo en que se tramita el procedimiento de reagrupación familiar del menor, que en la mayoría de los casos no llega al mes.

[423]

Sobre este parecer, denuncia el informe realizado por el Defensor del Pueblo que la única justificación de la devolución se recoge en “un párrafo modelo” inserto en todas las resoluciones en el que se afirma que “la medida de reintegración familiar es la procedente al ser el entorno familiar el mejor para el desarrollo de los menores”.

[424]

BOE de 2 de marzo de 1995.

Considerando el interés superior del menor, la Ley 5/1984 considera básico asimismo que se restituya la unidad familiar en la actualidad quebrada. El art. 10 de esta Ley establece que “se concederá asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado”⁴²⁵. De este modo, la normativa española observa la Recomendación contenida en el Acta Final de la Conferencia en la que se adoptó la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, a efecto de que los gobiernos adopten las medidas necesarias para la protección de la familia del refugiado⁴²⁶. No obstante, pese a la preocupación por salvaguardar la vida familiar de éste los distintos instrumentos jurídicos no garantizan adecuadamente, una vez se ha roto la unidad familiar, el derecho a la reunificación.

Esta deficiente situación parece mejorarse mediante la Directiva 2003/86 del Consejo sobre reagrupación familiar que dedica el Capítulo V a la “Reagrupación familiar de refugiados” y, en particular el art. 10.3 a la reagrupación del refugiado menor que se encuentre en territorio comunitario sin su familia. Las instituciones comunitarias conscientes de la especial problemática que supone un menor que es refugiado y que se encuentra separado de su entorno familiar regla de forma generosa esta situación extrema. Como será objeto de desarrollo, el mencionado Capítulo V a la hora de enumerar los familiares reagrupables como al fijar el procedimiento mismo de la reagrupación establece un régimen más benévolo que el fijado para el resto de nacionales de terceros países. En concreto, al menor pasa a considerarse titular tanto pasivo, al permitírsele la entrada para reunirse con su familia, como activo de la reagrupación, al facilitar el acceso de sus familiares al territorio comunitario donde el menor resida.

En primer término, cuando se trata de reagrupar a los hijos de refugiados los Estados miembros no podrán ejercer la excepción reservada por la Directiva en el art. 4.1 *in fine* en el régimen general. Se trata de la potestad que pueden conservar los Estados miembros, siempre que su actual legislación de extranjería estatal lo contemple, que en el caso de hijos mayores de 12 años podrían examinar si éstos cumplen un criterio de integración antes de autorizar su entrada y residencia⁴²⁷. En definitiva, en el caso de hijos de refugiados, los Estados miembros no podrán en ningún caso reducir la edad en aras a la reagrupación por debajo de la mayoría de edad.

En segundo lugar, en el supuesto de que el refugiado fuese un menor no acompañado, la Directiva comunitaria lo consagra como titular activo del derecho a la reunificación familiar. Conscientes de que las circunstancias de un menor, económica y laboralmente, son muy distintas a la de un adulto eximirá a aquél a la hora de reagrupar a sus padres del cumplimiento de los requisitos fijados en el art. 4.2 a). En particular se refiere a la exigencia fijada en el régimen general de que la reagrupación de los padres podrá solicitarse siempre que éstos estén a cargo del descendiente y carezcan en el país de origen del apoyo familiar adecuado.

En tercer lugar, cuando se trata de autorizar la entrada y residencia de miembros de la familia de un refugiado menor, la Directiva también flexibiliza el régimen general al ampliar el elenco de familiares reagrupables. En concreto, el art. 10 prevé que si el refugiado fuese menor de edad no acompañado, el Esta-

[425]
BOE de 27 de marzo de 1984.

[426]
La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 no considera el principio de la unidad familiar en la definición de refugiados, sin embargo, el Acta Final de la Conferencia “Recomienda a los gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección de la familia del refugiado y especialmente para: 1) Asegurar que se mantenga la unidad familiar del refugiado, sobre todo en los casos en los que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país; 2) Asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños asilados y a los jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción”. *Vid.* SALADO OSUNA, A., (2002). La protección de los niños refugiados, *cit.*, pp. 213-214.

[427]
Si bien la enmienda 26 del Parlamento Europeo sobre la Propuesta modificada de Directiva relativa al derecho a la reagrupación familiar proponía suprimir la mencionada posibilidad de examen, ésta no prosperó. El Parlamento Europeo alegaba en aras de su eliminación que “supone una grave derogación del principio general que podría amparar justificables diferencias de trato a los menores de edad entre los Estados miembros” (Informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, de 5 de noviembre de 2002 PE 319.245).

do de acogida podrá autorizar la entrada y residencia, con fines de reagrupación familiar, de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia, cuando careciere de ascendientes en línea directa o fuese imposible encontrarlos.

En cuarto lugar, la Directiva facilita asimismo la reagrupación familiar de los asilados al eximirles del cumplimiento de ciertas formalidades y requisitos. Así, el art. 12 de la mencionada Directiva libera al refugiado de los requisitos de alojamiento, seguro de enfermedad y recursos económicos estables, siempre que presente la solicitud de asilo en el plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado (art. 12.1 *in fine*). Y, por su parte el art. 11 establece una excepción en cuanto a la aplicación de las normas comunes relativas a la presentación y examen de la solicitud. En concreto, se exige a los Estados miembros que la negativa a la reagrupación familiar no se base solamente en el hecho de que el refugiado no haya podido presentar los documentos requeridos, debiendo en este caso el Estado miembro examinar otras pruebas de la existencia de vínculos familiares.

Y, por último ha de mencionarse que el apartado segundo del art. 12 de la Directiva descarta la aplicación de otra exigencia, que si bien facultativa para los Estados, es una realidad en la mayoría de las leyes de extranjería. Me refiero al período de residencia legal que ha de cumplir el reagrupante antes de ejercer su derecho a la reunificación familiar, que gracias a la mencionada disposición no podrá exigirse a aquel que tenga la condición de refugiado⁴²⁸.

[428]

En concreto este período de tiempo que pueden fijar los Estados miembros tiene un máximo de dos años.

Bibliografía

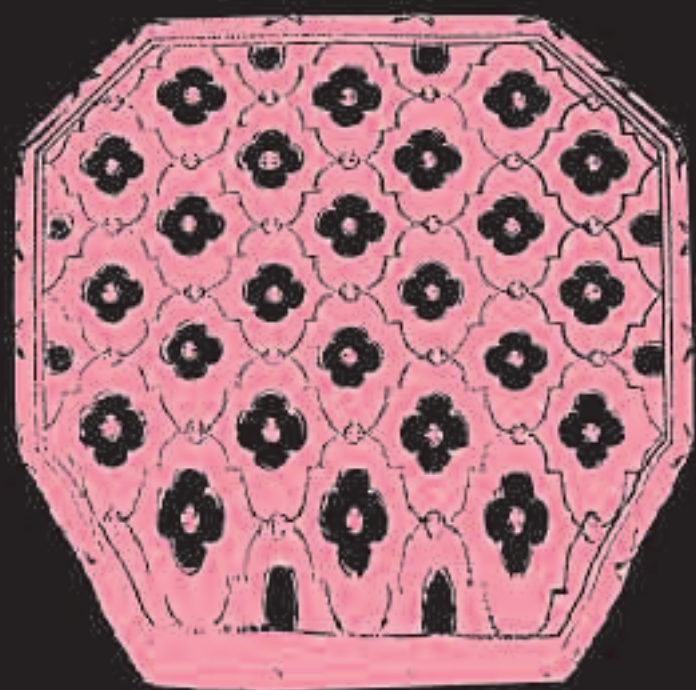
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M., y GRIEDER MACHADO, H. “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, en Rodríguez Benot, A.; y Hornero Méndez, C., (Coord.), Comares, Granada, 2001, pp. 97-144.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”, en <http://www.reicaz.es>.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. “La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, n° 2, marzo 2003, 9-51
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. “La reagrupación familiar: especial referencia al menor”, en *III Seminario sobre la investigación de la inmigración en Andalucía*, Junta de Andalucía (Ed.), 2003, pp. 79-92.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. “La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, *Revista Portularia*, n° 3, 2003, pp. 271-292.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. “La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre: hacia una armonización de la reagrupación familiar en la Unión Europea”, *Actas del II Congreso sobre la familia en el siglo XXI (celebrados en Madrid, Valencia y Sevilla en marzo 2004)*, pp. 417-426.
- BOELES, P. “Propuesta de Directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 53, 2001, pp. 125-138.
- CANEDO ARRILLAGA, M. P. “La Propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 121-142.
- CHOLEWINSKI, R. “The protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe”, *International and Comparative Law Review*, 1994-3, pp. 586 ss.
- ESPLUGUES MOTA, M. “Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, en A. Rodríguez Benot (Dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002, pp. 89-142..
- EZQUERRA UBERO, J.J. “El Derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable”, *Migraciones*, n° 1, 1997, pp. 177-215.
- JIMÉNEZ BLANCO, P. “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *La Ley*, n° 5771, 30 de abril de 2003, 1-13
- JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M. “Los pequeños emigrantes. Apuntes para un análisis transnacional de los procesos migratorios de los menores no acompañados de origen marroquí en Andalucía”, en *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Ed. Junta de Andalucía, pp. 109-122.
- KOSTAKOPOULOU, TH. “Integrating Non-EU Migrants in the European Union: Ambivalent Legacies and mutating Paradigms”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 8, n° 2, Spring 2002, pp. 181-201.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, n° 12, 2002, pp. 43-79.
- LÓPEZ BARBA, E. “El cónyuge en la nueva perspectiva jurídica del derecho a la reagrupación familiar”, en *III Seminario sobre la investigación de la inmigración en Andalucía*, Junta de Andalucía (Ed.), 2003, pp. 61-76.
- LÓPEZ BARBA E., y GARCÍA SAN JOSÉ, D. “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, n° 64, 2001, p. 58.
- LÓPEZ ULLA, J.M. “El derecho de los extranjeros a reunir la familia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, n° 20, 2002, pp. 223-246.
- MOYA ESCUDERO, M. “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería”, *La Ley*, 4982, 1 de febrero de 2000, 1696.
- MOYA ESCUDERO, M. (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001.
- RUILOBA ALVARIÑO, J. “Hacia un status jurídico armonizado de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Centro Universitario Ramón Carande, Madrid, 1999, pp. 205-211;
- RUIZ BAUDRIHAYE, J. “La reagrupación familiar en España y la Unión Europea” en *Regularización de trabajadores extranjeros y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, Fundación Paulino Torres, Barcelona, 1994, pp. 77 ss.
- SALADO OSUNA, A. “La Convención sobre Derechos del Niño. Las obligaciones asumidas por los Estados Partes”, en M. Calvo García y N. Fernández Sola (Coord.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primeras Jornadas sobre derechos humanos y libertades fundamentales*, Zaragoza, Ed. Mira, 2000, pp. 19 ss.



CAPÍTULO V

La celebración del matrimonio musulmán y su reconocimiento en derecho español

Por: Irene Blázquez Rodríguez



1. INTRODUCCIÓN: INMIGRACIÓN MAGREBÍ Y MATRIMONIO

El matrimonio comparte la doble cualidad de ser figura jurídica clave en cualquier sistema legal al tiempo que una institución estrechamente apegada al individuo y que, por consecuencia, se ve afectada por los cambios sociales así como por las creencias religiosas. Dicha evolución y pluralidad se constata tanto en el acto inicial de unión, es decir en la celebración misma, como en el estado civil que resulta del mismo⁴²⁹. Desde época relativamente reciente estamos asistiendo a una nueva evolución en la institución matrimonial fruto, *inter alia*⁴³⁰, de la inmigración masiva procedente del continente africano, y principalmente del Magreb, cuya cultura, religión y derecho es de raíz musulmán. Como ha sido objeto de análisis en capítulos precedentes⁴³¹, para el islamismo lo religioso y lo jurídico están estrechamente interrelacionados, más aún en el llamado estatuto personal, es decir, en aquellas instituciones propias del derecho de familia y, principalmente en la concepción del matrimonio.

Desde un punto de vista jurídico articular el binomio matrimonio y diversidad cultural-religiosa no siempre está exento de dificultades. Por un lado, no podemos obviar que, si bien en la Europa de nuestros días los distintos ordenamientos jurídicos albergan sistemas matrimoniales laicos, su substrato no es otro distinto que, la tradición judeo-cristiana atemperada, por supuesto, con los valores y principios constitucionales⁴³². Y, por otro, la existencia de una concepción musulmana de la familia muy distinta e incluso contraria con un Derecho de familia occidental. Así, la primera ampara una distinción de derechos y deberes entre los cónyuges según su sexo, al igual que una primacía del varón que choca frontalmente con principios básicos de los ordenamientos occidentales, tal cual es la igualdad entre hombre y mujer o el interés superior del menor⁴³³.

No obstante, y pese a esta dificultad, el objetivo básico para una integración adecuada del inmigrante magrebí en la sociedad de acogida, en nuestro caso la española, es buscar vías que permitan no sólo la actuación de los musulmanes según sus creencias sino que éstas desplieguen los correspondientes efectos jurídicos. Esta búsqueda de soluciones flexibles y abiertas ante las peculiaridades culturales, entre otras en materia matrimonial, es amparada por el ordenamiento jurídico español al igual que por la normativa internacional. Así, en primer lugar, con independencia de las diversas concepciones del matrimonio, se coincide que se está ante una institución clave para la persona humana y que, por ende, debe recibir una especial protección jurídica. Además esta tutela ampara el derecho de toda persona a contraer matrimonio, el *ius conubis*, y la propia institución matrimonial, el llamado *status maritalis*. Buena prueba de ello es el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁴³⁴. Asimismo la Constitución española incluye entre los derechos y libertades de los que gozan tanto españoles como extranjeros “el derecho a contraer matrimonio” (art. 32).

[429]

HAYOIT, P., “La conception existentielle du mariage et ses répercussions en matière d’erreur”, *Revue Droit Canonique*, 1983, pp. 9 ss.

[430]

Otra evolución importante que ha tenido la institución matrimonial en nuestros días se ha debido a un cambio en la propia mentalidad de la sociedad española. Ejemplos de este cambio que cuestiona elementos antes considerados inalienables a la institución matrimonial, como son la heterosexualidad o la indisolubilidad del vínculo, son el número ingente de uniones de hecho u homosexuales así como una cantidad creciente de separaciones. Sobre esta diversidad de uniones, *vid.* una clasificación realizada por ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996, en especial pp. 13-51.

[431]

Vid. Capítulo segundo de este trabajo.

[432]

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., destaca que “el Derecho civil español para una persona judía o musulmana no es sino la versión española del matrimonio cristiano” (en *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, 2002, p. 200 y en *III Congreso de Inmigración en España*). *Vid.* asimismo TOMÁS DE LA TORRE, J. A., “Celebración del matrimonio”, en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, M., *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 88.

[433]

MOTILLA, A., (Coord.) y otros, *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de publicaciones Universidad de Córdoba, 2003, p. 21.

[434]

Vid. asimismo el art. 23 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (*BOE* de 30 de abril de 1977) y el art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (*BOE*, de 10 de octubre de 1979). Pese a ser considerado como un derecho fundamental por tales convenios internacionales, la Constitución Española parece haberlo privado de tal naturaleza al incluirlo en el art. 32 que se sitúa fuera del Capítulo II de la Sección primera.

Junto a esta protección de la institución matrimonial, el ordenamiento jurídico español consagra la libertad ideológica, religiosa y de culto tanto de los individuos como de las comunidades. En concreto esta libertad religiosa se reconoce en el art. 16 de la Constitución Española y es objeto de desarrollo por el art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Asimismo el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales consagra una protección de toda vida privada y familiar que engloba, según ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el respeto a un particular estilo de vida familiar inclusive para grupos religiosos minoritarios.

Dado este reconocimiento de la institución marital junto con el respeto al pluralismo religioso y cultural se propician en el ordenamiento jurídico español cauces que “compatibilizan la doble condición de creyentes y ciudadanos de los miembros de minorías”⁴³⁵. Entre dichas vías hemos de destacar los preceptos dedicados al matrimonio coránico por el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (CIE), aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre⁴³⁶. Ahora bien, dicho reconocimiento civil en España del matrimonio celebrado según la forma musulmana no significa que se reconozcan todas las prescripciones que en materia matrimonial instituye el Derecho musulmán. En concreto, en la práctica nos encontraremos prescripciones coránicas que gozarán de plenos efectos jurídicos en el ordenamiento español, otras que sin ser ilícitas limitarán sus efectos a la esfera estrictamente privada y, por último, algunas mandadas o permitidas por la ley islámica pero contrarias al orden público español y, por ende, nulas e incluso sancionables por la ley española⁴³⁷.

Con el fin de analizar las distintas posibilidades y limitaciones jurídicas que el ingente colectivo magrebí tiene en materia matrimonial nuestro estudio debe partir de una aproximación al propio matrimonio islámico, centrándonos en particular en las peculiaridades en cuanto a su celebración. En segundo lugar, profundizaremos en el alcance que el principio legalmente consagrado de pluralidad de formas de celebración matrimonial posee a efectos de contraer matrimonio coránico en España. En este sentido, se prestará una especial atención en tanto que basamento jurídico para el ejercicio y reconocimiento del mismo al art. 7 del Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y las Confesiones Islámicas de España. En tercer lugar, abordaremos la cuestión de la validez y reconocimiento del matrimonio islámico por el ordenamiento jurídico español, habiendo de distinguir según éste se celebre en territorio español o en el extranjero, así como la nacionalidad de los contrayentes. Para finalizar, la práctica de la Dirección General del Registro y el Notariado nos acercará a los escollos, al tiempo que nos aclarará las principales dudas, en cuanto al reconocimiento del matrimonio musulmán a la luz del ordenamiento jurídico español.

[435]

MOTILLA, A., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, cit. p. 17.

[436]

Junto a este Acuerdo con la Comisión Islámica de España (CIE), se aprobaron mediante la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) y a través de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE), todos ellos se publicaron en el *BOE*, nº 272, de 12 de noviembre de 1992, estando en vigor desde el día siguiente al de su publicación.

[437]

Vid. MOTILLA, A., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, cit., pp. 22 y 23.

II. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO SEGÚN EL DERECHO ISLÁMICO

Desde un punto de vista jurídico, dos elementos afloran como esenciales en la formación del matrimonio: por una parte, el concurso de voluntades entre un hombre y una mujer, y por otra, éste implica un acto solemne de acuerdo con las condiciones legalmente establecidas⁴³⁸. La celebración del matrimonio en Derecho musulmán tiene como nota característica la simplicidad tanto en cuanto a la forma de prestar consentimiento como al requisito de la presencia de autoridad competente para validar el acto.

En el Islam el matrimonio o *nikah*⁴³⁹, al igual que sucede con cualquier creencia religiosa, está sacralizado. Prueba de ello es que, normalmente, la celebración de todo matrimonio islámico se acompaña de la lectura del primer capítulo del Corán⁴⁴⁰. De este modo, el matrimonio tendrá un doble interés: “*en su cualificación religiosa y en su vertiente de instituto privado con repercusiones tanto en el ámbito estrictamente privado como en el público*”⁴⁴¹. Esta doble dimensión conllevará que tanto en la forma de contraer matrimonio como en los efectos del mismo confluyan preceptos jurídicos y religiosos.

Como regla general, el *nikah* puede definirse como un contrato entre dos esposos concluido en presencia del tutor y de dos testigos. La celebración del matrimonio se caracteriza por su sencillez puesto que, si bien normalmente se lleva a cabo ante la autoridad religiosa, ello no es indispensable para la validez del mismo. Esa naturaleza contractual⁴⁴² del matrimonio se plasma en los siguientes Códigos⁴⁴³:

Art. 4 del Código de Familia Argelino:

“El matrimonio es un contrato que tiene lugar entre un hombre y una mujer de acuerdo con una forma legal. Cuya finalidad es, entre otras, la formación de una familia, basada en el amor, la compasión, la cooperación, la castidad de los dos esposos y la preservación de un linaje legítimo”.

El art. 1 del Código marroquí del Estatuto personal (*Mudawana*):

“El matrimonio es un pacto legal entre un hombre y una mujer para unir y mantenerlos juntos de un modo permanente, cuya meta es la integridad y la castidad y el crecimiento de la población de la nación mediante la fundación de la familia bajo el cuidado del marido, basada en una estable fundación, y requiriendo de las partes contratantes sobrellevar sus cargas con la verdad, la paz, el afecto y el respeto”.

Cuando se alude al carácter contractual del matrimonio islámico la tendencia más extendida ha sido considerarlo análogo a la compraventa. Dicha semejanza se ha basado en las condiciones de validez de ambos contratos así como en la prestación del consentimiento por las partes. Con respecto al primer aspecto, un requisito básico de todo matrimonio islámico es la dote que puede considerarse, con una lógica cautela, como una entrega por el esposo a modo de pago de la mujer. Asimismo, esa equiparación con la compraventa viene dada por la forma en que la mujer ha de prestar su consentimiento, a través del *wali* o tutor marital, que hace las veces de representante.

Refiriéndonos a la celebración misma del matrimonio, el *nikah* se compone de dos elementos básicos, una oferta y la aceptación fruto de esa naturaleza con-

[438]

En el Código Civil español tales requisitos se derivan de los arts. 44, 45 y 49.

[439]

Junto al término *nikah*, se puede encontrar asimismo empleado el término *zawaj*.

[440]

Ha de destacarse que el Corán dedica mucha atención al matrimonio en comparación con otras cuestiones legales. En efecto, tal como ha analizado G. MOURSI BADR, de sus 2637 versos sólo el tres por ciento tiene sentido legal refiriéndose éstos al Derecho de familia y sucesiones (“Islamic Law: its relation to other legal systems”, *American Journal of Comparative Law*, 1978, vol. 26, pp. 187-198, en particular p. 188).

[441]

ACUÑA, A., Y DOMÍNGUEZ, R., en MOTILLA, A. (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, cit., p. 31.

[442]

En cuanto a la naturaleza contractual del matrimonio en Derecho musulmán, vid. *inter alia*, SUDQI EL ALAMI, D., *The Marriage Contract in Islamic Law (in the Shri'ah and Personal Status Law of Egypt and Morocco)*, Graham and Trotman, London, 1999, en especial pp. 10-26; MILLOT, L., ET BLAC, F. P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2ème éd. Paris, 1987, p. 298.

[443]

Asimismo el Código sirio, iraquí y jordano, en sus artículos 1, 3 y 2 respectivamente, definen el matrimonio como: “un contrato entre un hombre y una mujer que tenga plena capacidad para ser su mujer con el objetivo de una vida en común y la procreación”. En Sudán existe una definición casi idéntica, pero pone el hincapié en que ésta es una unión para siempre (art. 11).

tractual aludida⁴⁴⁴. Tales declaraciones, las cuales deben ser pronunciadas en el mismo acto⁴⁴⁵, son realizadas por las mismas partes o bien por el tutor matrimonial, en el caso de la mujer. Uno de los elementos peculiares del matrimonio musulmán es el requisito imprescindible para la validez formal del matrimonio de la presencia del tutor o *wali*⁴⁴⁶ en las negociaciones previas y en la celebración del mismo. Este tutor marital debe ser varón y guarda, normalmente, con la futura esposa una relación de parentesco en el marco de un orden jerárquico fijado por el Derecho⁴⁴⁷. Además, no todas las mujeres son representadas con la misma intensidad a cargo del *wali* sino que dependerá tanto de quien desempeñe dicha función como del propio status de la representada. De acuerdo con el “clásico *Sharia tenets*”, en el matrimonio han de distinguirse dos categorías en cuanto a la función del *wali*: a) el tutor con capacidad para obligar actúa cuando la persona tiene limitada o carece de capacidad legal; b) el tutor sin capacidad para obligar interviene en el caso de que la mujer tenga plena capacidad legal, pero si bien ésta, siguiendo la tradición, delega la conclusión del matrimonio a un tutor⁴⁴⁸. La diferencia en un caso y otro es relevante puesto que mientras en el primero el tutor podría concluir el matrimonio incluso sin el consentimiento o aceptación de la mujer, en el segundo caso el tutor funciona más como un agente que como un tutor propiamente⁴⁴⁹.

Otro elemento clave en la celebración del matrimonio es la presencia de dos testigos al constituir una exigencia *ad solemnitatem* y no meramente formal⁴⁵⁰. A diferencia del *wali* que tiene una función más activa en el acuerdo matrimonial, la labor de los testigos se limita a testimoniar la prestación del consentimiento así como los pactos acordados por las partes⁴⁵¹. En cuanto a las condiciones que deben de cumplir tales testigos son: ser dos varones y de religión musulmana. Esta inhabilitación de la mujer para ser testigo es, no obstante, suavizada por algunas escuelas como los *sunnitas* o los *hannafitas* si bien con la limitación de que nunca podrían concurrir para desempeñar esta función testifical exclusivamente mujeres. En cuanto a la profesión de fe de los testigos existe una excepción ya que si la esposa fuese no musulmana, éstos pueden ser asimismo no musulmanes siempre que sean monoteístas⁴⁵². En efecto, la presencia de tales testigos se potencia porque la celebración del matrimonio no siempre se acompaña de un documento escrito a modo de prueba, viniendo a cumplir éstos tal finalidad.

En principio, con la presencia de las personas mencionadas –los esposos, el tutor marital y los testigos–, bastaría para la conclusión de un matrimonio válido, no requiriéndose por tanto la presencia de autoridad civil o alguna que haga sus veces, como es costumbre en los ordenamientos jurídicos occidentales. Sin embargo, en la actualidad junto con la forma tradicional islámica, la mayoría de los países musulmanes prevén la celebración del matrimonio ante autoridad religiosa o autoridad civil con connotaciones religiosas. Por otra parte, tampoco se exige a efecto de validez que el contrato matrimonial sea registrado en un documento formal o informal, admitiendo de este modo el llamado matrimonio “*coutumier*”⁴⁵³. En efecto, se parte de la idea que el legislador no puede condicionar la validez de tal matrimonio a requisitos formales suplementarios. Pese a ser ésta su costumbre, tanto desde el punto de vista religioso como legal, los Estados islámicos insisten cada día más, a efecto de facilitar su prueba en caso de disputa, sobre la necesidad de guardar ciertas formas o de inscribir el matrimonio ante la autoridad civil estatal⁴⁵⁴.

[444] PEARL concreta, al hilo del asunto *Ghulamkubra v. Mohammad Shafi*, que la celebración del matrimonio musulmán comprende las siguientes fases: en primer lugar, el novio plantea una oferta de matrimonio que es aceptada por el representante de la novia, una vez que ésta no se ha opuesto. A continuación, el *mullah* o *cadí* demanda al novio por la oferta de matrimonio y constatada su firmeza, se dirige al representante de la novia. Una vez que ambas partes se han puesto de acuerdo, el matrimonio se considera completado (PEARL, P., & MENSKI, W., *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998, p. 140).

[445] NASIR, J. J., insiste que el ofrecimiento y la aceptación deben coincidir en el mismo acto ya que si el encuentro se produjera antes de la oferta y antes de la aceptación, la oferta deviene nula (*The Islamic Law of Personal Status*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 49).

[446] BENMELHA, G., *Éléments du droit algérien de la famille. Le mariage et sa dissolution*, vol. 1, Paris 1985, p.79.

[447] De acuerdo con la escuela *Sunni* los tutores matrimoniales deben ser en el siguiente orden: 1º. los hijos o incluso nietos; 2. ascendientes, el padre, abuelo o siguientes; 3º los hermanos y sus descendientes varones. Incluso, la figura del tutor puede venir representada por una persona extraña a la familia, pudiendo ostentar tal función el Estado y sus representantes, principalmente los jueces (NASIR, J. J., *idem.*, p. 53). Tales reglas son seguidas por la mayoría de los Códigos nacionales musulmanes, tales como el de Jordania (art. 9), Marruecos (art. 11), Túnez (art. 8) o Siria (art. 21).

[448] En principio, la mujer solo podría contratar por sí misma el matrimonio si tiene capacidad para administrar sus bienes, es rica y considerada o está autorizada para ello (GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 64).

[449] NASIR, J. J., *The Islamic Law of Personal Status*, *cit.*, p. 52.

[450] En este sentido, LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de Droit Musulman Comparé*, 2 vol. Paris, 1965, p. 99. Si bien esta es la regla general, ha de tenerse en cuenta la existencia de varias escuelas dentro del Islam con prácticas distintas en cuanto a las cuestiones matrimoniales y, en general, de la familia. Así para los musulmanes de tendencia Shiita la ausencia de testigos en la celebración del matrimonio no llega a invalidar éste (RIOSALIDO GAMBOTTI, J., *Compendio de Derecho Islámico. Ibn Abi Zayd Al-Qay-rawání*, Madrid, 1993, p. 190).

[451] Han destacado ACUÑA, S.; Y DOMÍNGUEZ, R., (en *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, *cit.*, p. 41) que la misión fundamental de estos testigos “es la de garantizar la existencia del matrimonio mismo como exigencia de publicidad de un acto eminentemente privado, pero con consecuencias que trascienden ese estrecho marco”.

[452] *Vid.* en este sentido el art. 16 del Código jordano.

[453] ALDEEB ABU-SALHIEH, S. A., *Les musulmans en Occident entre droits et devoirs, L'Harmattan*, Paris, 2002, p. 155.

Un último elemento clave para celebrar validamente el matrimonio islámico es que el novio, o en su nombre el padre o tutor, entregue a la familia de la novia la dote o *sadac* a efecto de que sea aceptada la propuesta matrimonial. Sobre esta exigencia, dada la estrecha interrelación con el papel desempeñado por la mujer en el matrimonio me remito al análisis esbozado en un capítulo específico de este trabajo.

Una vez esbozadas las características básicas del matrimonio musulmán, en el apartado siguiente nos adentraremos en la normativa española reguladora del matrimonio dado que ésta fijará las condiciones y exigencias para el reconocimiento del matrimonio coránico en España.

[454]

A modo de ejemplo: En Egipto, el legislador ha establecido como condición para que sea vista una causa matrimonial ante los tribunales egipcios que tal unión sea probada mediante un acta formal de matrimonio (Decreto 78/1931 en cuanto al Reglamento y Procedimiento de los Tribunales, art. 99, párrafo 4 y 5). De mayor rigidez resulta la Ley tunecina 3/1377 de 1957 sobre el estado civil al establecer que un documento formal es la única manera de probar el matrimonio. Para un análisis completo sobre los requisitos formales exigidos por las distintas leyes estatales islámicas, *vid.* NASIR, J. J., *The Islamic Law of personal Status*, *cit.*, pp. 70-75.

III. EL DERECHO ESPAÑOL Y LA PLURALIDAD DE FORMAS DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

1. Marco jurídico general

El actual sistema matrimonial español que instaura un matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración⁴⁵⁵ constituye uno de los logros constitucionales acaecidos en 1978 hacia la democratización de España. Antes de la Constitución la formación del matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico estaba dominado por la confesionalidad católica-romana⁴⁵⁶. En efecto, durante el periodo preconstitucional la situación que imperó en España se caracterizaba por la “coexistencia desarmónicas de dos formas de matrimonio”⁴⁵⁷: el matrimonio canónico, obligatorio en la mayoría de los supuestos, y el matrimonio civil de carácter residual para los casos de probada acatolicidad⁴⁵⁸.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 el sistema matrimonial español sufrirá un giro copérnico a raíz del nuevo modelo político establecido en España. Como define el art. 1 de la Constitución España se conforma como un “Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. En concreto serán los arts. 14 y 16, al garantizar para todos los ciudadanos la no discriminación por razón de religión y garantizar la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, los que aportan el basamento jurídico adecuado para una nueva concepción del matrimonio en España. Estos preceptos, junto con el art. 9 que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que aquellos se integran sean reales, así como remover los obstáculos existentes, constituyen el basamento jurídico adecuado para el desarrollo de un nuevo sistema matrimonial español.

En concreto, fue la Ley 30/1981, de 7 de julio⁴⁵⁹, la que desarrolló fundamentalmente este régimen constitucional mediante una nueva redacción de los anteriores artículos del Código civil hacia la instauración de un matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración, civil y religiosa⁴⁶⁰. De esta forma, el art. 59 Cc. quedaba redactado de la siguiente manera: “*El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados por el Estado o en su defecto autorizados por la legislación de éste*”. Otra disposición básica en cuanto a esta transformación es la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), de 5 de julio de 1980, ya que, por una parte, su art. 2 prevé que los poderes públicos lleven a cabo una serie de prestaciones para que la libertad religiosa sea efectiva y real⁴⁶¹ y, por otra, su art. 7 prevé la celebración de acuerdos y convenios entre el Estado y las confesiones religiosas acatólicas⁴⁶². Haciendo uso de esta posibilidad se firmaron, el 10 de noviembre de 1992, los Acuerdos de cooperación con confesiones no católicas de reconocido arraigo en España, –la evangélica, la hebrea y la musulmana⁴⁶³–. En estos Acuerdos junto con cuestiones tales como la naturaleza de las confesiones o la educación religiosa en los colegios, se desarrolló un amplio artículo 7 a efecto de reconocer los efectos civiles del matrimonio celebrado ante los ministros de culto o representantes de tales comunidades o confesiones religiosas siempre que se cumplan un conjunto de requisitos que la misma disposición enumera⁴⁶⁴.

[455]

Según la doctrina mayoritaria, el ordenamiento jurídico español instituye el sistema anglosajón, es decir, un sistema de matrimonio civil único con pluralidad de formas de celebración. *Vid.* CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “Notas sobre el denominado sistema matrimonial español”, en *Centenario del Código Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 501 ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. “Comentario al artículo 49 del Código. Aspectos de Derecho internacional privado”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 276 ss. Asimismo existe un sector minoritario que considera que se está ante un sistema latino donde existen varias clases de matrimonio que se rigen por su concreto Derecho confesional. *Vid.* DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J., “Comentario al artículo 63 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 306 ss.

Tal como han destacado, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.; Y GALÁN SOLDEVILLA, L. con respecto al matrimonio canónico es donde surgen las mayores dificultades de encuadre sobre si se trata de una simple forma de celebrar matrimonio o, por el contrario, de una clase en sí; cuando se trata del matrimonio religioso no canónico, la cuestión parece clara, rigiendo un sistema facultativo anglosajón (“El matrimonio religioso no canónico celebrado en España, aproximación a las leyes nº 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992, *Actualidad Civil*, nº 13, 1993, pp. 221-222).

[456]

Con excepción del periodo de vigencia de las leyes de matrimonio civil de 1870 y 1932.

[457]

Según aclaraba el Decreto Cárdenas, de 9 de febrero de 1978, el matrimonio civil subsiste para los extranjeros “de otras creencias” residentes en territorio español, y para los “malos católicos”, a los que el legislador de la Restauración no quería privar, según el preámbulo del citado decreto, “de los medios de constituir familias que puedan ingresar algún día en el seno de la Iglesia”.

[458]

Dicha acatolicidad que abría las puertas al matrimonio civil debía probarse ante el Encargado del Registro Civil. Además en muchos casos el reconocimiento de esa acatolicidad no estaba exento de dificultades sobre todo para aquellos que habiendo sido bautizados ya no practicaban la religión católica bien por profesar otra fe distinta o bien ninguna. MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Madrid, 1982, p. 325.

[459]

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (*BOE*, nº 172, de 20 de julio de 1981).

[460]

Retomando la distinción de MOLINA HERREZUELO entre “formas” y “clases” considerando las primeras como solemnidades externas que exteriorizan las voluntades y las segundas los distintos modelos unitarios de regulación de la relación matrimonial. *Vid.* MOLINA HERREZUELO, P., “Problemática sobre la forma del matrimonio a la luz de los artículos 53, 73.3 y 789 del Código Civil”, *Anuario Civil*, 1990-2, p. 84.

[461]

Art. 2.1.: “La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona:... b) ...celebrar sus ritos matrimoniales...”.

2. El Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Comisión Islámica de España, en materia matrimonial

2.1. Consideraciones previas

La firma de los mencionados Acuerdos de cooperación con las entidades evangélicas, las comunidades judías y la Comisión Islámica de España suponen un marco de actuación entre el Estado español y esas confesiones minoritarias con arraigo en nuestro país. Si bien nuestro análisis sobre dichos Acuerdos de cooperación se centrará necesariamente en el art. 7, relativo a celebración del matrimonio, es conveniente apuntar una serie de ideas en cuanto al modelo y la forma legal elegida.

Los antecedentes inmediatos de los Acuerdos de cooperación firmados entre el Estado español con las respectivas comunidades religiosas no católicas se encuentran en países de nuestro entorno como Alemania e Italia⁴⁶⁵. Asimismo el Estado tomaría como modelo para la redacción de los tres Acuerdos, los Acuerdos firmados con la Iglesia Católica, el 3 de enero de 1979, si bien se apartan de ellos en importantes ámbitos materiales como el matrimonio. Por el contrario, dicha discrepancia contrasta con la amplia similitud que poseen entre sí los textos de los distintos Acuerdos de cooperación firmados con las minorías religiosas no católicas.

En cuanto a la forma legal elegida para estos Acuerdos de cooperación ha sido la Ley, si bien la doctrina coincide en que su substrato está en el pacto bilateral⁴⁶⁶. En efecto, tras el preacuerdo suscrito entre el Ministerio de Justicia, por una parte, y los representantes de las distintas comunidades no católicas, se aprueba en las Cortes Generales a través de la Ley 26/1992⁴⁶⁷. La naturaleza jurídica de estos

[462]

Sin embargo, éste no fue el caso de la Iglesia Católica dado que al tiempo que se redactaba la Constitución se llevaban a cabo las negociaciones para sustituir el Concordato de 1953 por los Acuerdos de la Santa Sede, firmándose éstos en el año 1979, es decir al poco tiempo de la entrada en vigor de nuestra norma fundamental. Incluso algunos autores han llamado la atención sobre este hecho, dado que el desarrollo armónico de la Constitución se ha visto soslayado en materia religiosa ya que tales Acuerdos más que postconstitucionales son preconstitucionales (SERRANO, C. "Los Acuerdos del Estado Español con las Confesiones no católicas", *Anuario de Derecho Eclesiástico y del Estado*, 1988, p. 96).

Los cuatro Acuerdos firmados entre el Estado español y la Iglesia Católica Romana, el 3 de enero de 1979, son los siguientes: a) el de Asuntos Jurídicos en el que se reconoce la personalidad, autonomía y libertad de la Iglesia Católica, el sistema de matrimonio civil-canónico y las relaciones de cooperación entre el Estado y la Iglesia; b) el de Enseñanzas y Asuntos Culturales; c) el de Asuntos Económicos; y d) el de Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de los Clérigos. Publicados en *BOE* de 4 de diciembre de 1979.

[463]

Cit. supra.

[464]

Ha de llamarse la atención que los Acuerdos se refieren a ministros de culto en el caso de las Confesiones evangélicas y las Comunidades israelitas en España,

mientras que hablan de representantes en relación a las Comunidades musulmanas. La palabra culto es de tradición protestante y denota una diferenciación con la misa católica. Dado que el trasfondo de la palabra culto es plenamente cristiano no entendemos la razón de su alusión a los rabinos como "ministros de culto". Por otra parte, el término confesión o iglesia se utiliza para las comunidades de base cristiana tanto evangélicas como católico-romanas, mientras que el término comunidad es utilizado para las israelitas o musulmanas.

[465]

Pese a constituir un antecedente legal de los Acuerdos españoles, el caso alemán es distinto al haber optado el Estado por la firma de acuerdos que conceden el mismo trato a todas las iglesias, sean protestantes como católicas. Por el contrario, en este sentido la experiencia italiana es semejante a la española ya que las confesiones distintas a la católica romana tampoco gozan de igual tratamiento. Sobre los Acuerdos alemanes, *vid. amplius*, SABALZA BAS, I., "Separatismo y cooperación en el Derecho comparado. La experiencia alemana", en REYNA, V.; Y ÁNGELES FELIX BALLESTA, M., *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, *cit.*, pp. 45 ss.; LISTL, J., "Desarrollo y significación de los Concordatos y Acuerdos eclesiásticos en el Derecho eclesiástico de la República Federal de Alemania", en *Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado. Actas del II Simposio Hispano-Alemán*, Madrid, 1988, pp. 47-61. Sobre los Acuerdos italianos, *vid. amplius*, CAMARERO SUÁREZ, M., "Los sujetos estatales y confesionales de los Acuerdos. Federaciones confesionales y problemática", en REYNA, V.; Y FELIX BALLESTA, M. A., *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, *cit.*, pp. 207 ss.

[466]

En relación a la naturaleza de tales Acuerdos, CARRIÓN OLMOS destaca que dicho contenido que podemos definir como bilateral les dota de cierta singularidad respecto al resto de proyectos de ley –rigurosamente "unilaterales"–, en los que no sólo la iniciativa para su tramitación parlamentaria sino también su contenido corresponden exclusivamente al Ejecutivo ("Sistema matrimonial y Acuerdos con otras confesiones", *Actualidad Civil*, nº 5, 1-7 de febrero de 1993, p. 93). Hay autores que ante la gran similitud entre los tres Acuerdos de cooperación argumentan que más que un acuerdo, que supone la voluntad de dos partes, parece que ha habido una determinación del contenido sustancial por una de ellas, el Estado, pues sino no se explicaría la profunda similitud aludida (GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.; Y GALÁN SOLDEVILLA, L., "El matrimonio no canónico celebrado en España, *cit.*, 226-227).

[467]

Tal como especifica CONCHEIRO TEIJIDO, ha de distinguirse entre el Acuerdo en sí, que es un pacto o acuerdo de voluntades entre el Estado español y los representantes de las confesiones, y la ley de aprobación de dicho Acuerdo, que es el medio a través del cual se incorpora el contenido del Acuerdo al ordenamiento jurídico español ("Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos españoles con las confesiones religiosas minoritarias y el principio de igualdad", en REYNA, V.; Y FELIX BALLESTA, M. A., *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, *cit.*, p. 541). En efecto, mientras los preacuerdos de cooperación fueron firmados el 21 de febrero de 1990, aprobados por el Consejo de Ministros el 10 de abril de 1992, la ley que los incorpora a nuestro ordenamiento es de 10 de noviembre de 1992.

Acuerdos de cooperación discrepa con los Acuerdos Jurídicos con la Santa Sede. En efecto, éstos últimos tienen la condición de tratados internacionales mientras que los aludidos Acuerdos de cooperación se limitan, tal como ha calificado el Consejo de Estado en su Dictamen de 31 de enero de 1991, a convenios de Derecho público interno⁴⁶⁸. Como será objeto de análisis en las siguientes líneas, esta diferente categorización en cuanto a la forma de pactar con el Estado va a justificar, en ciertos casos, el reconocimiento civil de ciertos matrimonios, y no de otros, según se trate del rito católico o bien del evangélico, hebraico o musulmán.

2.2. Ámbito de aplicación del Acuerdo

La determinación del ámbito de aplicación del Acuerdo de cooperación con la Comisión Islámica Española resulta básico con el fin de precisar el alcance y, por ende, la validez civil del matrimonio celebrado según el rito musulmán⁴⁶⁹.

En el ámbito personal es factible distinguir diversos destinatarios o actores de este Acuerdo: la *Comisión Islámica de España, la comunidad local, los dirigentes religiosos y los fieles*. En primer lugar, la Comisión Islámica de España agrupó con el fin de negociar con el Estado a través de un interlocutor único a las distintas comunidades islámicas registradas, agrupadas éstas a su vez en dos asociaciones: la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI) y la Unidad de Comunidades Islámicas de España (UCIDE)⁴⁷⁰. De hecho, dada esta dualidad durante una primera etapa se intentó, sin éxito, la negociación a través de dos comisiones. En segundo lugar, cada comunidad local⁴⁷¹ además de estar anotada en la sección especial del Registro de Entidades Religiosas debe pertenecer a la Comisión Islámica Española, inscrita el 19 de febrero de 1992⁴⁷². En tercer lugar, el dirigente religioso (*cadí, mullah o imám*) de las distintas comunidades islámicas debe ser persona acreditada tanto por la comunidad particular que regenta como por la CIE⁴⁷³. A diferencia de la técnica tradicional del presupuesto utilizada para definir el ministro de culto⁴⁷⁴, los acuerdos de cooperación aportan un concepto jurídico civil de esta figura en el art. 3 del Acuerdo⁴⁷⁵. Y, por último, en relación a los fieles, tal Acuerdo afecta directamente a todas aquellas personas, tanto de nacionalidad española como extranjera, que profesen la confesión musulmana en nuestro país⁴⁷⁶.

En cuanto al *contenido material* del mencionado Acuerdo de cooperación con la CIE, dado que éste instrumento tiene como objetivo básico desarrollar el principio constitucional de libertad religiosa y de culto su contenido es amplio y variado. Así a lo largo de sus 13 artículos⁴⁷⁷ se realizará una referencia expresa a los aspectos más relevantes del ejercicio de esta profesión de fe, encargándose su art. 7 de los caracteres que ha de cumplir el matrimonio islámico para surtir los consabidos efectos civiles.

Con relación al *ámbito espacial* del Acuerdo, aunque no dice nada expresamente su articulado, debemos de circunscribir éste al propio ámbito de la ley que lo aprueba. A diferencia de los Acuerdos Jurídicos con la Iglesia Católica Romana que, tal como antes expusimos, tienen el carácter de convenios internacionales, el resto de los Acuerdos de cooperación con las confesiones evangélica, israelita y musulmana son pactos con el Estado español aprobado mediante una ley estatal. Por ello, mientras que el efecto del primero va más allá de nuestras

[468]

Si bien tales Acuerdos de cooperación no comparten al igual que los Acuerdos Jurídicos de la Santa Sede la naturaleza de Convenio internacional que le confiere el carácter de Derecho originario, no se puede obviar que en el caso de los Acuerdos estamos ante leyes ordinarias si bien especiales por su contenido, su trámite especial de aprobación por la vía de lectura única y el hecho de tener como substrato un pacto entre el Gobierno y los representantes de las Confesiones (GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, cit., p. 218). De hecho atendiendo a tales peculiaridades, MARTÍNEZ BLANCO ha situado a tales Acuerdos sometidos a la Constitución, jerárquicamente por debajo del Derecho internacional pero por encima del resto de normas internas (MARTÍNEZ BLANCO, A., *Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, Madrid, 1993, p. 57). Para un estudio detallado sobre la naturaleza jurídica de estos Acuerdos, vid. por todos, CONCEIRO TEIJIDO, F. A., "Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos españoles con las confesiones religiosas minoritarias y el principio de igualdad", cit. pp. 537-544.

[469]

Siguiendo así el criterio aportado por GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, cit., pp. 220-223.

[470]

"Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas" y "Unión de Comunidades Islámicas de España". Sobre esta problemática negociadora, vid. FERNÁNDEZ-CORONADO, A., "Los Acuerdos con las confesiones minoritarias desde una perspectiva histórica. Itinerario de las negociaciones", en REYNA, V.; Y FELIX BALLESTA, M. A., *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp. 146 ss.

[471]

Lógicamente sólo puede hablarse de "Iglesia" en cuanto a comunidades cristianas sean católico-romanas o evangélicas mientras que cuando nos referimos a la confesión hebrea y musulmana ha de emplearse el término "Comunidades".

[472]

Vid. art. 1 del Acuerdo. Tal como se ha especificado en la Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN), de 4 de enero de 1998 (apdo. III, *in fine*, de los Fundamentos de Derecho, *Anuario de la Dirección General del Registro y el Notariado*, (en adelante AnDGRN), p. 2681).

[473]

Vid. art. 3 del Acuerdo.

[474]

En palabras de BERNÁRDEZ CANTÓN: "La figura del presupuesto surge cuando, al disciplinarse jurídicamente una materia determinada, se parte de conceptos que no tienen su origen en el propio ordenamiento, sino que se toman de un campo fenomenológico distinto". Vid. BERNÁRDEZ CANTÓN, A., "Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Lombardía", AAVV, *La mención de la Iglesia Católica en la Constitución española*, Universidad de Navarra y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p. 412.

[475]

Como ha destacado RAMÍREZ NAVALÓN la fórmula adoptada por los Acuerdos de cooperación supone una novedad no sólo a nivel interno sino también desde el punto de vista del Derecho comparado si se piensa en

fronteras, los segundos se circunscriben al territorio español. En efecto, esta limitación en cuanto a su ámbito territorial casa con dificultad con el fenómeno religioso y la profesión de una determinada confesión al no entender éstas de fronteras ni de límite espacial. Tal como analizaremos, dicha limitación territorial aflora especialmente en el ámbito matrimonial dado que si el vínculo se celebra según el rito musulmán en el extranjero, éste sólo tendrá validez en España si ésta es una de las formas aceptadas según la *lex loci celebrationis*.

En cuanto a la *vigencia temporal* del Acuerdo, éste se encuentra en vigor desde el 13 de noviembre de 1992, es decir desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La única duda que podría plantearse en este sentido se centraba en la posible retroactividad del mismo. Incógnita que pronto se desvaneció gracias a una Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado, de 10 de febrero de 1993, que declara expresamente la inexistencia de todo matrimonio celebrado según estos ritos religiosos acatólicos con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo⁴⁷⁸.

3. La celebración del matrimonio musulmán según el art. 7 del Acuerdo

El art. 7 del Acuerdo de cooperación se expresa así:

“1. Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código civil.

Los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

2. Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente. (...).”

3.1. Sobre el significado y alcance de la celebración del matrimonio según la forma islámica

El transcrito art. 7 describe los requisitos y exigencias legales que habrá de completar el matrimonio islámico a efecto de su validez e inscripción en el Registro Civil Español. Este precepto al iniciar su redacción atribuyendo “efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma establecida en la Ley Islámica...” parece impedir así la más mínima recepción a efectos civiles de normativas confesionales sustantivas. Con ello, si bien es cierto que el Islam contiene normas sobre el matrimonio que reglamentan también aspectos sustantivos del mismo como la capacidad, el consentimiento, el contenido o la extinción, no es menos que al no pasar tales uniones de ser matrimonios civiles en forma religiosa para los aspectos mencionados la única legislación operativa será la civil a través de la jurisdicción estatal⁴⁷⁹. Esta limitación de los preceptos religiosos exclusivamente a la forma de celebración es una constante asimismo en los Acuerdos de cooperación con las entidades evangélicas y las comunidades judí-

países de nuestro entorno como Italia o Francia. *Vid.*, RAMÍREZ NAVALÓN, R. M., “Acuerdos del Estado español con los judíos, musulmanes y protestantes”, *Los ministros de culto*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1994, p. 140.

[476]

Ha de llamarse la atención que las mencionadas disposiciones del Acuerdo no hacen alusión alguna en caso de elección por los contrayentes de una forma religiosa a la *professio religionis* de los mismos. En este sentido, GONZÁLEZ CAMPOS entiende que tal profesión de fe es requerida si se opta por un matrimonio de tal naturaleza, apreciándose ésta conforme al ordenamiento de dicha confesión. *Vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Art. 49. III. Aspectos de Derecho internacional privado”, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 276.

[477]

Así, el art. 1 establece el ámbito de aplicación de las leyes, el art. 2 instituye la inviolabilidad de los lugares de culto; los arts. 3, 4 y 5 se refieren a los ministros de culto: concepto y regulación del secreto en sus funciones, servicio militar, Seguridad Social; el art. 6 determina qué debe considerarse como propio de esta religión; el art. 7 se refiere a los efectos civiles del matrimonio según la forma musulmana; el art. 8, consagra, por una parte, el derecho a participar en actividades y ritos religiosos y, por otra, el art. 9 a recibir asistencia religiosa; el art. 10, el derecho a recibir educación religiosa en la educación pública; el art. 11, alude a las obligaciones y exenciones fiscales de las entidades religiosas; el art. 12, establece el respeto a las fiestas religiosas en el orden laboral y educacional; y, para finalizar, el art. 13 prevé la cooperación respecto a la conservación y fomento del patrimonio histórico, artístico y cultural de dichas confesiones.

[478]

BOE nº 47, de 24 de febrero de 1993.

[479]

Título IV del Libro I del Código civil.

as. Distinto alcance, no obstante, se le reconoce a la normativa canónica, según corroboran los Acuerdos Iglesia-Estado, el matrimonio canónico debe “celebrarse según las normas del Derecho canónico”, incluyéndose así no sólo requisitos en cuanto a la forma, sino también admitiendo ciertos requisitos sustantivos⁴⁸⁰.

Por otra parte, hemos de aclarar que la admisión de esa pluralidad de formas no significa el reconocimiento civil de cualquier forma o de matrimonios informales⁴⁸¹, *a sensu contrario* en el sistema español para la existencia del matrimonio continúa siendo imprescindible que el consentimiento se manifieste en una forma determinada legalmente establecida. Tal como señala J. D. GONZÁLEZ CAMPOS la noción de “forma de prestación del consentimiento matrimonial” implica dos elementos: cómo ha de otorgarse tal consentimiento y que éste ha de prestarse ante una determinada autoridad, civil o religiosa, que será la que declare constituida la unión⁴⁸². Con carácter general, la celebración del matrimonio y su validez en el ordenamiento español se articula en torno a tres momentos: a) *la comprobación de la capacidad nupcial* de los cónyuges a través del expediente previo matrimonial⁴⁸³; b) *la prestación del consentimiento* ante dos testigos y una autoridad tanto civil como religiosa; y, c) *la inscripción del matrimonio en el Registro Civil* competente para que produzca plenos efectos. De acuerdo a estas pautas se articula el matrimonio tanto civil como religioso según la forma evangélica, israelita y musulmana, si bien en el caso de esta última con ciertas especificidades.

3.2. Capacidad de los contrayentes y modalidades de celebración

En relación a la comprobación de la capacidad nupcial, el art. 7 antes transcrito parece admitir dos modalidades de celebración de matrimonio musulmán *con o sin expediente matrimonial previo*; con lo que éste comporta de instrumento clave a efecto de comprobar si los contrayentes tienen la capacidad nupcial requerida. Dada la falta de claridad en la redacción del precepto, esta admisión de dos modalidades distintas de contraer matrimonio no fue generalmente admitida por la doctrina⁴⁸⁴. No obstante, la DGRN en su Instrucción de 10 de febrero de 1993, parece zanjar la cuestión admitiendo dicha dualidad alegando que “*aunque la letra del art. 7 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España puede inducir a confusión, de la comparación de su texto con el de los dos restantes Acuerdos y de los antecedentes en la negociación, se desprende que quienes quieran contraer matrimonio islámico pueden acudir al mecanismo expuesto en el apartado anterior (se refiere con expediente matrimonial previo), pero también pueden, sin acudir previamente al Registro Civil proceder a celebrar directamente el matrimonio religioso*”⁴⁸⁵. Tal como han señalado diversos autores, esta Instrucción más que aclarar complica aún más el panorama, mermando así la seguridad jurídica⁴⁸⁶.

La primera modalidad se corresponde a las etapas mencionadas anteriormente para el matrimonio civil y los matrimonios religiosos según los ritos evangélico y judío⁴⁸⁷. En este caso, los contrayentes tras promover el expediente previo de capacidad nupcial, prestarán su consentimiento, en el plazo de seis meses, a dicha unión ante la presencia de dos testigos mayores de edad y un dirigente religioso islámico o Iman. Tras dicha celebración, el representante enviará al Registro Civil, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio⁴⁸⁸.

[480]

Siguiendo la opinión de GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., Y GALÁN SOLDEVILLA, L., “El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, *cit.*, p. 224. En este sentido, LLAMAZARES FERNÁNDEZ comparte tal diferencia si bien muy adecuadamente puntualiza que únicamente se añade un requisito civil: el de la mayoría de edad de los testigos, ya que según el criterio doctrinal y jurisprudencial dominante, canónicamente basta el uso de razón y la capacidad para entender lo que es matrimonio (LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Los Acuerdos y el principio de igualdad: comparación con los Acuerdos de la Iglesia Católica...”, *cit.*, p. 189).

[481]

En el Derecho anglosajón, sobre todo en algunos Estados de Estados Unidos, se admiten los matrimonios informales o no ceremoniales que se concluyen sin la intervención de ninguna autoridad civil o religiosa. Se trata de matrimonios constituidos solamente por el consenso entre las partes o por dicho consenso seguido de la cohabitación de las partes. Dado que el ordenamiento jurídico donde surgen los considera como matrimonios no se trata de simples “uniones de hecho”. Sobre esta cuestión, *vid. amplius*, PALSON, L., “Marriage and Divorce”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol.III, cap. 16, pp. 30-33.

Tal como señala GONZÁLEZ CAMPOS, mediante una aplicación analógica del art. 49 Cc. *in fine* que se inspira en el principio *favor matrimonii*, un matrimonio no ceremonial o informal será válido en España en el caso de que sea admitido como matrimonio por el ordenamiento del Estado donde se ha constituido y donde los contrayentes son considerados como cónyuges (GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Derecho de familia. El matrimonio”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 302).

[482]

Idem, p. 300.

[483]

En la celebración del matrimonio según el rito canónico no se exige ningún expediente previo ante el encargado del Registro Civil que autorice tal matrimonio o que certifique sobre la capacidad de los contrayentes. De hecho el propio Código de Derecho canónico, regula en sus cánones 1063 y siguientes, un conjunto de medidas preparatorias del matrimonio que viene a cumplir la finalidad de acreditar la posibilidad de contraer matrimonio.

[484]

A favor de esta dualidad de prácticas, GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, *cit.*, pp. 226-228 y JORDÁN VILLACAMPA, M. L., “Reflexiones en torno a la justicia islámica y al Acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España”, en REYNA, V.; Y FELIX BALLESTA, M. Á., *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, *cit.*, pp. 704-705; No obstante, hay autores como GALLEGO DOMÍNGUEZ Y GALÁN SOLDEVILLA que no comparten tal dualidad opinando que, a pesar del tenor de la Ley, ha de interpretarse que tal certificación de capacidad se exige no sólo para inscribir el matrimonio sino también deberá presentarse al imán o dirigente religioso ante el que se pretenda contraer tal matrimonio para poder celebrarlo efectivamente (GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.; Y GALÁN SOLDEVILLA, L., “El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, *cit.*, p. 232). En este mismo sentido, MARTINELL considera que la declaración interpretativa de la instrucción es contraria a la ley dado que, por una parte, no se atiene a lo que

En la segunda opción, es decir, sin necesidad de promover el expediente previo matrimonial, el matrimonio comienza con la celebración misma de éste de igual modo ante dos testigos y un dirigente religioso. Si bien, se atribuyen efectos civiles a esta unión desde su celebración, ello se condiciona a que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código civil, circunstancia que hasta la inscripción no podrá comprobarse por los funcionarios del Registro. Tal como especifica el apartado segundo del art. 7 del Acuerdo, “*las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado de esta forma a efecto de que el mismo tenga plenos efectos, deberán acreditar previamente su capacidad nupcial*”. Con ello, el encargado del Registro Civil no se limitará, como sucedía en el anterior caso, a verificar que el matrimonio se celebró dentro de los seis meses siguientes a la emisión del certificado de capacidad nupcial, sino que además deberá comprobar que los contrayentes cumplen los requisitos legales exigidos en cuanto a capacidad nupcial. La DGRN, en el apdo. IV de la Instrucción de 10 de febrero de 1993, especifica que cuando el matrimonio se ha efectuado sin la previa tramitación del expediente matrimonial, la inscripción en el Registro será más dificultosa, ya que el encargado del mismo habrá de comprobar *a posteriori* si los esposos han reunido los requisitos de capacidad exigidos por la ley española y muy especialmente la ausencia de impedimento de ligamen.

La falta de exigencia en la tramitación de este expediente no puede extrañarnos ya que ésta era la intención del legislador civil de 7 de julio de 1981 para los matrimonios religiosos en general. Justamente, el art. 63 Cc. regula la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa, sin distinguir entre matrimonio canónico y no canónico, estableciendo la inscripción con la simple presentación de la Certificación de la Iglesia o confesión respectiva. Previéndose un cierto control estatal *a posteriori*, en el párrafo segundo de este precepto, al establecerse que “se denegará la práctica cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título”⁴⁸⁹.

A pesar de esta heterogeneidad, es posible extraer una serie de puntos comunes en las dos modalidades descritas a la hora de celebrar matrimonio coránico según el Acuerdo de cooperación:

- a) En primer lugar, *en la celebración del matrimonio es necesaria la presencia de dos testigos mayores de edad y un dirigente religioso o imán*. Así pues, pese a la flexibilidad del sistema, el Estado no ha consentido reconocer efectos civiles a aquellos matrimonios, que tal como vimos existen en Derecho musulmán, celebrados en forma exclusivamente privada. Atendiendo al art. 3.1. del Acuerdo “A los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e Imames de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las comunidades a que se refiere el art. 1 del presente Acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la “Comisión Islámica de España”. Y llegados a este punto hemos de cuestionarnos qué sucedería si el matrimonio se celebrase ante una persona que no cumple tales requisitos legales. En dicho caso, entendemos debe ser aplicada analógicamente la solución reconocida para el ámbito civil en el art. 53

dice verdaderamente tanto la letra como el espíritu del precepto y, por otra, aludiendo a razones de coherencia jurídica del propio sistema (MARTINELL, J. M., “Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de cooperación”, en REYNA, V.; Y FELIX BALLESTA, M. A., *Acuerdos del Estado Español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp.682-683).

[485]

Artículo IV de la Instrucción de 10 de febrero de 1993.

[486]

En palabras de MARINELL, “a la vista de seis declaraciones que conforman la instrucción, no parece que la misma alcance esos objetivos (evitar divergencias de criterios entre los encargados de los Registros Civiles), siendo especialmente polémicas las declaraciones cuarta y sexta, referentes a la obligatoriedad del expediente previo y certificación de capacidad matrimonial, lo que comporta graves consecuencias que ponen en peligro precisamente aquello que se pretendía salvaguardar: la seguridad jurídica” (Acuerdos del Estado español..., *Derecho a celebrar ritos matrimoniales y acuerdos de cooperación*, cit., p. 681).

[487]

Vid. art. 7.2 del Acuerdo de cooperación entre el Estado y la FERED, por una parte, y el Acuerdo con la CIE, por otra, y el art. 56 Código civil.

[488]

Ha de destacarse que mientras el art. 7.1 se refiere al dirigente religioso o imán como la autoridad ante la cual ha de prestarse el consentimiento, el art. 7.3 se refiere al representante de la Comunidad Islámica como la persona que ha de enviar al Registro Civil para su inscripción la correspondiente certificación. De modo que, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído el matrimonio, podrá o no coincidir con el dirigente religioso o imán ante quien se haya celebrado el matrimonio.

[489]

Tal como especifica, GALLEGO DOMÍNGUEZ Y GALÁN SOLDEVILLA esta interpretación se ve confirmada con el art. 65 que establece que “salvo lo dispuesto en el art. 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente...”. Por tanto, alegan estos autores que “el art. 65 está dictado teniendo *in mente* que los matrimonios del art. 63 para su celebración no requieren expediente previo ante el Registro Civil, que autorice el matrimonio que declare la capacidad de los contrayentes” (“El matrimonio religioso no canónico celebrado en España...”, cit., p. 231). En este mismo sentido, RUBIO RODRÍGUEZ, J. J., *Derecho eclesiástico del Estado, “Ad usum privatum”*, Librería Andaluza, Córdoba, 1987, p. 216; ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, Madrid, 1991, p. 41. En contra de este planteamiento, vid. DURÁN RIVACOBIA, R., *La inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico*, Madrid, 1988, pp. 98 y 105.

Cc., de modo que si tal dirigente religioso ejerce sus funciones públicamente y al menos uno de los contrayentes hubiera procedido de buena fe, el matrimonio sería válido⁴⁹⁰.

- b) En segundo lugar, quisiera llamar la atención que, con independencia de la doble modalidad aludida, el Acuerdo de 1992 al regular el matrimonio coránico no realiza alusión alguna a dos requisitos formales considerados por la ley islámica como básicos, me refiero a la prestación del consentimiento por parte de la mujer a través del *walí* o tutor marital así como a la entrega por el esposo de la dote o *sadac* a la esposa. Dado que estos dos elementos tienen su razón de ser en el especial papel que predica la ley islámica para la mujer en el matrimonio, al igual que en el resto de instituciones familiares, me remito para su análisis a un capítulo específico de este trabajo⁴⁹¹.
- c) En tercer lugar, en ambos casos *los efectos civiles del matrimonio se producen desde su celebración* siempre que se cumplan los requisitos de capacidad nupcial establecidos en el Código civil⁴⁹². Si uno o ambos contrayentes son extranjeros, su capacidad matrimonial se rige, en principio, por la respectiva ley nacional (art. 9.1 Cc), teniendo en cuenta, en su caso, la ley que rijan el divorcio en concordancia con las normas aplicables de Derecho internacional privado.
- d) Y, en cuarto lugar, *para los plenos efectos del mismo es requisito sine qua non que se realice la inscripción del matrimonio en el Registro Civil* correspondiente. Cabe la inscripción tardía, sin perjuicio de las responsabilidades a que la misma pudiera dar lugar de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

3.3. La Instrucción de 10 de febrero de 1993: la resolución de ciertas incógnitas

La regulación expuesta por este Acuerdo de cooperación no sólo ha planteado las dudas, antes formuladas, sino que desde un primer momento surgieron asimismo importantes incógnitas en cuanto a su alcance práctico. Por esta razón, la DGRN en su *Instrucción de 10 de febrero de 1993* esbozó, si bien desde mi parecer no siempre acertadamente, una serie de normas orientativas sobre la aplicación de la entonces nueva regulación. De entre las cuales destacamos, dado el objeto de nuestro estudio las tres siguientes.

- 1 **El carácter irretroactivo del nuevo sistema.** Una de las primeras incógnitas que se planteó a la hora de aplicar la nueva regulación aportada por los Acuerdos de cooperación fue la validez de aquellos matrimonios confesionales no católicos celebrados con anterioridad a la vigencia de tales Acuerdos. Sobre la base de que en la Ley 26/92, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el mencionado Acuerdo, no existe salvedad alguna explícita o implícita sobre este parecer, la DGRN ha concluido, por aplicación del principio general del artículo 2-3 Cc. que las nuevas leyes no tienen eficacia retroactiva. En consecuencia, el nuevo régimen sólo alcanza a regular los matrimonios previstos en el Acuerdo que se celebren a partir de la entrada en vigor de la aludida ley. No obstante, ha de tenerse en cuenta, que los matrimonios celebrados con anterioridad a tal vigencia según el rito musulmán –al igual que el rito evangélico o judío–, podían constituir formas válidas de celebración si

[490]

Si bien el art. 53 se refiere al matrimonio civil celebrado en forma civil, entendemos que dicha solución también podría extenderse a los matrimonios religiosos dado que el sustrato que subyace en dicho precepto no es otro que el principio *favor matrimonii*, uno de los principios informadores del sistema matrimonial español. Con respecto a un estudio completo del art. 53, *vid.* GONZÁLEZ PORRAS, J. M., "La validez del matrimonio civil celebrado ante juez o funcionario incompetente", *Estudios sobre el matrimonio civil*, Librería Jurídica Andaluza, Córdoba, 1985, pp. 149-174.

[491]

Vid. Capítulo VI.

[492]

En los matrimonios contraídos en forma evangélica y judía también sus respectivos Acuerdos subordinan sus efectos civiles a la comprobación y cumplimiento de los requisitos de capacidad exigidos por el Código civil. Una vez más, el matrimonio según el rito canónico es distinto. El artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos en su párrafo 1º establece: "El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesial de la existencia del matrimonio".

éstos se habían celebrado en el extranjero de acuerdo con la ley del lugar o si habiéndose celebrado en España son ambos contrayentes extranjeros siendo dicho rito una de las formas admitidas como válidas según la ley personal de cualquiera de ellos.

2 El ámbito territorial de los Acuerdos de cooperación. A este respecto al DGRN afirma que sobre la base del carácter territorial de la Comisión Islámica, -ídem que el resto de Federaciones y Comisiones firmante de los otros Acuerdos de cooperación-, el art. 7 de tal Acuerdo relativo a la cuestión matrimonial tiene limitado su campo de aplicación a los matrimonios musulmanes que se celebren en España. Por consiguiente, considera fuera de las previsiones de este Acuerdo la inscripción de aquellos matrimonios según el rito musulmán que se celebren fuera del territorio español. Ha de observarse, sin embargo, que estos matrimonios, si afectasen a algún ciudadano español podrán inscribirse en el Registro competente si, antes como ahora, esas formas religiosas están admitidas por la ley del lugar de celebración y si se comprueba que han concurrido los requisitos legales exigidos por el art. 65 del Código civil.

3 ¿Quiénes pueden contraer matrimonio según el rito islámico? La DGRN atendiendo a la reglamentación fijada en el art. 7 del mencionado Acuerdo considera que parece no existir dudas sobre su aplicación cuando se trate de matrimonios celebrados en España y uno al menos de los contrayentes es de nacionalidad española. En cambio, parece más discutible si dicha regulación se extiende al supuesto de que ambos contrayentes fuesen extranjeros dado que el artículo 50, precepto base en cuanto al matrimonio de éstos, parece no quedar afectado por las nuevas leyes. No obstante, si se tiene en cuenta que este artículo concede una opción a los extranjeros para celebrar el matrimonio en España “con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo lo establecido por la ley personal de cualquiera de ellos”, ha de estimarse que esta opción subsiste y que, incluso, se ha ampliado porque la forma prescrita para los españoles comprende hoy no sólo la forma civil o la religiosa canónica, sino las formas religiosas previstas por los Acuerdos de cooperación.

IV. LA VALIDEZ CIVIL DEL MATRIMONIO ISLÁMICO CON ELEMENTO EXTRANJERO

Con mucha frecuencia el matrimonio celebrado según el rito musulmán es objeto de tratamiento por el Derecho internacional privado. En efecto, en estas uniones aparece comúnmente un “elemento extranjero” que internacionaliza la situación privada, ya sea por la nacionalidad de los contrayentes o por el lugar de celebración del matrimonio. De este modo, surgen numerosas cuestiones tanto de conflicto de leyes como de autoridades que es preciso resolver a efecto de determinar la validez formal del matrimonio. En concreto, para ese reconocimiento del matrimonio islámico con elemento extranjero será preciso que el consentimiento se preste según una de las formas legalmente previstas por el ordenamiento jurídico español. Ciertamente, no podemos obviar que en nuestro sistema la celebración del matrimonio, sea entre nacionales o extranjeros, en territorio español o en otro país, es un acto solemne donde el consentimiento ha de prestarse según una determinada forma y ante una autoridad competente.

Los artículos 49 y 50 Cc. son los preceptos básicos que regulan la validez formal del matrimonio:

Art. 49 Cc. *“Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:*

1º. Ante el Juez o funcionario señalado por este Código.

2º. En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración”.

Art. 50. *“Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos”.*

La primera conclusión que extraemos de estos preceptos es que el legislador estatal en su propósito de salvaguardar la validez del matrimonio permitirá junto con la clásica regla *locus regit actum*, la vigencia asimismo de la ley personal de los contrayentes. De este modo, la validez del matrimonio celebrado según el rito musulmán podrá venir dada por su carácter de forma religiosa legalmente prevista por el ordenamiento español, por ser la ley nacional de al menos uno de los contrayentes o por ser la *lex loci celebrationis* en el caso de celebración en el extranjero.

La realidad se presenta bien distinta en países de nuestro entorno como Francia, Suiza o Alemania, donde los dos principios básicos que informan el sistema matrimonial serán la laicidad y la regla *locus regit actum*. Según el Derecho internacional privado francés, la forma de matrimonio al ser determinada por la ley del lugar de celebración no permite que en Francia se realice con validez ningún matrimonio que no sea ante la autoridad civil⁴⁹³. Asimismo, en Suiza al considerarse la celebración del matrimonio de competencia exclusiva del Estado, con independencia de la religión y nacionalidad de las partes, éste ha de celebrarse necesariamente ante el representante del estado civil⁴⁹⁴. En Alemania, desde la vigencia de la Ley sobre el estado civil de 1875, el matrimonio civil es, en Derecho alemán, la única forma posible de contraer matrimonio. De este modo, salvo ciertos supuestos de Derecho internacional privado⁴⁹⁵, los matrimonios religiosos se consideran no sólo sin efecto jurídico, sino que se denuncian como ilegales incluso cuando son celebrados antes del matrimonio civil.

[493]

Vid. arts. 165-170 y 172-179 *Code civil français*. Una jurisprudencia continuada se ha pronunciado contra la admisión de formas religiosas previstas por la ley personal de los cónyuges, *Cour d'appel de Paris*, de 8 de diciembre de 1992, JCP, 1993, IV, nº 1188, p. 137.

[494]

Vid. art. 116 del Código civil suizo.

[495]

Según contempla el art. 13.3 *Bürgerliches Gesetzbuch*, cuando los dos cónyuges son extranjeros el matrimonio puede celebrarse sobre suelo alemán en la forma establecida por el país de origen de alguno de ellos, sea ésta religiosa o consular.

No obstante, diversa resulta la cuestión en otros países donde junto con un matrimonio civil se admiten formas religiosas de celebración. En el caso de Reino Unido, la ley británica *Marriage Act 1949* si bien tiene como objetivo codificar las reglas eclesíásticas existentes en cuanto al matrimonio anglicano, añade una forma exclusivamente civil y autoriza a los miembros de otras comunidades religiosas distintas de la Iglesia Anglicana a celebrar legalmente sus matrimonios según sus propios ritos⁴⁹⁶. Por su parte, Italia conoce un sistema matrimonial muy semejante al vigente en España. Efectivamente, el Derecho material italiano reconoce la validez civil a matrimonios celebrados según el rito previsto por una religión distinta de la católica, siempre que se cumplan una serie de condiciones⁴⁹⁷. En concreto, el matrimonio *acattolico* puede producir los efectos del matrimonio civil cuando dicho culto es admitido por el Estado y el ministro de culto ha sido expresamente reconocido para ello por el Ministerio del Interior.

Antes de adentrarnos en la cuestión, ha de recordarse que la situación esbozada por el ordenamiento español contrasta ampliamente con la existente antes de la firma de los Acuerdos con las distintas comunidades religiosas. Con anterioridad a la firma de éstos en el año 1992, el único modo que tales matrimonios religiosos no católicos, celebrados tanto entre españoles como extranjeros, tuvieran efectos civiles a la luz de nuestro ordenamiento era que el consentimiento prestado en esta forma fuera válida según la *lex loci celebrationis*, es decir celebrado en el extranjero según una forma legalmente admitida por el respectivo ordenamiento jurídico, o si ambos contrayentes eran extranjeros según la *ley personal de alguno de ellos*. Ésta fue la práctica existente incluso tras la vigencia de la Constitución Española y la redacción de los entonces proyectos de Acuerdos con las confesiones hebrea, islámica y evangélica. *Ad exemplum*, las Resoluciones de la DGRN de 17 de junio y de 27 de septiembre de 1991, respectivamente, impiden la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio islámico celebrado entre español y marroquí en España, y permiten la celebración de un matrimonio civil entre marroquí y española habiendo constancia de una unión previa según el rito musulmán en la ciudad de Melilla⁴⁹⁸.

Para adentrarnos en la actual regulación en cuanto a la validez formal del matrimonio con elemento extranjero, habrá de distinguir según éste se celebre en España o en el extranjero.

1. Matrimonio celebrado en España

Siguiendo los preceptos del Código civil, un ciudadano español contrae válidamente matrimonio con extranjero en España en las mismas formas que si lo hiciese con otro español, es decir, según la ley del lugar de celebración del mismo, que en este caso son las formas establecidas en el Derecho español⁴⁹⁹. En particular, podrán contraer matrimonio según la forma civil “ante el Juez o funcionario español competente” o “en la forma religiosa legalmente prevista” (art. 49. 1º y 2º Cc.). En el caso de optar por una unión religiosa, debe tratarse de uno de los ritos correspondiente a alguna de las Confesiones con las que el Estado español ha suscrito un Acuerdo, - matrimonio canónico, evangélico, hebreo o musulmán -.

[496]

No obstante, existen una serie de reglas para su validez legal: que dicha unión se celebre ante un representante de su comunidad habilitado para tal efecto, que los contrayentes no crean que tal ceremonia religiosa produce por sí misma efectos civiles y que se lleve a cabo en un edificio registrado para ello.

[497]

Para este fin, Italia ha firmado acuerdos, los llamados *intense*, con distintas confesiones cristianas evangélicas, así como con las comunidades israelitas. Además, está previsto asimismo en un proyecto de convenio la celebración en Italia de matrimonios según el rito musulmán, si bien la aprobación del mismo parece retrasarse continuamente en el tiempo.

[498]

Resolución de la DGRN de 17 de junio de 1991 (*BIMJ*, nº 1611, pp. 4419-4421) y Resolución de la DGRN de 27 de septiembre de 1991 (*BIMJ*, nº 1619, pp. 6119-6118). En un sentido parejo, la Resolución de la DGRN de 20 de agosto de 1991 (*BIMJ*, nº 1615, pp. 5199-5201) y la Resolución de 24 de junio de 1992 (*BIMJ* nº 1649, pp. 130-132) donde se niega la validez al matrimonio celebrado en España según los ritos islámicos, antes de la entrada en vigor de la Ley 26/1992.

[499]

En consecuencia, tratándose de matrimonios celebrados en España y cuando uno de los contrayentes es español, no es posible acudir a la forma civil prevista en una Ley extranjera, como es el caso del matrimonio consular celebrado en España si uno de los contrayentes es español. Como indica, entre otras, la Resolución de la DGRN de 7 de julio de 1949 (*AnDGRN*, p. 337) y la Resolución de la DGRN de 5 de agosto de 1981 (*AnDGRN*, p. 140).

Cuando los dos contrayentes que desean celebrar matrimonio en España son extranjeros las posibilidades se amplían considerablemente. Junto a las mencionadas formas establecidas en Derecho español, –forma civil y religiosa prevista en la Ley–, tales contrayentes podrán contraer matrimonio según la forma prevista en “la ley personal de cualquiera de ellos” (art. 50 Cc.). Esta opción comprende tanto el matrimonio celebrado según la forma civil, es decir el contraído ante funcionario diplomático extranjero en España, –el llamado matrimonio consular–, como aquél concluido según la forma religiosa prevista en la ley personal de cualquiera de los cónyuges. Además, en este último supuesto dicho matrimonio religioso tendrá plenos efectos civiles en España siempre que éstos sean reconocidos por las mencionadas leyes personales con independencia de que tal confesión sea una de las reconocidas a tales efectos en nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, cuando se opta por la celebración religiosa del mismo no es requisito indispensable, tal como sucede con el matrimonio en forma civil, que al menos uno de los contrayentes extranjeros se encuentre domiciliado en territorio español⁵⁰⁰.

Con ello, los numerosos extranjeros musulmanes de origen magrebí, que se encuentran en territorio español podrán celebrar matrimonio entre ellos, según su rito religioso, atendiendo a alguna de las siguientes premisas. En primer lugar, siguiendo las pautas fijadas por el art. 7 del Acuerdo de cooperación firmado con la CIE en tanto que *lex loci celebrationis*. Y, en segundo lugar, según las pautas fijadas por la ley personal de alguno de los contrayentes que, tal como expresa el art. 9.1 Cc., es la ley de su nacionalidad. Con ello, dicha unión sería válida en España aunque no se cumplieren los requisitos fijados en el mencionado art. 7, tal como la presencia del dirigente religioso que en el llamado matrimonio *coutumier* no resulta imprescindible, siempre que su ley personal valide civilmente esta práctica. Cuando se trata de matrimonios mixtos, entre musulmán y español, las posibilidades se limitan a las permitidas en el caso de que ambos cónyuges fueran españoles, siendo preceptivo que el matrimonio coránico para gozar de efectos civiles sea conforme a las mencionadas pautas esbozadas en el art. 7.

Del modo en que está configurado el actual sistema matrimonial español de Derecho internacional privado, resulta paradójico que los ciudadanos extranjeros puedan contraer matrimonio válido en España mediante ritos religiosos vedados para los propios nacionales españoles⁵⁰¹. En mi opinión, estimo lógico salvaguardar la ley personal como posible reguladora de una institución tan inherente a la persona como es el matrimonio, aquello que no parece coherente es que tal libertad en cuanto a la elección de la forma religiosa no se reconozca para todos los ciudadanos españoles con independencia de la confesión a la que pertenezcan sobre la base de una libertad religiosa y de culto que proclama la Constitución desde hace ya 25 años. Si bien no es el momento de reflexionar sobre el sentido de tal derecho fundamental, recordar que el art. 16 de nuestro texto fundamental garantiza dicha libertad religiosa y de culto tanto a los individuos como a las comunidades “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

[500]

La exigencia de domiciliación en España de al menos uno de los contrayentes extranjeros que desean celebrar su unión en forma civil, es una interpretación constante de la DGRN: *inter alia*, *vid.* la Resolución de 4 de mayo de 1988 (BIMJ nº 1494, pp. 2738-2739) y la Resolución de 23 de agosto de 1990 (BIMJ nº 1581, pp. 2863-2864). Por otro lado, la DGRN en una Resolución de 16 de abril de 1998 ha considerado que en caso de un matrimonio de dos extranjeros no domiciliados en España por el rito musulmán, y celebrado en España, es válido y, por tanto, puede inscribirse en el Registro correspondiente al lugar de celebración (BIMJ nº 1832, pp. 2734-2737).

[501]

En este sentido, la Resolución de 6 de mayo de 1982 que permitió el matrimonio celebrado en nuestro país por dos ciudadanos suecos atendiendo al rito protestante luterano. *Vid.* nota a esta resolución de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M., en *REDI*, 1985, nº1, pp. 223-228.

Cuando nos referimos a la celebración del matrimonio de ciudadanos procedentes de países musulmanes, muchas veces el problema estriba en el reconocimiento de esta unión en sus propios países de origen. En efecto, en Estados como Egipto, Argelia, Jordania y Marruecos es imprescindible a efectos de su validez que se respeten las normas de Derecho musulmán relativas tanto al fondo como a la forma matrimonial. En concreto, el Derecho internacional privado marroquí exige que sus ciudadanos respeten todas las condiciones que impone su estatuto personal incluso cuando éste se celebra en el extranjero, siendo la consecuencia más notoria de este sistema el no reconocimiento de aquellos matrimonios de marroquíes musulmanes celebrados en forma civil local. Por esta razón, los marroquíes musulmanes que residan en España, a diferencia de los que se encuentran en otros países europeos⁵⁰², no se ven obligados a regresar a su país a celebrar su matrimonio, si desean que tenga validez en éste y en el Estado de residencia, en el caso de no realizarse ante el cónsul de su país⁵⁰³.

2. Matrimonio celebrado en el extranjero

Al igual que sucedía con el matrimonio celebrado en territorio español han de distinguirse dos supuestos en cuanto a la validez de las uniones celebradas en el extranjero: el primero, cuando ambos contrayentes son españoles, o al menos uno de ellos, y el segundo, si ambos son ciudadanos extranjeros.

En el caso de que al menos uno de los futuros cónyuges sea español, si atendemos al tenor literal del art. 49 Cc. éstos podrán optar a fin de celebrar su matrimonio entre la forma civil española, –es decir ante un funcionario diplomático español en el extranjero, el llamado matrimonio consular⁵⁰⁴–, cualquiera de las formas religiosas legalmente prevista en el Derecho español o con arreglo a la forma establecida por la *lex loci celebrationis*, ya se trate de una unión civil o religiosa. Incomprendiblemente, la DGRN mediante su Instrucción de 10 de febrero de 1993 veda, sobre la base de un campo de aplicación limitado al territorio español de los Acuerdos de cooperación, la inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios celebrados en el extranjero por españoles según las formas religiosas admitidas fruto de los Acuerdos del año 1992. Atendiendo a las consideraciones esbozadas en dicha Instrucción, los ciudadanos españoles, ya sea con otro español o con un extranjero, sólo podrán celebrar válidamente matrimonio según el rito musulmán, –así como evangélico o hebreo–, fuera de España si dicha forma religiosa fuera admitida por la ley del lugar de celebración⁵⁰⁵. Dicha interpretación del art. 7 de los distintos Acuerdos de cooperación, de 10 de noviembre de 1992, ha sido ampliamente criticada por la doctrina atendiendo tanto al tenor del propio Código civil como por incurrir en contradicción con el resto de la Instrucción⁵⁰⁶. La situación es bien distinta cuando los contrayentes deciden ajustar la celebración del matrimonio a la forma canónica. En este caso, dicha unión tendrá plenos efectos civiles en España aunque la ley del país de celebración no admitiera la validez de ésta o bien de forma religiosa alguna.

Atendiendo al sistema instaurado, afloran una serie de incoherencias fruto de las deficiencias del mismo. En primer lugar, no se admitiría un matrimonio se-

[502]

Sobre la reglamentación y práctica existente en otros países europeos me remito a A.ALEDEEB et A. BONOMI, *Le droit musulman et de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, cit. supra.

[503]

En este sentido, vid. Circular de la DGRN de 5 de agosto de 1981 (BIMJ, núm. 1284-1250, p. 140).

[504]

Vid. *amplius*, ARROYO MONTERO, R., *El matrimonio consular*, Madrid, 1991.

[505]

En este sentido, menciona expresamente la Instrucción de la Dirección General de 10 de febrero de 1993 "...es evidente que los respectivos artículos séptimos de estos Acuerdos tienen limitado su campo de aplicación a los matrimonios en esas formas religiosas que se celebren en España a partir de la entrada en vigor de las leyes mencionadas. Queda, pues fuera de las previsiones legales la inscripción de los matrimonios según los ritos evangélicos, israelitas o islámicos que se celebren fuera del territorio español". Asimismo añade la DGRN en esta Instrucción "...que estos matrimonios, si afectasen a algún ciudadano español... podrán inscribirse en el Registro competente si, antes como ahora, esas formas religiosas están admitidas por la ley del lugar de celebración...".

[506]

PÉREZ VERA, E., Y OTROS, *Derecho internacional privado*. Vol. II, UNED, 1993, p. 114, nota nº 5. En particular, CARRASCOSA GONZÁLEZ considera que "Este criterio, opuesto al sistema del art. 49 Cc., resulta discriminatorio y carente de fundamento legal, pues el carácter territorial de los Acuerdos celebrados con otras confesiones, -que alude la DGRN-, no priva de contenido al art. 49 Cc., que sitúa a todas las formas religiosas en pie de igualdad" cit. supra, p. 531.

gún el rito musulmán celebrado en un Estado que no le reconoce efectos civiles, no existiendo por tanto el impedimento de ligamen para contraer nupcias de nuevo en España bien por el rito civil o religioso. Ha de tenerse en cuenta que existen muchos países de nuestro entorno europeo que sólo reconocen válidamente el matrimonio civil y por tanto tal matrimonio musulmán no sería válido, de modo que tal unión no existiría pudiendo contraer otra posterior al no existir impedimento de ligamen. Cuestión parecida acontecía antes de la entrada en vigor de los Acuerdos del 92 cuando se celebraban tales uniones en territorio español, pudiendo dar así cabida incluso a matrimonios *de facto*, si bien no *de iure*, poligámicos, Y, en segundo lugar, parece, pues, admitirse el matrimonio celebrado según el rito musulmán en el extranjero si es conforme a la *lex loci celebrationis* aunque con ello se acepten prácticas musulmanas en cuanto al matrimonio no permitidas en España y, por tanto, no acogidas por el Acuerdo de cooperación de 1992⁵⁰⁷.

El supuesto del matrimonio celebrado por extranjeros fuera de España no se contempla específicamente en los arts. 49 y 50 del Código civil. No obstante, dado que el caso tiene interés para el Derecho internacional privado al plantearse posteriormente ante los Tribunales españoles la validez de un matrimonio celebrado en tales circunstancias, la doctrina coincide en recurrir analógicamente al art. 50 Cc. para dar solución a tales supuestos. En consecuencia, ha de considerarse que tal unión será válida si “el consentimiento se ha prestado bien según la ley del lugar de celebración del matrimonio o bien de acuerdo a la ley personal de cualquiera de ellos”. Con ello, el matrimonio celebrado por extranjeros en el extranjero de acuerdo con el rito musulmán, y en general cualquier otra confesión religiosa, será válido en España siempre que la *lex loci celebrationis* permita tal matrimonio religioso o bien la ley personal de cualquiera de los contrayentes admita el matrimonio religioso fuera de su propio territorio⁵⁰⁸. De nuevo, el régimen fijado para los extranjeros que contraen matrimonio fuera de España es más flexible en cuanto al reconocimiento de matrimonios celebrados según un rito religioso distinto al canónico que cuando se trata de los propios nacionales. En efecto, los ciudadanos españoles para validar tal matrimonio religioso han de contar con la ley del lugar de celebración no pudiendo ampararse en su propia ley nacional que fuera de las fronteras españolas sólo admite el matrimonio según el rito canónico.

[507]

Asimismo se reconoce cualquier forma religiosa prevista legalmente en el Estado de celebración aunque no se encuentre entre las previstas en el Ordenamiento jurídico español, admitiéndose por ejemplo la forma religiosa de la religión mormón en el Estado de Utah, Estados Unidos o el matrimonio musulmán en Marruecos con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de cooperación.

[508]

No obstante, ha de llamarse la atención sobre la excepción que supone la Resolución de la DGRN de 16 de diciembre de 1992. En efecto, dicha Resolución a propósito de la inscripción del matrimonio canónico celebrado en Japón entre una japonesa y un vietnamita, después de señalar que la sola forma canónica carece de efectos civiles tanto para Vietnam como para Japón, considera que “no obstante, hay poderosas razones que inclinan a admitir esta forma matrimonial, a los efectos de inscripción” (AnDGRN, 1992, pp. 1814-1817).

U. LA PRÁCTICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y EL NOTARIADO

En la última década, multitud de asuntos relativos a la eficacia civil en España de matrimonios celebrados según el rito musulmán han sido planteados a la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN). Sin duda, éstos constituyen un elenco de gran diversidad tanto por la naturaleza del elemento extranjero –bien estamos ante matrimonios celebrados fuera del territorio español o bien ante uniones donde algún contrayente es de nacionalidad extranjera–, o por las circunstancias anexas al caso. La mayor parte de estos asuntos planteados se refieren fundamentalmente a la solicitud de autorización para contraer matrimonio en nuestro país, o bien a la inscripción de matrimonio ya celebrado tanto en España como en el extranjero. En definitiva, la DGRN se debatirá entre la salvaguardia del principio *favor matrimonii*, que favorece la aplicación del derecho extranjero y, por otra, la interposición de la cláusula de orden público internacional que se opone a la admisión de aquellas situaciones que entran en fricción con los principios y valores que inspiran nuestra concepción del matrimonio⁵⁰⁹. Dicha dialéctica, también aflora en la cuestión de la validez de la forma de celebración del matrimonio, más aún cuando la forma presente es el rito coránico.

- 1 **Autorización para inscribir un matrimonio celebrado en España por el rito musulmán, antes de los Acuerdos de 1992.** Mediante la Resolución de 17 de junio de 1991, la DGRN consideró que “mientras no haya acuerdos con el Estado, como es el caso de la Iglesia Católica, o una ley estatal que lo autorice” no es posible acceder a la inscripción de dicha unión conyugal⁵¹⁰. Extremo, que ha sido objeto de tratamiento específico en la mencionada Instrucción, de 10 de febrero de 1993, al declarar que los Acuerdos carecen de eficacia retroactiva y, por tanto, tales uniones carecen de toda eficacia civil a la luz del ordenamiento español.
- 2 **Autorización para celebrar un matrimonio civil, existiendo un matrimonio musulmán previo no disuelto válido según su ley nacional.** La DGRN, en su Resolución de 11 de mayo de 1994, ante la solicitud para celebrar un nuevo matrimonio entre una ciudadana española y un ciudadano marroquí, que no puede demostrar adecuadamente la disolución conforme a derecho de su anterior matrimonio, no ha dudado en declarar la imposibilidad de celebrar dicha unión⁵¹¹. La DGRN advierte que si bien el contrayente marroquí de acuerdo con su peculiar estatuto personal sea libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 C.c.), que no puede permitir que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, lo que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio.
- 3 **Autorización para celebrar un matrimonio civil, cuando sólo existe la sospecha de la celebración de un matrimonio musulmán previo.** La resolución de 20 de marzo de 1993 autoriza a contraer matrimonio civil en Melilla a una española con un ciudadano marroquí con independencia de la sospecha existente de que éstos habían contraído ya matrimonio en la misma localidad según el rito musulmán⁵¹². Esta resolución advierte, entre sus Fundamentos de Dere-

[509]

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “Ius nubendi y orden público matrimonial”, *BIMJ*, 1 febrero 2000, núm. 1862, pp. 425-447, en particular, p. 425.

[510]

Resolución de 17 de junio de 1991 (*RJ* 1991/5687), en la que añade la DGRN “ni siquiera, teniendo en cuenta el Derecho fundamental de libertad religiosa o el derecho a contraer matrimonio, pues la organización social que compete al Estado no puede quedar supeditada a las particulares creencias religiosas de los ciudadanos”.

[511]

Resolución de 11 de mayo de 1994 (*RJ* 1994/5022). En este mismo sentido, la Resolución de 8 de marzo de 1995 (*RJ* 1995/2601) y la Resolución de 22 de septiembre de 1994 (*RJ* 1994/10187).

[512]

AnDGRN, año 1993, pp. 1355-1357. En este mismo sentido, Resoluciones de 4, 17, 25 de mayo, 9, 21 y 28 de junio, 14 de diciembre de 1990, 20 de agosto, 27 de septiembre de 1991, 24 de junio, 24 de septiembre de 1992, de 11 de enero de 1999.

cho, que la “sola sospecha no ha de bastar por sí sola para coartar un derecho fundamental de la persona como el *ius nubendi*. El hecho de haber contraído anteriores nupcias entre sí previas a la entrada en vigor de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, conlleva que éste primer matrimonio islámico celebrado en Melilla carezca de efectos civiles”⁵¹³. La cuestión hubiera sido distinta si los contrayentes hubiesen celebrado este mismo en Marruecos ya que al haberse prestado el consentimiento según la *lex loci* sería válido y produciría efectos civiles también en España desde su celebración.

4 Autorización para inscribir un matrimonio, existiendo un vínculo anterior no disuelto. Mediante la Resolución de 2 de noviembre de 1999, la Dirección General del Registro y el Notariado ha de resolver un expediente remitido sobre la inscripción de un matrimonio acaecido en 1993 en Marruecos entre un ciudadano marroquí y una ciudadana española⁵¹⁴. En este supuesto, la validez de tal matrimonio celebrado por el rito islámico se encuentra en entredicho ante la vigencia en el momento de contraer el mismo de un ligamen previo por el marido. En concreto, el encargado del Registro Civil se niega a su inscripción al comprobarse que el contrayente marroquí había celebrado un matrimonio anterior con otra mujer, a la que, unos meses antes del segundo matrimonio, repudió por primera vez de modo simple y con carácter revocable. Conforme al Derecho marroquí, esta repudiación no supone disolución del vínculo, de modo que cuando el marroquí contrajo su segundo matrimonio estaba legalmente casado con otra mujer. En efecto, nos encontramos aquí ante una institución “el repudio” propia de los sistemas jurídicos de base islámica que se desconoce en los ordenamientos jurídicos occidentales⁵¹⁵. Para su traslación al ordenamiento español se ha atendido a la clásica tesis de la “calificación por la función”, de modo que tras analizar la función y los efectos básicos que desarrolla la institución desconocida en el ordenamiento extranjero, se busca en el Derecho del foro una institución propia que sea funcionalmente equivalente⁵¹⁶. En el caso concreto que nos ocupa, dicho repudio no puede equipararse nunca a nuestro divorcio ya que aquél no conlleva necesariamente en Derecho marroquí la disolución del vínculo. Ante tales hechos, la DGRN concluye que “aunque el segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de cada contrayente, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico”.

5 Solicitud de la inscripción de matrimonios celebrados por extranjeros fuera de España, con la sospecha de un vínculo anterior previo no disuelto. A la DGRN han llegado varios asuntos relativos a la validez y su posible inscripción de matrimonios realizados en el extranjero según el rito musulmán por dos nacionales extranjeros que en varios casos ya han sido nacionalizados españoles. En estas uniones, la mayor problemática que se encuentran los funcionarios de los Registros Civiles a la hora de su inscripción es la falta de una documentación fehaciente que pruebe de manera fiel los hechos y las sospechas existentes, en algunos casos, de la existencia de un matrimonio previo. En particular, mediante la Resolución de 8 de abril de 1999, la DGRN niega la inscripción de un matrimonio según el rito musul-

[513]

En este mismo sentido, la DGRN considera en la Resolución de 4 de marzo de 1998 que “el temor del delito y la conveniente prudencia para evitar matrimonios ilegales no debe traducirse prácticamente en un exceso de cautelas impropias de la general buena fe”, admitiendo asimismo la celebración del controvertido matrimonio (*BIMJ* n° 1830, pp. 2421-2423).

[514]

AnDGRN, año 1999, pp. 3999-4001. En este mismo sentido la Resolución de 14 de diciembre de 2000 (*AnDGRN*, p. 4045-4046).

[515]

Sobre esta cuestión, *vid.*, MERON, Y., “L’accommodation de la répudiation musulmane”, *Rev.Crit.Dr.Int.Pr.*, 1995, pp. 921-939.

[516]

CALVO CARAVACA, A. L.; Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Introducción al Derecho Internacional Privado*, tomo I, Comares, 1997, p. 355.

mán acaecido en Tánger (Marruecos) en el año 1974, entre dos ciudadanos entonces marroquíes al no encontrarse el contrayente divorciado en aquella fecha de su primera mujer con la cual contrajo matrimonio asimismo en Marruecos en el año 1969⁵¹⁷. Atendiendo a las reglas básicas de Derecho internacional privado, dicha unión matrimonial que se pretende inscribir sería válida siempre que haya sido celebrada según la *lex loci celebrationis*, es decir la ley marroquí. Además, por otra parte la capacidad matrimonial de los contrayentes se rige por su ley personal⁵¹⁸, en este caso la marroquí que no considera la existencia de un vínculo matrimonial anterior impedimento para la celebración de unas segundas nupcias. No obstante, pese a que dicho matrimonio ha sido celebrado según la forma legalmente prevista por el lugar de celebración, la DGRN entiende que “la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra el derecho constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”⁵¹⁹.

6 Validez de un matrimonio según el rito musulmán que no cumple los requisitos del art. 7 del Acuerdo.

Los hechos de la Resolución de 4 de enero de 1999 se refieren a la validez de un matrimonio celebrado en España por un nacional de Burkina Faso y una ciudadana belga ante dos testigos y un representante de la Comunidad Religiosa Islámica “Annur”⁵²⁰. En este asunto si bien la DGRN viene a confirmar que efectivamente los extranjeros pueden contraer válidamente matrimonio en España “con arreglo a la forma prevista para los españoles” y, por tanto, también hoy con arreglo a la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, ello es así siempre que se cumplan todos los requisitos a que se subordina la aplicabilidad de la propia Ley 26/1992, de 10 de noviembre. En concreto, para el reconocimiento de tales derechos respecto a las Comunidades Islámicas resulta preciso tanto la inscripción de las mismas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia como la inscripción en el mismo Registro de su incorporación a la Comisión Islámica de España o alguna de las Federaciones Islámicas inscritas. Dado que en el momento de celebración de dicha unión, la Comunidad Islámica ante la que se ofició la misma no cumplía este último requisito dicho matrimonio no puede ser inscrito en el Registro civil al no haber sido concluido de acuerdo a la ley española.

7 Validez de un matrimonio consular según el rito coránico.

La Resolución de 12 de mayo de 1999 rechaza la posibilidad de inscripción de un matrimonio celebrado entre español y ciudadana marroquí en el Consulado General del Reino de Marruecos en Madrid⁵²¹. Como constata esta Resolución dicho matrimonio resulta nulo a la luz de nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de dos premisas. En primer lugar, el matrimonio consular que pueden contraer válidamente dos extranjeros en España (art. 50 Cc.), no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español. Por otra parte, aunque el matrimonio en cuestión se haya celebrado según el rito islámico, no lo ha sido ante un dirigente religioso islámico perteneciente a una Comunidad Islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones Islámicas inscritas integradas en dicha Comisión.

[517]

AnDGRN, año 1999, tomo II, pp. 3128-3130.

[518]

El Derecho internacional privado español no contiene una regla específica reguladora de la cuestión de la capacidad nupcial. Ante dicha laguna, la doctrina mayoritaria estima que para solventar la misma ha de acudir al art. 9.1 Cc., que nos remite a la ley personal que, en este caso, sería la ley de la nacionalidad de los contrayentes. Esta solución responde fundamentalmente a dos razones. En primer lugar, porque el art. 9.1. Cc. es una regla de carácter general que sólo encuentra excepción ante la existencia de una regla específica. Y, en segundo lugar, dada la reiterada doctrina de la DGRN en este sentido (*vid. inter alia*, la Resolución de la 4 de diciembre de 1991 y la de 8 de marzo de 1995).

[519]

Apdo. III de los Fundamentos de Derecho de la citada Resolución de 8 de abril de 1999. En este mismo sentido, *vid.* la Resolución de 30 de septiembre de 1999 de la DGRN, AnDGRN, año 1999, pp. 3819-3822.

[520]

AnDGRN, año 1999, pp. 2678-2681.

[521]

AnDGRN, año 1999, pp. 3253-3255. En un sentido parejo, véase, las Resoluciones de 13-2ª de enero de 1996, 21 de septiembre de 1998 y 4 y 23-4ª de enero de 1999.

8 Autorización para celebrar matrimonio civil en España careciendo la contrayente musulmana de los requisitos de capacidad nupcial exigidos por su ley nacional. A la DGRN se le ha planteado asimismo la posibilidad de contraer matrimonio en Palma de Mallorca dos ciudadanos, una de ellas marroquí y el otro alemán, resolviendo dicho expediente a través de la Resolución de 10 de junio de 1999⁵²². Dado que la ciudadana marroquí ya había estado anteriormente casada, si bien divorciada legalmente en Holanda, se acordó oficiar al Embajador de Marruecos en Madrid sobre la capacidad de ésta para volver a contraer nuevas nupcias. Éste informa que la súbdita marroquí no puede contraer de nuevo matrimonio si no cumple los requisitos siguientes: 1º) el futuro esposo debe obligatoriamente ser musulmán, o si no lo es, tiene que convertirse a la religión musulmana; 2º) ella ha de justificar su estado de divorciada o de viudez mediante un certificado de consuetudinariedad expedido por el Consulado General del Reino de Marruecos en Madrid. El extremo que se discute en el expediente previo matrimonial es el de si la contrayente marroquí tiene capacidad para contraer matrimonio civil en España. Ante tales hechos, la DGRN argumenta que si bien la capacidad matrimonial de un extranjero se rige por la ley personal del interesado (art. 9.1 Cc), dicha ley no deberá ser aplicada y en su lugar se aplicará la ley española cuando la norma extranjera, aplicable como regla, sea considerada contraria al orden público. La DGRN concluye que “no cabe duda de que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer (art. 32 CE), así como una discriminación infundada por razón de religión (art. 14 CE) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (art. 16 CE)”. Ante tal razonamiento se estima que al ser la norma indicada manifiestamente contraria al orden público español, es válido dicho matrimonio civil en España.

9 Solicitud de inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero careciendo de la correspondiente certificación extranjera. A partir del año 2000, la DGRN ha abordado en varias ocasiones la posibilidad de inscripción de matrimonios celebrados en Marruecos, según el rito musulmán, sin la aportación de una certificación del Registro, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración. Así, en la Resolución de 28 de marzo de 2000⁵²³, las partes acompañan exclusivamente un acta notarial donde se recogen unas declaraciones testimoniales de la existencia del matrimonio. La DGRN concluyó que dichas certificaciones marroquíes⁵²⁴ no reúnen las condiciones exigidas por el art. 256 RRC en el que consta que “se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”. Ante tales circunstancias, la DGRN resuelve desestimar el recurso y, por tanto, denegar dicha inscripción⁵²⁵. Se puede estar en muchos de estos casos ante los llamados matrimonios *coutumier* que, al no cumplir los requisitos básicos formales, tienen grandes dificultades para ser reconocidos de acorde a derecho fuera de su lugar de celebración.

[522]
AnDGRN, año 1999, pp. 3383-3386.

[523]
AnDGRN, año 2000, pp. 2999-2301.

[524]
En la mayoría de los casos, las partes aportan actas notariales que recogen manifestaciones de testigos o certificados administrativos de la existencia del matrimonio celebrado en Marruecos.

[525]
Junto a esta mencionada Resolución de 28 de marzo de 2000, pueden mencionarse asimismo la Resolución de 31 de mayo de 2000 (AnDGRN, pp. 3277-3278); la Resolución de 24 de julio de 2000 (AnDGRN, pp. 3563-3565); la Resolución de 8 de septiembre de 2000 (AnDGRN, pp.3611-3613); la Resolución de 14 de noviembre de 2000 (AnDGRN, pp.3930-3932).

Bibliografía

- ACUÑA, S.; Y DOMÍNGUEZ, R. “El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el Derecho islámico”, en MOTILLA, A. (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, 2003, pp. 25-66.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. “*Ius nubendi y orden público matrimonial*”, *BIMJ*, 1 febrero 2000, núm. 1862, pp. 425-447.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. A. *Les musulmans en Occident entre droits et devoirs*, L'Harmattan, Paris, 2002.
- BENMELHA, G. *Éléments du droit algérien de la famille. Le mariage et sa dissolution*, vol. I, Paris 1985, pp. 79 ss.
- CAMARERO SUÁREZ, M. “Los sujetos estatales y confesionales de los Acuerdos. Federaciones confesionales y problemática”, en REYNA, V; Y FÉLIX BALLESTA, M. A. (Coord.), *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp. 207-260.
- CARRIÓN OLMOS, S. “Sistema matrimonial y Acuerdos con otras confesiones”, *Actualidad civil*, n° 5, 1-7 de febrero de 1993, pp. 93 ss.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. “Notas sobre el denominado sistema matrimonial español”, en *Centenario del Código Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo I, Madrid, 1990, pp. 501 ss.
- CONCHEIRO TEJIDO, F. A. “Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los Acuerdos españoles con las confesiones religiosas minoritarias y el principio de igualdad”, REYNA, V; Y FÉLIX BALLESTA, M. A. (Coord.), *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., 537-544.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. “Comentario al artículo 63 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 306 ss.
- ESPINAR VICENTE, J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ CORONADO, A. “Los Acuerdos con las confesiones minoritarias desde una perspectiva histórica. Iter de las negociaciones”, en REYNA, V; Y FÉLIX BALLESTA, M. A. (Coord.), *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp. 131-154.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., Y GALÁN SOLDEVILLA, L. “El matrimonio religioso no canónico celebrado en España, aproximación a las leyes n° 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992”, *Actualidad Civil*, n° 13, 1993, pp. 220 ss.
- GARCIA RODRÍGUEZ, I. *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. “Comentario al artículo 49 del Código. Aspectos de Derecho internacional privado”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 276 ss.
- JORDÁN VILLACAMPA, M. L. “Reflexiones en torno a la justicia islámica y al Acuerdo de cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España”, en REYNA, V; Y FÉLIX BALLESTA, M. A. (Coord.), *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp. 695-706.
- LINANT DE BELLEFONDS, Y. *Traité de Droit Musulman Comparé*, 2 vol. Paris, 1965.
- MARTINELL, J. M. “Derecho a celebrar ritos matrimoniales y Acuerdos de cooperación”, en REYNA, V; Y FÉLIX BALLESTA, M. A. (Coord.), *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp. 667-694.

CAPÍTULO V

La celebración del matrimonio musulmán y su reconocimiento en derecho español

- MILLOT L., ET BLAC, F. P.
Introduction à l'étude du droit musulman, 2ème éd. Paris, 1987.
- MOLINA HERREZUELO, P.
"Problemática sobre la forma del matrimonio a la luz de los artículos 53, 73.3 y 789 del Código Civil", *Anuario Civil*, 1990-2, pp. 84 ss.
- MOTILLA, A. (Coord.) y otros.
El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español, Servicio de publicaciones Universidad de Córdoba, 2003
- MOURSI BADR, G.
"Islamic Law: its relation to other legal systems", *American Journal of Comparative Law*, 1978, vol. 26, pp. 187-198.
- NASIR, J.J.
The Islamic Law of Personal Status, Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P.
La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español, Aranzadi, 2002.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P.
"La adecuación del sistema matrimonial a las necesidades de la inmigración en el Estado español", en *Actas del III Congreso sobre la Inmigración en España*, Granada, 2002, pp. 323-332.
- PEARL, D., & MENSKI, W.
Muslim Family Law, Sweet & Maxwell, London, 1998.
- REYNA, V; Y FÉLIX BALLESTA, M. A. (Coord.)
Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (Barcelona, 1994), Marcial Pons, Madrid, 1996.
- RIOSALIDO GAMBOTTI, J.
Compendio de Derecho Islámico. Ibn Abi Zayd Al-Qay-rawānī, Madrid, 1993.
- SERRANO, C.
"Los Acuerdos del Estado Español con las Confesiones no católicas", *Anuario de Derecho Eclesiástico y del Estado*, 1988, p. 96 ss.
- SUDQI EL ALAMI, D.
The Marriage Contract in Islamic Law (in the Shri'ah and Personal Status Law of Egypt and Morocco), Graham and Trotman, London,
- TOMÁS DE LA TORRE, J. A.
"Celebración del matrimonio", en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996.



CAPÍTULO VI

La mujer musulmana
y el derecho de familia

Por: María Dolores Adam Muñoz



I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MUJER

1. La protección en el ámbito internacional de los derechos de la mujer

Con carácter general la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer se proclama en la Declaración Universal de Derechos humanos de 10 de diciembre de 1948¹, la cual establece entre sus considerandos que "*Los pueblos de las Naciones han reafirmado...su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...*", de modo que, siguiendo este *dictum*, establece en su artículo 2 que "*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*". Este precepto representa una de las piezas claves en la proclamación de la universalidad de los derechos: pertenecen a "*Toda persona*" y ninguna condición de la misma, ya sea individual, (sexo, raza, color), o social, (nacimiento, posición económica), etc. puede actuar como límite para el disfrute de los derechos fundamentales.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², señala en su artículo 2 que: "*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*". De este modo, el artículo 3 constituye un reforzamiento del mandato contenido en el precepto anteriormente señalado, indicando que: "*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto*"³. En iguales términos se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, garantizando a hombres y mujeres igual título para gozar de este tipo de derechos⁵. Así, la primitiva Declaración de Derechos Humanos de 1948, cuya validez jurídica fue discutida en un principio, en cuanto a su naturaleza vinculante⁶, se desglosó en dos Pactos, cuya fuerza obligatoria ya no se podía poner en duda por los Estados que los ratificaban⁷, de ahí, que los mismos tardaran tanto tiempo en entrar en vigor. Recientemente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece en su artículo 20, a mi juicio, de una forma excesivamente escueta que: "*Todas las personas, hombres y mujeres, son iguales ante la ley*" y el artículo 21 se refiere al derecho a la no discriminación señalando que: "*Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*"⁸.

No obstante estos convenios y la obligatoriedad de los mismos en cuanto a la no discriminación por razón de sexo, la comunidad internacional era consciente de que existían grupos más vulnerables dentro de la sociedad y que la obser-

[1]

Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

[2]

Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su Resolución 2200 A (XXI). Entró en vigor el 23 de marzo de 1973.

[3]

Ratificado por España, *B.O.E.* num. 103 de 30 de abril de 1977.

[4]

Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 por Resolución 2200 A (XXI), entró en vigor el 30 de enero de 1976.

[5]

Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 por Resolución 2200 A (XXI), entró en vigor el 30 de enero de 1976.

[6]

Sobre el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, *vid.* PÉREZ VERA, E. "Algunas consideraciones sobre el valor de las resoluciones de la Asamblea General en el 26 aniversario de la O.N.U.". *Boletín de la Un. de Granada*, num. 105, Vol. 5, 1972-73, p.p. 27 a 35. VIRALLY, M. "La valeur juridique des recommandations des organisations internationales". *Annuaire Français de Droit International*, 1956, p.p. 66 a 96. CASTAÑEDA, J. *Valor jurídico de las resoluciones de Naciones Unidas*. Méjico 1976, *passim*. CARRILLO SALCEDO, J.A. "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos". En AAVV, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. Díez de Velasco*. Madrid 1995, p.p. 167-178.

[7]

A su vez, en el ámbito regional, también fueron elaborados Convenios acerca de los Derechos humanos, como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, en cuyo artículo 14 se asegura el goce de los derechos y libertades sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, o cualquier otra situación. Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 2 de mayo de 1948, señala en su artículo 2 que: "*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*". El Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969, se pronuncia en igual sentido, indicando que, para los efectos de la Convención, persona es todo ser humano.

[8]

DOCE C 364/1 de 18 de diciembre de 2000, En la lista de los componentes de la Comisión que elaboró la Carta, las mujeres no han significado ni el 20% de este órgano, entre miembros titulares y suplentes. En opinión de T. FREIXES, "De la Carta de los Derechos fundamentales a la Constitución de la Unión Europea". *Revista Meridiam*, nº 20 de febrero de 2001, p.p. 51-55. El estándar o nivel que la igualdad obtiene en la Carta es considerablemente menor que el que tenía ya consolidado en el derecho comunitario (y no digamos en relación con la plataforma de Pekín, que también fue suscrita por la propia Comunidad Europea). ¿Significa ello que a partir de la Carta el nivel de protección y desarrollo de la igualdad

vancia de estos preceptos dejaba mucho que desear en relación con los mismos. Por este motivo quiso reforzar la fuerza vinculante de las normas que prohibían la no discriminación, en este caso por razón de sexo y, atendiendo a esta orientación, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 1979 la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la cual está en vigor desde el 3 de diciembre de 1981⁹ y ha sido ratificada por más de ciento cincuenta Estados¹⁰. Este Convenio tiene carácter vinculante, de modo que lo convierte en el marco jurídico básico para la erradicación de la discriminación por razón de sexo, o si se prefiere y, utilizando una expresión más exacta, por razón de género¹¹.

El Convenio fue ratificado por España en Marzo de 1984¹², de modo que, de acuerdo con nuestros preceptos constitucionales (arts. 93 a 96), forma parte integrante de nuestro Ordenamiento Jurídico, de donde se deduce que será directamente invocable ante nuestros tribunales en caso de discriminación por razón de género.

El Convenio parte de la constatación de la existencia de un grupo humano oprimido basado únicamente en una característica biológica, cual es el sexo, y el reconocimiento de la desigualdad real que existe entre hombres y mujeres en todo el mundo. Partiendo de este hecho, mantiene que, solamente, una vez corregidas todas las discriminaciones por razón de sexo en sus diferentes aspectos, podrá hablarse de una verdadera consecución de la igualdad formal y real y a esta finalidad se dirige el articulado del Convenio, cuyo cometido no es definir y proclamar los derechos fundamentales de la mujer, sino eliminar todas las formas de discriminación existentes contra ella. Por este motivo, el Convenio se fundamenta sobre dos conceptos básicos: la igualdad entre los sexos y la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, como finalidad fundamental a alcanzar.

El concepto de no discriminación lo podemos encontrar en el propio Convenio cuando en su art. 1 señala que: "*Para los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*". De este precepto se desprende: en primer lugar, que los derechos de la mujer son también derechos humanos y fundamentales como los del hombre, de modo que se reafirma a la mujer como sujeto de derechos equivalente al hombre¹³ y se establece que el bien jurídico que se pretende proteger son los derechos fundamentales del ser humano, en segundo lugar que los derechos reconocidos a la mujer lo son con independencia de su estado civil de hija, esposa, madre etc, ya que la mujer tiene estos derechos precisamente por su condición de persona y, por último, estos derechos operan en todas las esferas, tanto en la pública como en la privada.

El 6 de octubre de 1999 se concluyó un Protocolo Facultativo al Convenio, el cual se sometió a la Asamblea General de Naciones Unidas¹⁴. En este Protocolo se prevén dos recursos hasta entonces inexistentes: por una parte, el derecho de presentar denuncias individuales, una vez agotados los recursos que el Estado pone al alcance de las personas, ante el Comité por todas las violaciones del

va a disminuir?. La respuesta es no y ello como consecuencia de esas disposiciones generales que salvan jurídicamente el estándar de la Carta. Por ejemplo, el artículo 53 señala lo siguiente: "Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los Convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros".

[9]
Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1967.

[10]
Anteriormente a esta Convención Naciones Unidas ya había elaborado una Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer. Resolución 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1969.

[11]
El término sexo se refiere a unas características biológicas, mientras que el término género, femenino o masculino, significa los papeles diferentes e interrelacionados, las responsabilidades y oportunidades de hombres y mujeres que le son asignados debido a condiciones culturales específicas, están socialmente contruidos y su variabilidad con el tiempo es posible, debido, en parte, a los cambios políticos. BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C. "Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer". En *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*. Edición. F. MARINO MENENDEZ. Madrid 1996, p. 31. No obstante, en la actualidad se sigue utilizando el término "sexo" para hacer referencia a las diferencias sociales, culturales y de roles entre hombres y mujeres, así, cuando nuestra Constitución en su artículo 14 propugna el derecho a la igualdad sin distinción por razón de sexo, no se está refiriendo a una categoría biológica, sino que prohíbe toda discriminación basada en cualquier diferencia de trato no justificada entre hombres y mujeres.

[12]
B.O.E. de 21 de Marzo de 1984; no obstante, nuestro país manifestó en la correspondiente declaración de ratificación, que este Convenio no afectaría a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona, ya que el art. 57 del Texto Constitucional otorga preferencia al varón en la sucesión al trono.

[13]
Para gozar de los derechos públicos subjetivos han existido teorías que exigen como presupuesto la autonomía o soberanía individual, manifestación de la libertad e igualdad originarias del hombre, pero el hombre considerado como un ser plenamente autónomo sin dependencias de ningún tipo. Por ello, las concepciones liberales sobre los derechos humanos hacían compatible la afirmación de los derechos humanos, basados en la libre e igual condición de los hombres, con la marginación de determinados colectivos humanos, como las mujeres, los niños, e incluso los trabajadores. Esta es parte de la ideología liberal que triunfa con las denominadas Revoluciones Burguesas (La Revolución Inglesa, La Independencia Americana, la Revolución Francesa). Por este motivo no nos debe de extrañar que Olimpia De Couges, propugnara una Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, la cual lógicamente fue rechazada, paralela a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que su pensamiento progresista le costara la vida.

Convenio por parte de los Gobiernos y, en segundo lugar, el derecho del Comité a llevar a cabo investigaciones sobre los abusos cometidos a las mujeres en los países signatarios del Protocolo. Este Protocolo ha entrado en vigor el 22 de diciembre de 2000, pero han sido muy pocos los países que lo han firmado, los justos para que entre en vigor¹⁵.

En la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 se hubo de indicar de forma explícita lo que a todas luces debería de haber sido meridianamente claro; es decir, que los derechos humanos de las mujeres a través del ciclo vital constituyen una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales. Son los Estados los que tienen la obligación de promover la observancia, el respeto universal y la protección de todos los derechos y libertades fundamentales para todos¹⁶. Esta afirmación se reitera en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín en 1995, fruto de la cual fue la Declaración de Beijing, señalando la plataforma que muchas mujeres en el mundo se encuentran con problemas adicionales para el pleno disfrute de sus derechos fundamentales, debido a circunstancias como la raza, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión, las incapacidades o clase socioeconómica, etc. Por este motivo, se establecieron en la citada Conferencia una serie de recomendaciones dirigidas a los Gobiernos de las Naciones a fin de hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos¹⁷ por parte de las mujeres¹⁸.

Todas estas acciones van dirigidas al establecimiento de una comunidad de derecho basada en los principios de igualdad y libertad, eliminando toda forma de discriminación de modo que se está potenciando un marcado carácter de universalismo en las reglamentaciones de tráfico externo, dado que la normativa internacional de derechos humanos es aplicable a toda persona, independientemente de donde se encuentre, ya sea hombre o mujer, nacional o extranjero, lo cual conduce a la consolidación de un verdadero estatuto internacional de la persona que se impone en el ámbito de los diferentes sistemas estatales y que abarca tanto a las relaciones privadas o públicas internas e internacionales. Es lo que en su día se denominó "*standard mínimo internacional*", entendiéndose por tal aquel conjunto de normas consuetudinarias de alcance universal que garantizan una protección mínima a la persona, con independencia del territorio en el que se encuentre y sin atender a las relaciones casuales con un grupo social determinado, en cuanto al respeto de su integridad personal y a la observancia de sus derechos fundamentales¹⁹, concepto que hoy en día está superado debido a las positivación en los textos normativos de los derechos fundamentales y, por lo tanto, a la protección directa de los mismos por el Ordenamiento Internacional.

2. La protección islámica de los derechos fundamentales de la mujer

De forma general hemos señalado en líneas atrás los diversos textos que en el ámbito internacional se dirigen a proteger el derecho a la no discriminación entre hombres y mujeres; sin embargo resulta obligado que nos cuestionemos ahora acerca de la universalidad de los textos en los que este derecho se contiene, ya que, habida cuenta de la heterogeneidad de los grupos humanos que integran en la actualidad la comunidad internacional, no resulta extraño que no sea po-

[14]

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999.

[15]

A la fecha 22 de diciembre de 2000 los países que habían firmado el Protocolo son los siguientes: Argentina, Austria, Bélgica, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Checa, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Finlandia, Francia e Italia.

[16]

Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio de 1993. Publicado por el UN.DPI.

[17]

Como datos más importantes de esta Declaración podemos señalar que los Estados reafirman su compromiso de: "Defender los derechos y la dignidad intrínseca de las mujeres y los hombres, todos los demás propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular, la Convención sobre todas las formas de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos del niño, así como la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y la Declaración sobre el derecho al desarrollo".

"Garantizar la plena aplicación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

Estamos convencidos de que: "Los derechos de la mujer son derechos humanos".

Estamos decididos a: "Intensificar los esfuerzos para garantizar el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las mujeres y niñas que se enfrentan a múltiples barreras para lograr su potenciación y su adelanto por factores como la raza, la edad, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión o la discapacidad o por pertenecer a la población indígena".

[18]

FREUDENSCHUSS-REICHL, I.

"La protección de los derechos humanos de las mujeres migrantes". En *La protección internacional de los derechos de la mujer...ob. cit.* p.p. 94 y 95.

[19]

Sobre esta cuestión, *vid.* en general, KISS, A.C. "La condition des étrangers en Droit international et les droit de l'homme". *Miscelanea Gonshoh Van der Meersh*, T. I, Bruselas 1972, p.p. 503 y ss. VERDROSS, A. "Les regles internationales concernant le traitement des étrangers". *Recueil des Cours*. 1931/III, p.p. 350 y ss.

sible una única concepción de los derechos humanos con validez universal, la cual no tenga en cuenta estas diversidades. Al hilo de esta argumentación se ha llegado a afirmar que en la consagración de los derechos humanos como universales existe un trasfondo de los países occidentales de querer imponer a las demás culturas nuestras concepciones y nuestros valores. Así, durante los trabajos preparatorios de la Segunda Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, se planteó a menudo la cuestión entre universalidad y particularismos en materia de derechos humanos. En este sentido, los grupos regionales africano, asiático y el grupo de países islámicos pusieron en cuestión la universalidad de los derechos humanos, al poner un especial énfasis en la relevancia y primacía de las tradiciones culturales nacionales y regionales o de los particularismos religiosos. De este modo, en la Declaración de Túnez, aprobada el 6 de noviembre de 1992²⁰, los Estados africanos reconocieron que el carácter universal de los derechos humanos es indiscutible, pero a pesar de esto señalaron que: "No puede prescribirse un modelo determinado a nivel universal ya que no pueden desatenderse las realidades históricas y culturales de cada nación y las tradiciones, normas y valores de cada pueblo"²¹.

Esta disyuntiva entre la universalidad o no de los derechos humanos²² la podemos ver fácilmente reflejada en los sistemas jurídicos confesionales, como sucede con los Estados Islámicos, en donde el derecho religioso se encuentra estrechamente vinculado al Estado. Así, en las propias constituciones se establece que el Islam es la regla jurídica sobre la que se basa toda la legislación del Estado²³. El Islam representa la ciudadanía, la fuente de la ley y el elemento que determina la identidad de la persona. Esta religión se identifica con la pertenencia a un grupo, a una comunidad cultural-religiosa superior o por encima de la nación o el Estado. El individuo lo es tal en cuanto pertenece a una comunidad, a la gran familia musulmana, así pues, ha de ser la ley religiosa la que reglamente el estatuto personal entre musulmanes y no musulmanes. Así, la tensión entre la universalidad de los derechos humanos y el relativismo cultural se observa y manifiesta en la vida diaria de millones de personas de todo el mundo y afecta fundamentalmente a las relaciones en el ámbito de la familia y de forma especial y directa a las mujeres y a las niñas. De esta forma se pone en entredicho la legitimidad de la comunidad internacional para que entre a conocer de las normas que rigen el estatuto personal y si las mismas son respetuosas con los derechos fundamentales, ya que no constituye una cuestión desde la perspectiva de la responsabilidad internacional de los Estados, inciden directamente en el ámbito privado²⁴.

Esta situación no constituiría ningún impedimento para el disfrute de los derechos humanos por parte de la mujer si la religión islámica no consagrara la superioridad del hombre sobre la mujer. Para esta religión, la mujer es un ser inferior que no puede actuar, decidir o gobernarse por sí misma, por este motivo ha de estar protegida en todo momento por el hombre, dependiendo de él²⁵. Esta situación se hace mucho más patente en las relaciones familiares y, sobretudo en la concepción que el Derecho Islámico tiene de la familia, ya que el Corán hace escasas referencias a las relaciones en el ámbito público y, sin embargo, contiene numerosas prescripciones acerca de la vida privada. La mujer está durante toda su vida supeditada a la voluntad de su padre, en su defecto, hermano mayor, tío y finalmente, marido. Al quedar viuda su tutor será su hijo mayor. Es un ser incapaz que necesita ser tutelado, por eso, en las situaciones importantes de la

[20]

Declaración de Túnez (Doc. A/CONF.157/AFRM/14, A/CONF.157/C/57 de 24 de noviembre de 1992.

[21]

Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A. "El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso". En *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*. Ed. M:E: Rodríguez Palop y A. Tornos. Madrid 2000, p.p.43-44.

[22]

Sobre la problemática que plantea la universalidad de los Derechos humanos, Vid.VILLÁN DURÁN, C. "Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena". *Revista Española de Derecho Internacional* 1994-2, p.p. 505-532. FERNANDEZ GARCÍA, E. "La Declaración de 1948. Dignidad humana, universalidad de los derechos y multiculturalismo". En *Derechos de las minorías en una sociedad democrática*. Dir. J. De Lucas Martín. Madrid 1999, p.p. 225-250.

[23]

El artículo 4 de la Constitución de Irán señala que toda la legislación civil, penal, económica, administrativa, cultural, militar y política está basada sobre los criterios del Islam. estos principios se aplican de forma absoluta y general a todos los preceptos de la Constitución. También el artículo 2 de la Constitución de Egipto, señalaba que "*los principios de la charia son una fuente principal de legislación*". Este precepto fue enmendado el 22 de mayo de 1980 y actualmente señala que dichos principios son "*la fuente principal de la legislación*".

[24]

CONTRERAS MAZARÍO, J.M. "Globalización, derechos humanos y prácticas tradicionales en el ámbito de la familia. Especial referencia a las actividades de Naciones Unidas. En *Globalización y derecho*. ob. col. dirigida por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. Madrid 2003, p. 192.

[25]

La desigualdad entre hombre y mujer proviene, según esta religión, del propio Corán, el cual establece en la Sura IV:38 que: "*Los hombres son superiores a las mujeres a causa de las cualidades por medio de las cuales Dios ha elevado a éstos por encima de aquellas, y porque los hombres emplean sus bienes en dotar a las mujeres. Las mujeres virtuosas son obedientes y sumisas: conservan cuidadosamente durante la ausencia de sus maridos lo que Dios ha ordenado que se conserve intacto (Es decir, sus personas y el haber de sus maridos). Reprendereis a aquellas cuya desobediencia temais; las relegareis en lechos aparte, las azotaréis; pero tan pronto como ellas os obedezcan, no les busquéis camorra. Dios es elevado y grande*". Asimismo, la Sura II:228, al referirse al repudio señala que: "*Las mujeres respecto de sus maridos y éstos respecto de sus mujeres deben de conducirse honestamente. Los maridos son primero que sus mujeres (Literalmente: tiene un grado por encima, es decir, le son superiores). Dios es poderoso y sabio*". De ahora en adelante utilizaremos la versión del Corán traducida por J. García Bravo. Edicomunicación. Barcelona 1.998. (El texto entre paréntesis son notas del traductor).

vida, como es el matrimonio, necesita de un tutor que preste el consentimiento por ella, el "wali". A partir de su estado de casada, su vida se limita al ámbito doméstico, no puede trabajar, ni salir, ni viajar, ni visitar a su familia si no es con el consentimiento de su marido. En definitiva, durante toda su vida estará bajo la tutela y autoridad de una persona masculina. El hombre gozará de todas las prerrogativas de la vida pública, trabajo, relaciones sociales, etc. Como compensación, la mujer irá adquiriendo una mayor esfera de poder en cuanto a su estado de madre, ya que la procreación, al constituir la seguridad en la continuidad de la familia, la dotará de una mayor legitimidad²⁶.

Como consecuencia de esta situación y, teniendo en cuenta la negativa de los Estados Islámicos a cambiar su normativa, ya que la misma está basada en una revelación divina y los roles de hombres y mujeres aparecen ya prefijados por la misma, no nos es de extrañar que, aunque estos Estados pertenezcan a Naciones Unidas, no hayan ratificado ningún tratado sobre Derechos Humanos, los cuales consagran la igualdad entre el hombre y la mujer. La razón que esgrimen para obviar esta obligación se basa en que dichos convenios están realizados desde el punto de vista de los países europeos y no se ha tenido en cuenta para nada el espíritu de los países islámicos. Estos Estados europeos mantenían a buena parte de los actuales Estados musulmanes en situación colonial o semicolonial²⁷, con lo cual, fue la cultura judeocristiana la que voluntariamente ignoró la aportación humanística del Islam. El hecho de que los valores de la modernidad fuesen transmitidos e incluso impuestos por el poder colonial provocó que en términos sociales y culturales la modernización se interpretase como amenaza de la personalidad islámica, de manera que al alcanzar la independencia los estados emergentes asumieron la modernización en el terreno económico y tecnológico, pero no en el ámbito social y cultural.

Esta desconfianza y aversión por la cultura occidental provocó que, el mundo musulmán elaborara seis documentos propios en los cuales se plantea el problema de la especificidad en los Derechos Humanos²⁸. El más importante, dada su divulgación, es la Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos de 1981²⁹, en la cual se consagra la tradición islámica y la diferencia de derechos entre el hombre y la mujer³⁰. La Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam de 5 de agosto de 1990³¹ se dirige en el mismo sentido proclamando que los derechos y la dignidad se promulgan en nombre de Alá y todos los seres humanos forman una familia subordinada a Alá (artículo 1). La mujer es igual al hombre en dignidad humana, tiene sus propios derechos como también posee sus propios deberes, gozando de ciudadanía e independencia económica y del derecho a conservar su nombre y linaje (artículo 6).

Habida cuenta de que las declaraciones de derechos islámicas consagran una serie específica de derechos en relación con las mujeres cuyo referente es el hombre podemos fácilmente deducir que, aunque los derechos humanos en el Islam provengan directamente de Alá, la religión musulmana no consagra en absoluto la igualdad entre hombres y mujeres y esas diferencias se encargan de ponerlas de manifiesto encarecidamente estas declaraciones de derechos apartadas de la cultura occidental³².

Desde esta óptica, resulta lógico que algunos de los Estados Islámicos no hayan ratificado la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discrimina-

[26] Vid. WEIBEL, N.B. "Femmes, Pouvoir et Islam". *Revue de Droit Canonique*, t. 45, 1995, p.p. 105-114.

[27] Así, por ejemplo, el concepto de "standard mínimo" también ha sido cuestionado por los países que surgieron en los años cincuenta y sesenta como consecuencia de la descolonización, alegándose en su contra que es una construcción occidental, en la cual se plasman los intereses de estos Estados. Vid. LILLICH, R.B. "Duties of States regarding the civil rights of aliens". *Recueil des Cours*. vol. 161, 1978, p.p. 364 y ss.

[28] Vid. MARTÍN MUÑOZ, G. "La igualdad entre los sexos y la cuestión de los derechos humanos y del ciudadano en el mundo árabe". En AA.VV. *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*. Madrid 1995, p.p. 13 a 17.

[29] Fue elaborada por el Consejo Islámico de Londres y presentada ante la UNESCO el 19 de septiembre de 1981.

[30] Así, el artículo III señala la igualdad de todas las personas ante la ley y la igualdad de oportunidades, terminando por predicar la igualdad en el trabajo. El artículo XIX establece el derecho a fundar una familia, señalando que cada persona tiene derecho a contraer matrimonio y a educar a sus hijos conforme a su religión. Cada esposo gozará de los privilegios y deberes que se estipulen por la ley. En esta dirección, el artículo XX establece los derechos de la esposa; sin embargo a lo largo de la declaración no encontramos ningún precepto que especifique los derechos del esposo, de manera que la diferencia entre los mismos es patente.

[31] Adoptada por la XIX Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores por Resolución 49/19-P. El texto se puede consultar en <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaracion.html>.

[32] Según indica MAILA, J. "¿Son los derechos humanos impensables en el mundo árabe?". En obra colectiva *El Islám jurídico y Europa*. Ed. A. Borrás y S. Mernissi. Barcelona 1997, p. 145, "La trayectoria que inviste a los derechos humanos en el Islam no es la del individualismo liberal como en Occidente, sino que su pura gratitud de Dios que inviste al hombre de su dignidad, que lo nombra su vicario en la tierra y le otorga sus derechos, pero al mismo tiempo le inviste de sus deberes: deberes para con Dios que ostenta derechos sobre el hombre y deberes con la comunidad. El principio aquí no es igual que en Occidente donde los derechos del individuo son la mejor garantía contra un individualismo desbocado. La condición ética impuesta por el Islám es de índole personal y colectiva".

ción contra la Mujer, como Arabia Saudí o Argelia y, si lo han hecho, ha sido estableciendo una serie de reservas que prácticamente vacían de contenido a la misma. Estas reservas pueden ser generales, como la realizada por Libia³³, para la cual la adhesión no debe ir nunca contra las leyes que rigen el estatuto personal procedentes de la *charia* islámica, o más concretas, como las realizadas por Egipto, Iraq, Jordania, Argelia³⁴, Túnez³⁵ y Marruecos a los artículos 2 y 16 de la Convención, preceptos que se refieren a que los Estados condenan la discriminación contra las mujeres en todas sus formas y tomarán las medidas apropiadas para modificar o derogar cualquier ley que se dirija en este sentido y también a que los Estados tomarán las medidas correspondientes para evitar la discriminación de la mujer en lo referente al matrimonio y a las relaciones familiares³⁶, ya que estas disposiciones, según estos países, se oponen a la religión islámica³⁷.

Como consecuencia de esta concepción, las propias Constituciones de los países islámicos parten ya de las diferencias y de la superioridad del hombre sobre la mujer. Así, el artículo 40 de la Constitución de Egipto señala que todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Tienen los mismos derechos y deberes sin discriminación entre ellos debido a la raza, origen étnico, lengua, religión o credo³⁸. Es decir, el derecho a la no discriminación por razón de sexo no se establece, como sucede en la mayoría de las Constituciones democráticas y declaraciones de derechos, de donde se deduce que dicha discriminación no es que esté permitida, sino que está amparada por la ley. De esta forma, la familia es la base de la sociedad fundada en la religión y, a mayor abundamiento, el artículo 11 indica que el Estado garantizará la coordinación entre los deberes de la mujer hacia su familia y su trabajo en la sociedad, considerándola igual que al hombre en los campos político, social y económico, pero sin vulnerar las reglas de la jurisprudencia islámica³⁹. La Constitución de Libia se sitúa en la misma línea que la Egipcia⁴⁰; sin embargo, las constituciones de Mongolia y de Iraq prohíben la discriminación por razón de sexo (artículos 14 y 19 respectivamente)⁴¹. Resulta curiosa, no obstante, la Constitución de Irán, la cual establece la igualdad entre hombres y mujeres en el artículo 3 num.14 y posteriormente, en el artículo 21, enumera una serie de derechos únicamente para las mujeres que el Estado debe respetar de acuerdo con los criterios del Islam. Estos derechos se refieren fundamentalmente al rol de la mujer en el seno de la familia⁴². En la Constitución de Marruecos, el artículo 8 consagra la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito político, olvidándose de la realidad social que viven las mujeres y no consagrando esta igualdad en el ámbito público y privado⁴³.

En definitiva, la legislación de los Estados Islámicos, se sigue basando en la confesionalidad de las normas que rigen su vida, si bien, en mayor medida, las mismas se refieren al ámbito privado⁴⁴. Es en este espacio donde predomina la autoridad del hombre sobre la mujer y el papel de sumisión y obediencia que ésta tiene que observar frente al hombre, actitud que lógicamente influye en el desarrollo público de la mujer. Las reivindicaciones y acciones de ciertos grupos progresistas para alcanzar una igualdad jurídica entre el hombre y la mujer son minoritarias en estos países de corte legislativo religioso, lo cual tiene como consecuencia inmediata la dificultad en la consecución de una modificación legal dirigida hacia este objetivo, de modo que la situación de discriminación por razón de género sigue siendo una constante en estos Estados.

[33]

Libia retiró esta reserva general en el año 1995. *Vid. Recueil des traités déposés apures du Secrétaire Général. État au 30 avril 1999. Nueva York 1999, p.p. 199 y 203, nota 24.*

[34]

Este país invoca como incompatibles con los artículos 2, 15.4 y 16 sus códigos de familia y de nacionalidad. *Vid. Recueil des traités...cit. p. 186.*

[35]

Túnez ha realizado las reservas a los artículos 15.4 y 16, c, d, f, g y h por ser incompatibles con el art. 1 de su Constitución, y con las disposiciones del Código sobre el Estatuto personal relativas al apellido, a la adquisición de la propiedad en materia sucesoria y a la elección del domicilio familiar. *Vid. Recueil des traités...cit. p. 194*

[36]

BABADJI, I. "Aproximación a las relaciones de la *charia*...ob. cit. p.p. 100-101.

[37]

No obstante, Marruecos establece en su Constitución que los convenios internacionales ratificados están por debajo de la Constitución, pero por encima de la ley, señalando su artículo 31 que: "Pueden ser ratificados los convenios internacionales no conformes a la constitución marroquí, después de la modificación de esta última según el procedimiento previsto en la ley". Independientemente de estas disposiciones legales, Marruecos todavía no ha publicado en su boletín oficial el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, lo que impide su utilización ante los tribunales marroquíes. Las reservas de Marruecos se refieren a la oposición del Convenio sobre sus normas de divorcio, entendiéndose este país que la mujer únicamente puede conseguirlo si lo solicita ante el juez.

[38]

"All citizen are equal before de law. They have equal public rights and duties whiout discrimination between them due to race, ethnic origin, language, religion or crede". Pag. web. <file://A:\Egipto/constit.htm>.

[39]

"The State shall guarantee de proper coordination between tue duties of woman towards the family and her work in the society, considering her equal with man in the fiels of political, social, cultural and economic life without violation of the rules of Islamic jurisprudence". *Vid. Pag web. file://A:/Egipto/constit.htm.*

[40]

"Libyans shall be equal before the law. They shall enjoy equal civil and political rights, shall have the same oportunities, and be subjet to the same public duties and obligations, without distiction of religion, belief race, language, wealth, kinship or political or social opinions". *Vid. Pag. web. file://A:\Libia\5_1const_1.htm*. Los libaneses serán iguales ante la ley. Tendrán los mismos derechos civiles y políticos y las mismas oportunidades y estarán sujetos a los mismos deberes y obligaciones públicos, sin distinción de religión, creencia, raza, lengua, nacimiento o posición política y social. (La traducción es mía).

[41]

"All persons lawfully residing within Mongolia are equal before the law and the courts. No person may be discriminated on the basic of ethnic origin, language, race, age, sex, social origin or status, property, occupation or post, religion, opinion or education. Everyone is a person before the law". *Vid pag. web. file://A:\mg00000.htm*. (todas las personas que residan legalmente en Mongolia son iguales ante la ley y ante los tribunales.

3. Posible armonización de las concepciones occidental e islámica de los derechos fundamentales

Independientemente de las divergencias que se produjeron entre los países de corte occidental y los de cultura islámica en la Segunda Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, lo cierto es que se pudo llegar a una solución de compromiso promulgando la universalidad e indisolubilidad de los derechos humanos y, así, en el párrafo 5 de la Parte I de la Declaración y Programa de Acción de Viena se indica que: *"Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales"*⁴⁵.

Así pues, frente a esta posición restrictiva, en cuanto a la interpretación de las normas religiosas y su adecuación a la vida social, existen posiciones menos radicales que consideran que es necesario interpretar, sin atender a la cultura, que los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal, son un *"mínimo intercultural garantizado"* y que así han de ser asumidos y percibidos. Esta es la idea que lanzan las asociaciones árabes no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, las cuales han elaborado varios textos interpretando de forma intercultural la Declaración Universal de Derechos Humanos. En estos textos se consagra el término *"seres humanos"*, *"individuos"*, etc., sin referirse para nada a la *"preservación de la personalidad islámica"*. Asimismo, se hacen menciones expresas a la necesidad de eliminar cualquier forma de discriminación contra la mujer⁴⁶. Aparte de estas organizaciones, existen también movimientos feministas que se incardinan en la misma dirección⁴⁷. Su reivindicación fundamental se centra en la reforma de los códigos del estatuto personal de los distintos países, ya que es este cuerpo legal el que establece más llamativa y rotundamente las discriminaciones entre los hombres y las mujeres⁴⁸.

Ninguna persona puede ser discriminada con base en su origen étnico, lengua, raza, edad, sexo, origen o estado social, educación o cargo, religión, opinión o educación. Cada uno es independiente ante la ley). (La traducción es mía) *"Citizen are equal before the law without discrimination because of sex, blood, language, social origin, or religion"*. Vid. Pag. web. [ICL- Iraq Interim Constitution](#). (Los ciudadanos son iguales ante la ley sin discriminación a causa del sexo, sangre, lengua, origen social o religión. La traducción es mía).

[42]

"The government must ensure the rights of women in all respects, in conformity with Islamic criteria, and accomplish the following goals:

1. *Create a favorable environment for the growth of woman's personality and the restoration of her rights, both the material and intellectual.*
2. *The protection of mothers, particularly during pregnancy and childbearing, and the protection of children without guardians.*
3. *Establishing competent courts to protect and preserve the family.*
4. *The provision of special insurance for widows, and aged women and women without support.*

5. *The awarding of guardianship of children to worthy mothers, in order to protect the interests of the children, in the absence of a legal guardian"*. (El Gobierno debe asegurar los derechos de las mujeres y su respeto, de conformidad con los criterios islámicos, respetando los siguientes objetivos: 1.- Crear un entorno favorable para el desarrollo de la personalidad de las mujeres y el respeto de sus derechos, tanto en sentido material como intelectual. 2.- La protección de las madres, particularmente durante el embarazo y crianza de los hijos, y la protección de los hijos sin cuidadores. 3.- Estableciendo tribunales competentes para proteger y preservar a la familia. 4. La provisión de especiales garantías para las viudas, mujeres ancianas y mujeres sin recursos. 5.- El otorgamiento de guardianes de los hijos para las madres trabajadoras, en orden a la protección de los intereses de los hijos y en ausencia de guardian legal). (La traducción es mía).

[43]

Marruecos ha tenido una serie de constituciones que datan de 1970, 1972, 1992 y 1996. En todas ellas el artículo que trata la situación de la mujer ha sido mantenido. El artículo 8 señala que: "El

hombre y la mujer disfrutan de derechos políticos iguales. Son electores todos los ciudadanos mayores de ambos sexos, disfrutando de sus derechos civiles y políticos"

[44]

BENSAID, C. y ZINEB, et AL. *Femmes et société civile au Maghreb*. Marrakech, 1995.

[45]

La cursiva es mía.

[46]

MARTÍN MUÑOZ, G. "La igualdad entre los sexos y la cuestión de los derechos humanos...", *ob. cit.* p.p. 13-17.

[47]

CRINON, M. "Des femmes en mouvement pour la conquête de leur droits", en *L'Etat du Maghreb*. Dir. Lacoste Lacoste. Tunes, 1991.

[48]

Objeto de estas reivindicaciones fue la marcha que tuvo lugar en Rabat el 12 de marzo de 2.000. La misma con-

Las reformas se predicaban en tanto en cuanto el Corán no establece la subordinación de la mujer en relación con el hombre, sino que el Islám es una religión que dignifica a la mujer y la coloca en igualdad con el hombre. La interpretación desviada que los varones han realizado del Texto Sagrado es lo que ha motivado la consideración de la mujer como eterna menor, como ser inferior necesitado de protección, la cual, lógicamente le es brindada por el hombre tal vez hasta la "sofocación". Las mujeres no pueden estar incluidas en las grandes tomas de decisión de los hombres. Se van a quedar en la sombra, "marginadas" por un consenso masculino tácito. Ellos se consideran de manera espontánea como tutores de por vida de las mujeres. Todo se va a hacer en el nombre de la mujer, responder por ella, defenderla, protegerla, decidir por ella, etc. No obstante esta situación, las reivindicaciones de las mujeres progresistas musulmanas se dirigen en dos direcciones: la primera se centra en la exigencia de una correcta interpretación del Corán y de la revelación que Alá realizó al Profeta, ya que en tiempos del Profeta las mujeres y los hombres estaban juntos, unidos, ligados por esa luz de la fe que hacía de ellos seres humanos ante todo, sometidos al creador de este mundo, Alá. Las mujeres estaban en las primeras filas de la escena, discutiendo, divisoando, dialogando con el Profeta y sus compañeros. Se quejaban si un compañero les faltaba al respeto, porque ellas habían entendido que el mensaje del Islám era ante todo liberador. No incumbía a los hombres decidir, proponer, convenir sus derechos de hacer o no hacer, de ser o no ser...solo Dios les ordenaba y es sólo a Dios a quienes ellas estaban sometidas⁴⁹. Observamos pues como el Corán protegía a la mujer de los excesos que la sociedad patriarcal imponía. En esta época se legislaron aspectos como la prohibición de matar a las hijas al nacer, se reconoció el derecho de la mujer a la propiedad y a la educación. Se instituyó la necesidad de exigir su consentimiento para contraer matrimonio, se limitaba la libertad del marido a la hora de tomar otras esposas y también se aseguraba un igual derecho para hombres y mujeres en el matrimonio.

Si esto sucedía en la época el Profeta, las mujeres musulmanas se preguntan cómo han podido llegar a la situación actual, cómo es que están sometidas después de catorce siglos a los hombres y no al creador, como es que el Islám que durante toda su historia ha revolucionado las condiciones de vida de los hombres en todos los sectores, espiritual, económico, político, etc. no ha reformado el punto fatídico de las relaciones hombres-mujeres. El machismo es la única estructura humana que ha resistido a los valores del Islám. La situación se agrava si tenemos en cuenta que los movimientos integristas y fundamentalistas han situado la cuestión de la situación de la mujer en el centro del debate mundial.

La segunda dirección en la que se orientan las reivindicaciones de las mujeres musulmanas es en relación con sus propias congéneres occidentales, ya que las mismas insisten hasta la saciedad en la situación de subordinación en la que se encuentra la mujer musulmana y la necesidad de su pronta emancipación. Así se entiende que el Islám es incompatible con todos los valores de la modernidad occidental. La mujer musulmana es el prototipo de la marginación en una sociedad dominada por el hombre. La situación de la mujer dentro del mundo islámico es una de las piedras angulares de toda la crítica occidental al mundo musulmán. El estereotipo de la mujer musulmana, indefensa, analfabeta, sometida, etc. es el típico tópico del que las mujeres musulmanas pretenden deshacerse, su lucha por la igualdad pretenden realizarla, no al modo de las feministas occidentales, sino desde sus propias convicciones, cultura e identidad.

dujo a que el nuevo Gobierno socialista marroquí elaborara un Plan de Acción para la emancipación de la mujer. La primera intención de Mohamed VI tras acceder al trono fue la de llevar este plan al Parlamento; sin embargo este gesto hacia las mujeres enseguida fue rectificado por el monarca, al escuchar la primera voz de protesta del único grupo islamista que participaba en el Parlamento, el minoritario Partido de la Justicia y el Desarrollo, dejando el plan en suspenso a la espera de que recibiera el dictamen de un tribunal islámico.

El plan de acción incluye la modificación de la Mudawana, o estatuto personal, basado en la ley islámica, con la elevación de la edad del matrimonio de 15 a 18 años, prohibición de la poligamia, la sustitución del repudio por un divorcio ante un juez, igualdad ante el reparto de bienes y custodia de los hijos y fin de la custodia permanente del hombre sobre la mujer. No obstante lo anterior, otro grupo de mujeres feministas, las cuales se manifestaron en Casablanca, entienden que las reivindicaciones anteriores no es el principal problema a abordar, sino que lo verdaderamente urgente es apartar a la mujer de la pobreza en la que vive, a juicio de estas últimas es necesario dejar atrás la puesta en escena para la galería internacional. ROMA, P. "Marruecos, batalla entre mujeres". Suplemento de *El País* de 13 de agosto de 2.000. p. 43 y ss.

[49]

LAMRABET, A. "La eterna problemática de la mujer musulmana". *Rev. WebIslam* num. 169 de 22 de abril de 2002, p.4. FORTI, R. "La identidad de la mujer musulmana". *Rev. WebIslam* de 17 de diciembre de 2002, p. 4.

Estas reivindicaciones están muy lejos en la actualidad de ser aceptadas por las sociedades islámicas, aunque, para que negarlo, algunos tímidos logros se han conseguido. Así, por ejemplo, la *Mudawwana* o Código del Estatuto Personal Marroquí, fue reformado en 1993 y las pocas prescripciones progresistas que consagra, se consiguieron gracias al esfuerzo de estos grupos feministas, aún pesando sobre estas asociaciones reivindicativas amenazas de muerte por parte de los integristas⁵⁰. Hoy en día, las mujeres argelinas, asociadas en grupos de presión progresistas⁵¹, ponen el punto de mira en la reforma del alienante Código del Estatuto Personal y son numerosas sus manifestaciones en todo tipo de medios utilizados dentro y fuera de su país. Al respecto, resulta significativa, por su obviedad, la reflexión efectuada por S. KHODJA, profesora y socióloga argelina, cuando se cuestiona si resolver los problemas de las mujeres “¿no es también una manera de resolver los de los hombres?. ¿No son los hombres también prisioneros de una estructura familiar tradicional que impide su expansión?. Lógicamente, si cambiara la relación hombre/mujer, cambiaría toda la sociedad, o por lo menos mejoraría profundamente su funcionamiento”⁵². Las enmiendas al Código del Estatuto Personal argelino propuestas por el Gobierno⁵³ se dirigen a seguir manteniendo la situación discriminatoria para la mujer, con argumentos tales como que, si se realiza un cambio, el mismo puede ser peligroso para las mujeres, las cuales dejarán de jugar el papel establecido por Dios, argumento compartido por las mujeres de los partidos islamitas *Movimiento Social por la Paz y Ennahada*, las cuales están satisfechas de que los principios de la *Charia*⁵⁴ sigan siendo respetados.

Este recorrido nos ha puesto de manifiesto como en los distintos Estados de confesión Islámica la subordinación de la mujer al hombre sigue siendo una constante, independientemente de la concepción que se tenga sobre los derechos humanos, ya sea ésta islámica u occidental. Lo cierto es que, independientemente de las distintas ideologías existe un consenso en la admisión de que los derechos humanos abarcan aquellos derechos fundamentales que se derivan de la dignidad intrínseca del ser humano, son el atributo necesario de toda persona, son inherentes a su dignidad⁵⁵. Según Tommy Koh existe un núcleo de derechos humanos fundamentales, universales y que no admiten derogación por cultura alguna “El genocidio, la tortura, la esclavitud, la discriminación racial, la discriminación contra la mujer y el abuso de la infancia, deben ser universalmente condenados”⁵⁶. Así, asistimos al nacimiento dentro de lo que se ha denominado el “núcleo duro de los derechos humanos” de un nuevo derecho de esta índole: el derecho a la no discriminación por razón de sexo⁵⁷.

4. El Derecho internacional privado como medio de solución de los conflictos interculturales

4.1. Características de la interacción entre la cultura occidental y la cultura islámica

Actualmente se estima que en Europa el número de musulmanes, ya sean inmigrantes o no, se eleva a unos diez millones, lo que representa el 3'5% de la población europea occidental. La distribución por países se sitúa en torno a unos cuatro millones, principalmente magrebíes, en Francia; más de dos millones,

[50]

Vid. el desarrollo de las acciones llevadas a cabo por los grupos feministas, así como la consecución de la reforma del Código del Estatuto Personal Marroquí, en TAMOUH, F.Z. "Democracia en femenino. De la democracia política a la democracia familiar en Marruecos". En *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb...ob. cit.* p.p. 61-70. BELARBI, A. "Mouvement des femmes au Maroc", en *La société civile au Maroc*. el Aoufi, Rabat, 1992.

[51]

Sobre los grupos feministas argelinos, su nacimiento, acciones y reivindicaciones, vid. PEREZ BELTRÁN C. "Las asociaciones feministas en Argelia. Las mujeres y sus derechos". En *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*. Ob. cit. p.p. 81-109.

[52]

KHODJA, S. "Argelia, la resistencia al cambio", en *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*. ob. cit. p.p. 71-79.

[53]

El texto de estas enmiendas puede consultarse página.web.<http://nodo50.ix.apc.org/mujeresred/argelia/2Dcodigo/2Dislamitas.htm>.

[54]

Vid estas manifestaciones en la página web <http://nodo50.ix.apc.org/mujeresred/argelia/2Dcodigo/2Dislamitas.htm>. Estos partidos entienden que las enmiendas propuestas por el Gobierno son bienvenidas si van en el sentido entendido por ellos de que la mujer es primero la madre, la hermana y la esposa que es necesario respetar, opiniones compartidas por las secciones femeninas de estos partidos.

[55]

VILLAN DURÁN, C. "Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena". *Revista Española de Derecho Internacional* 1994-2, p. 508.

[56]

Cit. por CARRILLO SALCEDO, J.A. "El problema de la universalidad..." ob. cit. p. P. 49-50.

[57]

Para fundamentar esta afirmación nos hacemos eco de los argumentos de CORTAZAR ROTAECHE, C. "Los derechos humanos de ámbito universal y el multiculturalismo". En *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes... ob. cit.* p. 95, la cual indica que: "También es necesario distinguir entre los derechos que conforman el "núcleo duro" de los derechos humanos, universales *per se* y protegidos por normas imperativas (*ius cogens*), de otros derechos humanos recogidos tan solo por normas consuetudinarias (regionales o generales) a través de convenios. Sin embargo, no es imposible pensar que una norma sobre derechos humanos recogida en un convenio y aceptada por un número importante de estados, que termina por convertirse en norma de Derecho internacional consuetudinario, devenga posteriormente en norma de *ius cogens*. El "núcleo duro" de los derechos fundamentales, esto es, de los derechos humanos de ámbito universal, podrá irse ampliando de esta manera".

mayoritariamente turcos, en Alemania; dos millones, esencialmente indo-pakistaníes, en Gran Bretaña, unos tres mil, fundamentalmente marroquíes, en España y los demás se distribuyen entre otros países europeos.

Como consecuencia de la afluencia de estos grupos de población a los Estados europeos se está produciendo en los mismos un fenómeno caracterizado por la convivencia de distintas culturas dentro de un mismo territorio, habida cuenta de que los ciudadanos que se trasladan de un Estado a otro con ánimo de establecerse en éste lo hacen con unas fuertes raíces culturales en relación con las cuales exigen su respeto por parte de la sociedad de acogida, como señala J.M. ESPINAR VICENTE “Constituyen bolsas de inmigración que se proponen integrarse, ya sea de modo temporal o permanente en la sociedad que pretenden no ser rechazadas o resultar discriminadas en razón de su elemento diferencial, así como a no ser obligadas a renunciar a él para poder ser aceptadas plenamente en una convivencia amparada por el derecho”⁵⁸.

Esta disyuntiva entre cultura islámica de origen y normas jurídicas inderogables de la sociedad de acogida ha dado lugar a la formación de lo que se ha denominado “el Islám europeo”, entendiéndose por tal un Islam que quiere identificarse con Europa fruto de la inmigración y de la ruptura con el Islam tradicional del Estado de origen, siendo los protagonistas de este proceso que comienza en los años sesenta y que todavía está en evolución, los inmigrantes de segunda o tercera generación, los cuales, en su mayoría, han nacido en suelo europeo e incluso han adquirido la nacionalidad de ese país y a los cuales se les han unido personas de nacionalidad europea conversas, las cuales es posible que nunca hayan estado en un país islámico⁵⁹. La ósmosis entre el Islam y la cultura occidental no acaba aquí, sino que podemos hablar también de un proceso de “europeización del Islam” con dos vertientes bien diferenciadas: por una parte la “europeización desde abajo”; es decir, aquella que hace referencia a la transformación interna del Islam a causa de la inmigración como consecuencia de la ruptura con la sociedad de origen y, por otra, la “europeización desde arriba”, la cual guarda relación con la interacción que se produce entre las comunidades musulmanas y los poderes públicos de los países donde éstas se integran, lo cual lleva, en ocasiones, a moldear en mayor o menor medida sus propios Ordenamientos Jurídicos⁶⁰.

No obstante, y a pesar de este posible punto de encuentro entre la cultura occidental y la islámica, las incesantes reivindicaciones de los grupos islámicos dirigidas al respeto y acatamiento de su cultura por parte de la sociedad europea, han motivado una reacción por parte de las propias instituciones de la Unión Europea, como la Resolución del Parlamento Europeo sobre “Mujeres y Fundamentalismo”⁶¹, en la cual se pone de manifiesto como a lo largo de la historia y en nuestros días las mujeres son y han sido una de las principales víctimas de los fundamentalismos religiosos. Así, en el considerando 3 indica que: “Considera que dentro de la U.E. la defensa de los derechos de las mujeres implica la imposibilidad de aplicar normativas o tradiciones opuestas o no compatibles; que no se admitirá que bajo pretexto de creencias religiosas, prácticas culturales o consuetudinarias se violen derechos humanos; que no será de aplicación en la U.E. las normas que legalicen la desigualdad entre hombres y mujeres. Expresa su convicción de que no existe una democracia real sin el respe-

[58] ESPINAR VICENTE, J.M. “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, en *Las ciudades de soberanía España: respuestas para una sociedad multicultural*. (Melilla 6 a 9 de abril de 1999. Ed. I García Rodríguez. Alcalá de Henares 1999, p. 185.

[59] Vid. JIMENEZ-AYBAR, I. “El Islam en una Europa multicultural”. *Rev. Aequilitas*, num. 10-11 de 2002, p. 18.

[60] Vid. JIMENEZ-AYBAR, I. Ob. ult. cit. p. 19.

[61] Resolución 2000/2174 (INI). En esta Resolución fundamentalismo no se identifica únicamente con islamismo, sino con cualquier religión que amparándose en los dogmas de fe interpretados de una manera literal prevalezcan por encima de las leyes del Estado de Derecho y de los derechos de los ciudadanos, existiendo diversas formas de fundamentalismo, como el religioso, el político y el ideológico, existiendo en la actualidad diversas variantes de fundamentalismo en diferentes religiones y sectas (considerando 1).

to de los derechos de las mujeres, incluido el derecho a la autodeterminación y a la igualdad entre hombres y mujeres” y en el considerando 7 “Pide a la Comisión que realice una investigación sobre las consecuencias de la aplicación a título oficial informal del derecho familiar de los Estados con tendencias fundamentalistas especialmente de cara a las mujeres de dichas comunidades migrantes en los Estados miembros; considera necesario que prevalezcan los derechos derivados del derecho familiar de los Estados miembros por encima del de los países de procedencia pide, por consiguiente, a la Comisión y a los Estados miembros que, a raíz de dicha investigación, adopten las medidas necesarias para proteger a las mujeres de las consecuencias negativas de la aplicación del derecho familiar de sus países de origen”.

La Constitución española consagra en su artículo 14 la igualdad de todos ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras causas, por razón de sexo. A su vez, el art 10.2 del Texto fundamental indica que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de acuerdo con la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y los tratados y acuerdos que España haya ratificado sobre la misma materia. Por todo ello podemos concluir que el art. 10.2 de la Constitución introduce en nuestro Ordenamiento jurídico un criterio de interpretación de los derechos fundamentales identificable, a todas luces, con el “standard mínimo internacional”. La voluntad de la Constitución radica pues, en que los derechos que la misma consagra, estén dotados *a priori* de un contenido preciso, el cual viene determinado por como el Derecho Internacional concibe los mismos. De este modo, se garantiza que el Ordenamiento Jurídico va a respetar el contenido mínimo que el Derecho Internacional otorga a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, antes incluso de que los Poderes Estatales utilicen sus propios criterios en la concreción de los mismos. Es por ello por lo que es a partir del respeto de ese “standard mínimo” desde donde las autoridades españolas podrán dotar de contenido y eficacia a los derechos fundamentales. De esta forma, la excepción de orden público internacional no se centra ya sólo en los intereses de política nacional, sino que se desarrolla y transforma en favor de un orden público atento a los destinatarios de las normas.

De esta afirmación se desprenden dos consecuencias inmediatas: En primer lugar, la posibilidad de invocar ante los tribunales españoles la interpretación en materia de derechos fundamentales que se deduzca del Derecho Internacional General y Convencional y, en segundo lugar, la posibilidad de que se pueda invocar la inconstitucionalidad de las leyes que vulnere interpretaciones en materia de derechos fundamentales tal y como han sido interpretados por los tratados en que España es parte y por los Organos Internacionales competentes para su aplicación e interpretación⁶². Así, por ejemplo, a nivel regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶³ representa una protección reforzada de los derechos humanos, al erigirse en "orden público europeo"⁶⁴

Así pues, los derechos fundamentales en el Ordenamiento Jurídico español gozan de la observancia de ese mínimo de aceptación universal, independientemente de la pertenencia a un determinado grupo o cultura, en tanto en cuanto los derechos humanos son aquellos derechos que son imprescindibles para asegurar la dignidad intrínseca de la persona⁶⁵. Estos valores que se plasman

[62]

REMIRO BROTONS, A. *La acción exterior del Estado*. Madrid, 1984, p. 108. En el mismo sentido GARCIA DE ENTERRIA, E. y otros. *El sistema Europeo de protección de los derechos humanos*. Loc. cit. p. 154.

[63]

Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE de 10 de octubre de 1979).

[64]

MANGAS MARTÍN, A. "Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español". *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. XI, 1994, p. 29.

[65]

E. JAYME indica que este catálogo de derechos se configura como un patrimonio común de valores de base, los cuales se toman cada vez más en consideración para resolver los conflictos de leyes. *Vid.* "Identité culturelle et integration; le droit international privé postmoderne". *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, p. 49.

en nuestro texto constitucional influyen de forma decisiva y directa en todo el sistema de Derecho internacional privado, ya que, dada la diferencia de principios en los distintos sistemas jurídicos, esta rama del derecho deberá resolver los obstáculos para que las relaciones privadas internacionales no sufran una discontinuidad en el espacio, a la luz del grado de vinculación de la misma con el foro⁶⁶.

4.2. Posibles instrumentos del Derecho internacional privado para paliar el "conflicto de civilizaciones"

El fenómeno de la convivencia de culturas⁶⁷, no resulta en nada extraño a nuestro sistema jurídico, ya que, cada vez son más los ciudadanos de Estados pertenecientes al Magreb, fundamentalmente marroquíes, los que han traspasado y siguen pretendiendo traspasar nuestras fronteras estableciéndose en nuestro territorio, dando lugar a lo que hemos denominado una sociedad multicultural. Esta situación se muestra de una forma más palpable si tenemos en cuenta que el resurgimiento actual de las culturas nacionales contribuye a que las minorías se autoafirmen en el país de acogida y exijan el mantenimiento de su propia identidad y además por la aceptación por parte de Europa de un derecho a la protección cultural de la persona⁶⁸. En estos casos, además de la formación de una sociedad multicultural, ésta conlleva lo que se ha denominado "conflicto de civilizaciones"⁶⁹, de modo que, en las relaciones jurídicas en las que participan personas pertenecientes a estos Estados no se puede ni debe excluir su propio derecho, sino que se ha de analizar cuales son los valores en presencia y tener presente que éstos, junto con la realidad social, han de ser tenidos en cuenta en la reglamentación del tráfico jurídico externo.

El asentamiento en nuestro Estado de la población migrante procedente de países del Magreb está teniendo como consecuencia inmediata la búsqueda de soluciones en el Derecho internacional privado que sean capaces de aportar una respuesta jurídica a las relaciones interpersonales que se producen entre los individuos que han accedido a nuestro país y nuestros nacionales, ya que ésta es una de las misiones fundamentales de esta rama interna del Ordenamiento Jurídico⁷⁰; sin embargo, estas soluciones no se buscan sólo en el ámbito de nuestro sistema jurídico, sino que es una nota común a todos los Estados Europeos receptores de emigrantes⁷¹. La sociedad multicultural, resultante de la convivencia de diferentes culturas, a veces, contradictorias entre sí⁷² ha de tener sus propios mecanismos de defensa para lograr la convivencia de todas las personas que se encuentran en el territorio⁷³. Esta etapa de respeto mutuo, en cuanto a la pluralidad de sistemas de valores que coexisten en un mismo territorio, se denomina "postmodernismo" y se caracteriza por "no intentar reducir la complejidad, sino convivir con ella, adoptando normas heterogéneas"⁷⁴. Es aquí donde toma un papel activo el Derecho internacional privado dirigiéndose a adoptar soluciones particulares basadas en el dato de la heterogeneidad y comprobando los resultados que se alcanzarían compaginando la protección de los Derechos Humanos y la protección de las minorías en una sociedad multicultural⁷⁵, fundamentalmente en el ámbito del derecho de familia, como establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre "Mujeres y Fundamentalismo" si bien, otra de las soluciones pasaría por la integración de las minorías en el medio social al que se han trasladado⁷⁶.

[66]

JAYME, E. "Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado". *Rev. Fac. de Ciencias Jurídicas y Políticas*. U.C.V. de Caracas, 1991, num. 82, p.253.

[67]

Vid. ADAM MUÑOZ, M.D. *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*. Espec. p.p. 27 a 32. Córdoba 2000.

[68]

ABARCA JUNCO, P. "La regulación de la sociedad multicultural". En *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Coordinado por A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel. Madrid 2.000. p. 169.

[69]

Sobre el significado del concepto del "Conflicto de civilizaciones", Vid. MERCIER, P. *Conflicts de civilisations et droit international privé. Polygamie et repudiation*. Ginebra 1972, *passim*. DEPREZ, J. "Droit international privé et conflicts de civilisation". *Recueil des Cours*. t 211, 1988/IV, p.p. 347-423. JAYME, E. *Identité culturelle et integration: le Droit international privé postmoderne*. *Recueil des Cours*, vol.251 1995/I. p.p. 13-267. HUNTINGTON, S.P. *El choque de civilizaciones*. Barcelona 1996, *passim*.

[70]

GANNAGÉ, P. "L'influence du pluralisme des status personnels dans les droits internes des pays du Proche-orient sur les règles de droit international privé". *Journal Clunet de Droit international* 1965, p.p. 291-303. LABRUSSE, C. "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère". *Travaux du Comité Français de Droit international privé 1975-1977*, p.p. 111-144. RIPHAGEN, W. "National and international regulation of international movement and the legal position of the private individual" *Recueil des Cours* 1970, vol. 131, p.p. 489-620.

[71]

LAMO DE ESPINOSA, E. "Fronteras culturales" en *Culturas, estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Ed. E. Lamo de Espinosa. Madrid 1995, p.p. 13-79. DE LUCAS, J. "Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* num. 15 de mayo/agosto, 1993, p.p. 103 y ss.

[72]

Sobre la formación de la sociedad multicultural y su concepto, Vid., en general, KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural*. Buenos Aires 1996, Traducción, C. Castells Auleda. *Passim*.

[73]

SALERNO, F. "Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere". *Rivista di Diritto internazionale* 1990, p.p. 257-293. RIGAUX, F. "Le pluralisme en Droit international privé". Homenaje al Prof. M. Díaz de Velasco. Madrid 1995, p.p. 1419-1436.

[74]

SÁNCHEZ LORENZO, S. "Postmodernismo y Derecho internacional privado". *Revista española de Derecho internacional* 1994, num. 2, p.p. 557-586.

[75]

JAYME, E. "Società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato". En *Il Diritto dei nuovi mondi. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto privato delle Facoltà di Giurisprudenza. Génova 5-7-noviembre-1992*. Milán 1994, p.p. 346-348.

Según A. MOTILLA DE LA CALLE⁷⁷, ante la inmigración se abren diversos modelos en los estados receptores en aras a incorporar a las minorías culturales en la sociedad. El primero de ellos consiste en la vía de la asimilación, la cual pretende igualar a la población migrante en los derechos y libertades de los demás ciudadanos, pero sin tener en cuenta aspectos de su identidad cultural ni de la comunidad a la cual pertenece. Se impondrían al extranjero los valores de la sociedad de acogida, desconociendo estos sistemas el principio del pluralismo y el derecho a la libertad de conciencia. El segundo, que podría denominarse de segregación, permite a la minoría migrante separarse de la sociedad de acogida y vivir, junto con otros grupos culturales y religiosos sin interrelacionarse. Este sistema se puede denominar de "enclaustramiento comunitario". Por último el tercer modelo se sitúa en medio de los anteriores al respetar la identidad cultural y religiosa de las minorías, pero aceptando ciertos valores básicos de la sociedad europea. De este modo, los Estados europeos no pueden imponer una uniformidad en relación con la aceptación de la totalidad de sus valores, ya que ello supondría conculcar el pluralismo y la tolerancia que preside nuestro sistema político. "El pluralismo no como hecho, sino como valor social, admite la discrepancia y la diferencia como fenómenos de la vida en sociedad que deben ser respetados en aras de la paz intercultural".

Este es el reto que ha de afrontar en la actualidad el sistema de Derecho internacional privado; es decir, avanzar junto con las transformaciones que actualmente se están produciendo en la sociedad en relación al acogimiento y convivencia de individuos que pertenecen a diversas confesiones religiosas, etnias, nacionalidades, etc. ya que, habida cuenta de la internacionalización cada vez mayor de las sociedades, las relaciones privadas internacionales son cada vez más frecuentes y numerosas debiendo adoptar esta rama del Ordenamiento Jurídico soluciones que respeten el pluralismo atendiendo a los valores tradicionales materiales y a los nuevos que se incorporan como consecuencia de las migraciones.

A continuación nos vamos a referir a los diferentes instrumentos que el Derecho internacional privado podría utilizar en la resolución de los "conflictos de civilizaciones", si bien hemos de indicar que en esta ocasión no pretendemos realizar un análisis exhaustivo de cada uno de los mismos, ya que consideramos que resulta mucho más efectivo hacer un estudio de estos medios y de las posibles consecuencias que su utilización pueda acarrear al hilo del examen de cada institución. Así, podemos señalar de forma sintética como posibles medios los siguientes:

a) Realización de un Código europeo de Derecho musulmán.- Este código tendría la virtualidad de adaptar el Derecho musulmán a las exigencias de Occidente. Consistiría en crear un "Islam europeo", lo cual en sí, supone ya una contradicción, ya que el Islam es una religión de vocación universal, por lo tanto no se podrían hacer distinciones dependiendo del territorio en el que se encontrara "el creyente". Asimismo, dentro del Islam existen diversas escuelas, de manera que la uniformización a la que pretendería llevar el código quedaría en entredicho. Desde el punto de vista de Occidente la realización de este código supondría un problema al introducir en una norma conceptos religiosos que se oponen a la laicidad que en general ostentan estos sistemas⁷⁸.

[76]

CALDERON, F. "Diversidad cultural y ciudadanía". En *Leviatán*, num. 70, invierno de 1997, p.p. 129-137. ELOSEGUI ITXASO, B. "Asimilacionismo, multiculturalismo, interculturalismo". en *Claves de razón práctica*. Madrid num. 74 julio/agosto 1997, p.p. 24-32. COBO, R. y DE MIGUEL, A. "Diversidad cultural y multiculturalismo". en *Amnistía internacional: la mutilación genital femenina y los derechos humanos*. Madrid 1998. p.p. 7-14. RESTA, E. "El derecho fraterno. Igualdad y diferencia en el sistema de derecho" en *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación y género*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez (Granada), num. 31, 1994, p.p. 187-207. GARZÓN VALDÉS, "Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural" en *Claves de razón práctica*, Madrid, num. 74 de julio/agosto, 1997, p.p. 24-32. VELASCO ARROYO, J.C. "El reconocimiento de las minorías. De la política de la diferencia a la democracia deliberativa", *Revista Sistema*, num. 142, 1998, p.p. 36 y ss.

[77]

MOTILLA DE LA CALLE, A. "Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español". En *ob. col. Globalización y derecho*. *Ob. cit.* p. P. 382 y 383.

[78]

LAMORA CASTILLÓN, S. "La integración del estatuto familiar de las mujeres musulmanas en el Derecho belga". *Rev. AequiAlitas*, num. 10-11 de 2002, p. 37.

b) Utilización por la norma de conflicto de puntos de conexión distintos de los tradicionales. En esta línea se mantiene la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual para regular las relaciones personales del extranjero. Esta solución no resulta una novedad en el Derecho internacional privado comparado, ya que en un principio fue propuesta por J.P.NIBOYET⁷⁹. Los partidarios de esta teoría mantienen que con la aplicación de estas leyes se logra la integración en el país de acogida, del emigrante que tiene la intención de asentarse de una manera estable en el mismo⁸⁰; sin embargo, los partidarios de la aplicación de la ley nacional mantienen que con la misma se logra el respeto a la identidad cultural, lo cual no se consigue con la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley domiciliar. Así pues las soluciones previstas por el Derecho internacional privado han girado habitualmente en torno a la aplicación, bien del domicilio o de la residencia habitual, las cuales generalmente coinciden con la ley del foro, con lo cual se corre el riesgo de que las resoluciones recaídas en el foro no sean reconocidas en el país de origen de carácter islámico. La nacionalidad, por el contrario permite mantener los lazos con el país de origen, pero sin embargo introduce en el foro un dato de heterogeneidad, a veces muy difícil de salvar.

Para paliar esta disyuntiva entre las soluciones tradicionales del Derecho internacional privado, hay autores que han sugerido la introducción de la autonomía de la voluntad como conexión que permitiría a las partes interesadas elegir la ley que más se adecuara a sus intereses, en tanto en cuanto representaría la ley con la que han mantenido una especial vinculación, evitándose así la sumisión automática, bien al Estado de origen o bien al Estado de acogida. Esta solución es propuesta por J.Y. CARLIER, el cual estima que en materia de regulación del estatuto personal se ha de otorgar a los interesados una facultad de opción entre la elección de su ley nacional o la de su residencia habitual o domiciliar⁸¹. La elección por las partes de la ley aplicable supondría la posibilidad de que las mismas optaran por la aplicación, bien de la ley de su Estado de origen, o bien por la ley del Estado de acogida, facilitando la integración en el Estado en el que habitualmente viven. Se trata, en palabras del autor de "*re-apropiarse de una parte de su vida privada al no imponerles una ley nacional de la cual desearían alejarse o una ley del domicilio que negaría su propia cultura*"⁸²; No obstante hemos de ser cautelosos en la aceptación de esta nueva conexión, ya que puede beneficiar a la parte más fuerte de la relación al ser ésta la que elija realmente el derecho aplicable y, por otra parte, no se acaban los problemas que existían con la utilización de las soluciones tradicionales; es decir, que la resolución que emane de los tribunales del foro no sea aceptada en el país de origen. Asimismo y, como muy bien señala A. QUIÑONES ESCÁNEZ, cuando las legislaciones en presencia no son laicas, cuando las mismas no otorguen a los particulares la libre disponibilidad de sus derechos, dirimir el conflicto de leyes con base en la autonomía de la voluntad no constituye una solución definitiva y, ello porque el extranjero que ejercita esta facultad de elección es consciente de que está eligiendo mucho más que una ley aplicable; es decir, reniega públicamente de la propia religión. El cambio de estatuto personal puede ser considerado en el Estado de origen como una especie de apostasía dentro de una legislación confesional, el cual puede llevar aparejado incluso la muerte civil⁸³.

[79]

NIBOYET, J.P. *Traité de Droit international privé français*. t. V. París 1948, p.p. 243-246.

[80]

DEPREZ, J. "Droit international privé et conflicts de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel". *Recueil des Cours*. t. 211, 1988/IV, p.p. 200-216.

[81]

CARLIER, J.Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruselas 1992, especialmente, p.p. 254 y ss. En igual sentido, GANNAGE, P. "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le Droit international privé de la famille". *Revue critique de droit international privé*, 1992, p.p. 429-432.

[82]

CARLIER, J.Y. "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. *Ob. cit.* p. 35.

[83]

QUIÑONES ESCÁNEZ, A. *Derecho e inmigración. El repudio islámico en Europa*. Barcelona 2000. p. 35.

c) **Utilización de la excepción del orden público internacional como correctivo para rechazar la ley extranjera que se oponga a los principios básicos del derecho del foro y, como consecuencia, la aplicación de la ley del foro;** sin embargo y, habida cuenta de los resultados tan rígidos que la aplicación de este correctivo supone y los problemas de reconocimiento que la resolución dictada por los tribunales del foro puede llevar aparejados en el Estado de origen, además de los graves inconvenientes por los perjuicios que puede conllevar su aplicación indiscriminada para las partes, la doctrina y la jurisprudencia han optado por la utilización de los efectos atenuados del orden público. Esta teoría se basa en la no aceptación de una institución extranjera que es contraria al derecho del foro, pero si los efectos que puedan derivar de la misma y que no contradigan los principios del foro. No obstante, en relación con la utilización de este correctivo de forma atenuada existen también discrepancias doctrinales al considerar que favorece a la parte que se beneficia de las divergencias existentes entre los sistemas jurídicos en presencia⁸⁴.

d) **Conclusión de tratados bilaterales o multilaterales entre Estados de diferente cultura** con la finalidad de que en los mismos se contengan, a través de normas específicas, las soluciones a las relaciones privadas internacionales.

e) **Teoría de *'Inlandsbeziehung'***⁸⁵. Esta teoría se debe a Franz Kahn y consiste en una relación subsidiaria que condiciona la aplicación de ciertas reglas materiales del foro corrigiendo así la insuficiencia de la norma de conflicto positiva. Actualmente se percibe como un conjunto de circunstancias apreciadas caso por caso que contribuyen a relacionar el territorio del foro con una situación regida por una ley extranjera, de modo que se ponga de manifiesto el atentado que la aplicación de la ley extranjera supondría en relación con el orden público del foro. *'Inlandsbeziehung'* manifiesta la relatividad e intervendrá con más fuerza frente a una ley extranjera cuando los elementos de la relación jurídica tengan una mas estrecha vinculación con el foro.

f) **Elaboración de un derecho material o conflictual especial para este tipo de supuestos.** Esta solución se ha adoptado, por ejemplo en Gran Bretaña e Irlanda del Norte en donde la *Polygamus Marriages Act* de 1972⁸⁶, fue dictada de forma expresa para regular los matrimonios polígamos, o las normas de Derecho internacional privado incluidas en *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995⁸⁷, pero la práctica también demuestra su falta de utilidad para algunos supuestos.

g) **Búsqueda de soluciones para el caso concreto.** Esta postura fue ya mantenida en España hace algunos años por J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. Se trata de buscar la justicia en el caso concreto, siguiendo los principios de flexibilización, especialización y materialización⁸⁸ propios del Derecho internacional privado.

[84]

BUCHER, A. "L'ordre public et le but social des lois en Droit international privé". *Recueil des Cours* 1993, p.p. 49 y ss.

[85]

Una explicación detallada de esta teoría puede consultarse en LAGARDE, P. "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation". ob. cit. p.p. 270-274.

[86]

SAUNDERS, W. "The matrimonial proceedings (Polygamus Marriages) Act 1972". En *International and Comparative Law Quarterly*, 1972, p.p. 781 y ss. PEARL, D. "Polygamy and bigamy". En *Cambridge Law Journal*, 1976, p.p. 48 y ss.

[87]

El texto de la ley se puede consultar en la *Revue critique de droit international privé*, 1996, p.p. 378-379. Vid, al respecto ANTON, A.E. "Loi du Royaume Uni portant diverses dispositions en matière de Droit international privé", en esa misma revista, p.p. 267-274.

[88]

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. *Derecho internacional privado. Introducción*. Apuntes policopiados curso 1983-1984. Madrid 1984.

II. EL ESTATUTO PERSONAL DE LA MUJER MUSULMANA

1. Características del estatuto personal de la mujer musulmana

En los Estados confesionales islámicos las reglas que provienen de la religión⁸⁹ se positivizan en los diferentes Códigos del Estatuto Personal⁹⁰, si bien, la progresividad de los mismos varía de unos países a otros. Por este motivo, no podemos hablar de un Derecho Islámico único, sino que existen varios, tantos como países⁹¹, no obstante, la situación de la mujer en estos Estados es bastante similar.

Por regla general podemos afirmar que la situación de la mujer en los países islámicos se caracteriza por su situación de eterna menor o incapaz. La mujer se halla protegida durante toda su vida por un varón, ya sea su padre, marido, hijo, cuñado, etc. Se entiende que el objetivo fundamental de la mujer musulmana es el de contraer matrimonio. Para esta finalidad se prepara ya desde su infancia y no es extraño que, aunque sea ella la que tiene que prestar su consentimiento de manera libre, los matrimonios estén pactados desde temprana edad por sus familiares. Ello es así porque el matrimonio supone una promoción social de la mujer. Las mujeres solteras no están bien consideradas en una sociedad musulmana. El poder de la mujer aumenta si tiene hijos y, mucho mejor, si los hijos son varones, ya que los mismos sirven de nexo de unión con el padre de los hijos; es decir, con el marido, permitiéndole a la mujer tener cierta seguridad afectiva y económica en el caso en que la unión conyugal se deshaga. Las hijas, sin embargo, se da por sentado desde que nacen, que en un futuro dejarán de pertenecer a la familia para pasar a formar parte de la familia de su marido, ya que, al contraer matrimonio se establece por ley que dejen la casa paterna y que vayan a vivir a casa de la familia de su marido.

Los derechos y deberes de los cónyuges están claramente especificados. Así, la mujer tendrá derecho a la dote, la cual será de su propiedad con exclusividad, siendo ella la que deberá decidir como administrarla así como sus bienes privativos sin que el marido ejercite ningún control ni tenga derecho alguno sobre ellos. Asimismo tendrá derecho a la *nafaqa*, la cual comprende manutención, alojamiento, vestido y cuidados médicos de ella y de los hijos habidos en el matrimonio por parte del marido, el cual tendrá esta obligación hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad; sin embargo frente a estos derechos observamos como el número de obligaciones es bastante más amplio, así la mujer ha de ser fiel al marido, le debe obediencia, ha de amamantar al bebé hasta que decidan el destete, ha de organizar y cuidar el hogar, debe tener respeto y consideración hacia sus suegros y los parientes más próximos del marido, tendrá que vivir en el lugar en que decida el marido. Por otra parte, para viajar, visitar a sus familiares y amigos o recibirlos en el domicilio conyugal y trabajar deberá contar necesariamente con el permiso del marido. La patria potestad de los hijos recae sobre el padre. En resumidas cuentas, los roles del hombre y la mujer están perfectamente definidos, la esposa no puede exigirle al marido ni fidelidad, ni consideración hacia sus parientes, ni colaboración en las tareas domésticas y aunque pueda administrar su propio patrimonio este derecho en sí mismo considerado constituye un arma de doble filo, ya que la esposa tampoco participa de los bienes del marido, el cual es el que puede trabajar sin necesi-

[89]

Así, podemos hablar en el Derecho Islámico de la Charia, que es "el conjunto de los mandamientos o prescripciones de la religión musulmana relativos no solamente al derecho, sino al culto y a la moral. Estas prescripciones se hallan contenidas en el Libro, el Corán, o bien se deducen de lo que denominamos Sunna, o sea, la tradición del Profeta". Vid. BABADJI, R. "Aproximación a las relaciones de la Charia y el derecho positivo en el mundo árabe". En *El Islam jurídico* en Europa. Edición, A. Borrás y S. Mernissi. Barcelona 1997, p.p. 67-101. SCHAHT, J. *Introduction à l'étude du Droit musulman*. París 1993, *passim*.

[90]

MARTÍN MUÑOZ, G. "Mujeres musulmanas: del Corán a los Códigos de familia". *Cuadernos de Africa y América Latina*, num. 9, 1992, p.p.39-48.

[91]

ALDEEB ABU-SAHLEH, S.A. "Droit Familial des pays arabes. Statut personnel et fondamentalisme musulman" en *Praxis juridique et religion*, num. 5, 1988, p.p. 3-42.

dad de permiso alguno e independientemente del cumplimiento de su deber de *nafaqa* puede incrementar su patrimonio a lo largo de su vida, mientras que a la mujer le está vedada esta posibilidad al depender su acceso al mercado de trabajo del permiso de su marido. Así pues, en el matrimonio musulmán no existe comunidad marital de bienes.

En el reparto de los derechos y obligaciones en el ámbito del matrimonio se observa claramente también la perfecta división de los espacios, ya que, mientras las mujeres quedan relegadas al ámbito privado o doméstico, cuidando del marido, de los hijos y del hogar, los hombres, además de compartir el espacio privado con las mujeres, son los que acceden al ámbito público.

La poligamia, institución reconocida por el Islam, permite que el marido contraiga matrimonio con varias mujeres, estando el límite en cuatro esposas, posibilidad que está vedada a la mujer, la cual ha de tolerar esta decisión del subsiguiente matrimonio de su marido y recibir a la nueva mujer en el domicilio conyugal, si bien en algunos sistemas islámicos esta institución ha sido abolida o, cuanto menos limitada, al otorgamiento del consentimiento por parte de la primera esposa.

En relación con la disolución del matrimonio la mujer puede divorciarse de su marido por las causas señaladas en la ley, las cuales son mucho más rígidas que las que se establecen en relación con las que pueden alegar los hombres, además en el procedimiento las exigencias también varían siendo mucho más flexibles para los hombres que para las mujeres. Además del procedimiento judicial del divorcio, el hombre puede disolver el matrimonio de forma unilateral por medio del repudio con o sin compensación económica para la mujer, el cual no se realiza ante una autoridad pública, sino ante un mero fedatario de la voluntad de las partes. Este procedimiento, el cual es un privilegio otorgado únicamente al marido, no tiene carácter judicial aunque se celebre delante de un juez y la mujer queda en una situación de indefensión, ya que, a veces el repudio se produce sin que la misma se entere y sin resolución alguna acerca de la pensión alimenticia, bienes adquiridos durante el matrimonio, custodia de los hijos, vivienda familiar, etc.

Estas líneas generales descritas se plasman de una forma más o menos adaptada a la diferente idiosincrasia de cada uno de los países islámicos en sus respectivos Códigos del Estatuto Personal. Como puntos de referencia podemos tomar el Código del Estatuto Personal de Túnez de 1959, modificado el 21 de abril de 1964 y por último el 12 de julio de 1993, el cual es el más progresista, en tanto en cuanto considera al matrimonio como un acto puramente civil sin connotaciones religiosas, en el que se suprime la promesa de matrimonio como parte constitutiva del mismo y en el que se declara la igualdad de derechos entre los novios y entre los cónyuges⁹² la poligamia se encuentra prohibida y otorga a la mujer la posibilidad de solicitar el divorcio, al igual que el marido, el cual se producirá por resolución judicial⁹³. El Código del Estatuto Personal de Marruecos (*Mudawana*) de 10 de septiembre de 1993, en el que no es dable el matrimonio sin el consentimiento de la mujer⁹⁴ y en el que la poligamia está sometida a restricciones como el consentimiento de la primera mujer⁹⁵ y el Código del Estatuto Personal de Argelia de 9 de junio de 1984⁹⁶, en el cual se sigue

[92]

K. MEZIOU, "Tunise. Mariage. Filiation", en *Juris-Classeur. Droit compare*, vol. III, 1997, fasc. 1, párrs 13-17.

[93]

No obstante este progresismo era, en ocasiones, más teórico que real. A título de ejemplo podemos señalar que se restringe la libertad de la mujer para casarse por una simple circular del Primer Ministro en 1973, impidiendo el matrimonio de una tunecina musulmana con un no musulmán. Asimismo, el Código del Estatuto Personal impone a la esposa la obligación de seguir al marido al lugar de residencia del domicilio conyugal que él elija, prevaleciendo esta obligación sobre el derecho a la educación de la mujer, a la formación profesional o al trabajo, derecho reconocido a todos los ciudadanos tunecinos sin distinción de sexo.

[94]

En las páginas que siguen comprobaremos que este precepto es más teórico que real, ya que, aunque el mismo prescriba que la mujer ha de otorgar por sí misma el consentimiento, la realidad nos demuestra que la mayoría de las mujeres se encuentran condicionadas por la elección del marido por parte del varón de su familia y que si la misma se niega a otorgar el consentimiento para contraer nupcias, puede llegar incluso a ser expulsada del domicilio familiar.

[95]

El primer Código del Estatuto Personal marroquí data de 1957/1958; sin embargo, a partir de los años sesenta las asociaciones feministas marroquíes comenzaron a reivindicar una reforma del mismo. En 1992, el Rey formula una promesa formal de reforma del código en el sentido de mejorar la posición de la mujer. El debate, aunque no fue público, tuvo en cuenta la voz de las mujeres, ya que las asociaciones de feministas presentaron al rey memorandos sobre la cuestión en los que se pedían unas reformas mínimas. El Dahir de 10 de septiembre de 1993, modificó el Código del Estatuto Personal.

[96]

M. Ch. SALAH-BEY. "Argérie". En *Juris-Classeur. Droit comparé*, vol. I, 1997, fasc. 2, párrs.21-25 y 28-30.

manteniendo la poligamia, con el único requisito de que la primera y la segunda mujer sean informadas, no, que otorguen su consentimiento⁹⁷. En definitiva, en los Estados islámicos existe una concepción patriarcal de la familia. El simple hecho de haber nacido hombre asegura una primacía y una autoridad sobre la persona que ha nacido mujer. Es este modo de concebir la familia lo que justifica y fomenta la discriminación por razón de género que padecen las mujeres en la cultura islámica, si bien, no ya únicamente en la esfera privada y doméstica, sino también en la vida pública y laboral, a la cual únicamente tiene acceso sin ningún tipo de cortapisas el hombre.

No obstante esta situación diversas asociaciones de mujeres y grupos feministas, así como ONG's reivindican la modificación de estas legislaciones con la finalidad de establecer un estatuto para la mujer más igualitario en relación con el hombre. En 1991 se creó en Túnez el Centro de Investigación, Información y Documentación sobre la Mujer, instaurándose en el marco del octavo plan (1992-1996) una comisión de Mujer y Desarrollo. En febrero de 1992, el Presidente de la República de Túnez puso en marcha una comisión destinada a fortalecer los logros obtenidos por la mujer. Esta comisión, formada por magistrados y representantes de las instituciones gubernamentales y no gubernamentales propuso reformas principalmente en relación con la modificación del Código del Estatuto Personal. Estas reformas se hicieron realidad por las leyes de julio de 1993, reforzando los derechos de las mujeres tunecinas y su papel en la familia. Así, se suprime el deber de obediencia de la esposa y se instaura una relación conyugal fundada en la administración de la vida en común, el respeto mutuo y la buena voluntad. Aunque el padre sigue siendo el cabeza de familia y habrá de sustentar a los hijos y a la esposa, si ésta tiene bienes deberá colaborar en el mantenimiento familiar. Las madres podrán consentir el matrimonio de sus hijos menores, los cuales quedarán emancipados a través del mismo. La tutela de los hijos menores se concede a la madre en caso de ausencia del padre. Se refuerzan las garantías procesales en caso de divorcio a fin de asegurar a los cónyuges la información sobre sus derechos. Se instaura un fondo de garantías alimentarias a fin de que puedan acudir las madres y esposas en caso de ausencia del padre o esposo. Una importante novedad es la introducción del delito de violencia conyugal, estableciéndose diversas penas según la gravedad del delito⁹⁸.

En Argelia la lucha de las mujeres por conseguir parcelas de igualdad en relación con los hombres, tanto en el ámbito público, como en el privado surge con especial intensidad a partir de octubre de 1988, como consecuencia de la sublevación popular, la cual fue seguida de una cruel represión policial. Así, podemos citar asociaciones feministas culturales⁹⁹, moderadas¹⁰⁰ y asociaciones feministas laicas¹⁰¹, entre las que se encuentran, entre otras, la Asociación para la igualdad ante la ley entre las mujeres y los hombres, la Asociación para la emancipación de la mujer, la Asociación independiente para el triunfo de los derechos de las mujeres. Esta última Asociación nació el 15 de febrero de 1990, centrando sus esfuerzos en la lucha contra todos los textos jurídicos que discriminan a las argelinas, especialmente contra el Código de familia, ya que esta legislación supone un atentado contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre otras causas, porque relega a la mujer al estatuto de eterna menor, le prohíbe ejercer cualquier actividad laboral o pública debido al derecho de obediencia que

[97]

Este texto está actualmente en vías de reforma. Las 17 enmiendas que se proponen a los artículos del Código de familia han sido elaboradas por el Departamento de la Sra. Mechernène de Justicia y Asuntos religiosos, las cuales han provocado una revuelta en las asociaciones de mujeres; sin embargo, estas enmiendas han sido bien acogidas por las mujeres del Movimiento Social por la Paz y Ennahda, las cuales dicen que "se encuentran satisfechas de que los principios de la Charia continúen respetados". Vid. texto de las enmiendas en pag. web <http://nodo50.org/mujeresd/argelia-codigo.htm>.

[98]

CHERIZ CHAMARI, A. "La situación jurídica de la mujer en Túnez". En *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*. Comp. G. Martín Muñoz. Madrid 1995, p.p. 45-46.

[99]

Estas asociaciones son de ideología progresista, pero sólo se mueven en el ámbito intelectual y universitario.

[100]

Sus preocupaciones radican en mantener las raíces de la identidad arabe-musulmana, defienden una emancipación sin aculturación. Son partidarias de una relectura del Corán desde una óptica liberal y piden adaptar la ley islámica a las exigencias de la sociedad actual. Propugnan la reforma del Código de familia, pero sólo en sus preceptos más discriminatorios.

[101]

Las asociaciones laicas están formadas por militantes que provienen de los partidos progresistas de la izquierda. Luchan contra toda discriminación y por una sociedad libre e igualitaria. Consideran que el Islam ha de ser relegado al ámbito privado. Son críticas con los sectores conservadores y acusadas de estar influenciadas por la cultura de Occidente.

el marido tiene sobre ella, legaliza y promociona el repudio, etc¹⁰². Sin embargo, con anterioridad a esta fecha hemos de señalar que ya el 8 de marzo de 1965 se produce una gran manifestación de mujeres argelinas reivindicando la auténtica independencia también para las mujeres, en cuanto al reconocimiento de sus derechos. En 1973 se produce un nuevo debate sobre el Código de la familia y en el periodo que va desde 1979 a 1985 las mujeres argelinas no pueden abandonar el país si no van acompañadas de un tutor masculino¹⁰³.

Hasta la promulgación del Código de familia argelino en 1984¹⁰⁴ por la Asamblea Popular Nacional la mujer no tenía necesidad de un tutor ni de su consentimiento, ni de su autorización, ni de su presencia para contraer matrimonio ante el representante del estado civil; sin embargo, el modelo que se adopta en el Código de familia es el de la inferioridad de la mujer, lo cual está en contradicción con la Constitución promulgada en 1989¹⁰⁵, la cual propugna la igualdad de los ciudadanos ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por causa de nacimiento, de raza, de sexo, de opinión o de cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y determina la mayoría de edad a los dieciocho años, mientras que el Código de familia deja a la mujer como una eterna menor bajo la tutela del padre o del marido. Habida cuenta de las numerosas acciones para reclamar la modificación del Código de familia, el Gobierno argelino presentó en 1997 un anteproyecto de ley en el que se contenían una serie de enmiendas al mismo, las cuales se referían a la poligamia, introduciéndose la equidad, el consentimiento de las esposas y la autorización del juez, al tutor matrimonial, en tanto en cuanto será la mujer la que podrá elegir libremente a su esposo y otorgar su consentimiento, a los derechos y obligaciones de los cónyuges, propugnándose el buen entendimiento durante la convivencia conyugal, al establecimiento de la filiación, intaurándose el derecho a la investigación de la paternidad, al divorcio, con la finalidad de poner fin al divorcio arbitrario y unilateral, a la participación de la mujer a la constitución de recursos para la familia, la guarda de los hijos, protegiendo a éstos hasta la mayoría de edad, la *nafaqa*, la donación, la herencia, etc¹⁰⁶.

En Marruecos, Mohamed VI, en el discurso pronunciado a las dos semanas de su ascensión al trono, reivindicó de forma contundente la igualdad de la mujer. Para ello, el Rey consideró que era necesaria la elaboración de un Anteproyecto de ley que modificara el Código del Estatuto Personal, sometiendo éste al Parlamento, en donde los islamitas moderados poseen la mayoría¹⁰⁷. Reitera el monarca esta idea en su discurso de 30 de julio de 2002 con ocasión de la fiesta del trono indicando que: "También hemos dedicado una especial atención a la cuestión de la promoción de la mujer, en los diferentes ámbitos de la gestión de los asuntos públicos; fijando un plazo máximo que no supere el final de este año, a la comisión encargada de proponer un nuevo Código de Estatuto Personal que tome en consideración los objetivos de nuestra tolerante ley islámica, así como nuestros compromisos internacionales en este dominio". El 10 de octubre de 2003, el monarca Alahuí anunció ante el Parlamento una serie de reformas en el Código del Estatuto Personal en relación con la igualdad del hombre y la mujer, indicando al respecto que: "¿Cómo puede avanzar una sociedad cuando a las mujeres que constituyen la mitad de la misma se les merman los derechos y se exponen a la injusticia, a la violencia y a la marginación sin consideración de la dignidad ni de la justicia que nuestra santa religión les ha otorgado?"¹⁰⁸.

[102]

PEREZ BELTRÁN, C. "Las asociaciones feministas en Argelia. Las mujeres y sus derechos", en *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb...* ob. cit. p.p. 81 a 109.

[103]

"Cronologie du mouvement des femmes algériennes de 1962 à 1991" en Pag web. <http://famalgériennes.free.fr/documents/femmesDZ.html>.

[104]

Código de Familia promulgado por la ley 84-11 de 9 de junio de 1984.

[105]

Constitución de Argelia de 28 de noviembre de 1996, (artículo 29). Vid. Texto en pag. Web. <http://members.tripod.com/ArgeliaWatch/constitution.html>.

[106]

El texto de este anteproyecto se puede consultar en la Pag. Web. <http://www.nodo50.org/mujeresred/argelia>.

[107]

El 12 de marzo de 2000 se produjeron en Marruecos dos manifestaciones, las cuales indican la división de opinión a este respecto entre la sociedad de este país. Así, en Rabat, 300.000 personas apoyaban el plan para la integración de la mujer al desarrollo (obra del Ministro del Partido del Progreso y del Socialismo, partido comunista), mientras que en Casablanca, mas del doble de manifestantes, convocados por el partido islamista Justicia y Desarrollo, y seguidos por el movimiento Justicia y Caridad, se oponían a dicho plan. El núcleo de la protesta se centraba en una serie de medidas, como la abolición de la poligamia y el repudio y la elevación a los 18 años de la edad de la mujer para contraer matrimonio y el mantenimiento de la tutela de los hijos por la madre divorciada en el caso de contraer ésta nuevas nupcias. Vid. Pag. Web. <http://www.andaluciasolidaria.org/html/gestor-noticias>.

[108]

Vid. Pag web <http://es.news.yahoo.com/031010/4/3074g.html>.

El Proyecto de ley de reforma del Código del Estatuto Personal, contiene diversas modificaciones en orden al establecimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, las cuales corresponden, entre otras causas, a las reivindicaciones de la Asociación de las mujeres juristas musulmanas que luchan hace más de dos décadas por el reconocimiento de los derechos de las mujeres. En cuanto al contenido de estas propuestas se realiza una nueva definición del matrimonio, estableciendo una igualdad entre el marido y la mujer e instituyendo la responsabilidad conjunta de los esposos en la toma de decisiones que afecten a la familia, lo cual implica un cambio radical al ser actualmente el hombre el que goza de autoridad, quedando la esposa en un lugar de sumisión. Se eleva la edad legal de la mujer para contraer matrimonio a los 18 años, la cual actualmente está fijada en 15, desapareciendo para ésta última la tutela, dejando de estar sujeta a las decisiones del padre o del hermano mayor a la hora de elegir a su cónyuge. En caso de divorcio se concede a los hijos y a la madre el domicilio conyugal. Desaparecen las facilidades para repudiar a la mujer, debiendo dejar el marido a la esposa el domicilio conyugal y satisfaciendo una serie de derechos económicos. La poligamia queda sometida a la autorización del juez y bajo drásticas condiciones legales que la hacen casi imposible. Se instaura el reconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero sólo en caso de noviazgo previo conocido por ambas familias. La mujer divorciada conserva la tutela de los hijos menores aunque vuelva a casarse. No obstante, se mantiene la modalidad de obtención del divorcio por parte de la mujer mediante una compensación económica al marido¹⁰⁹.

2. La ley aplicable al estatuto personal en el Ordenamiento Jurídico español

El artículo 9.1 del Código civil señala que: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. Como podemos comprobar en este precepto se involucran ley aplicable y materias comprendidas dentro del estatuto personal.

Nuestro sistema jurídico se resiste a abandonar su teoría nacionalista fruto de la cual es la elección de la ley nacional como rectora del estatuto personal. Ciertamente que constituye una tradición en nuestro sistema la aplicación de esta ley a las instituciones estrechamente vinculadas con la persona y, resulta cuanto menos curioso, dada la materia que estamos estudiando, que uno de sus antecedentes lo constituya el Dahir de 1914 sobre la condición civil de los españoles y los extranjeros en el Protectorado español en Marruecos (art. 2). Independientemente del establecimiento de otros puntos de conexión utilizados por la norma de conflicto para regular el estatuto personal en el Derecho comparado y en el Derecho internacional privado convencional, España, en la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974, continuó atribuyendo un papel primordial a la nacionalidad sobre la base del mantenimiento del criterio “...a la vez tradicional y generalizado del imperio de la ley nacional en todo lo concerniente a la persona y a las relaciones jurídicas donde tienen acogida los derechos inherentes a ella”. No obstante el pronunciamiento de la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo por el que se sancionaba el Texto articulado del Títu-

[109]

Agradezco la información suministrada a la embajada de Marruecos en España y muy especialmente a su Consejero Social.

lo Preliminar, nuestro sistema ha ido introduciendo tímidamente y de forma subsidiaria a la ley nacional otras leyes para regir el estatuto personal, como lo es la ley de la residencia habitual de la persona, novedad que tuvo lugar como consecuencia de una enmienda presentada por A. BERCOVIZT RODRIGUEZ-CANO¹¹⁰ durante la elaboración del Decreto anteriormente mencionado, utilizando esta expresión en lugar del domicilio, argumentando la Exposición de Motivos que "...el artículo 40 del Código civil define el domicilio como el lugar de la residencia habitual, que es por otra parte, la fórmula predominante en el Derecho internacional e incluso en los tratados suscritos por España".

Además de las relaciones que con la reforma de 1974 se regularon por la ley de la residencia habitual del individuo, hoy en día podemos afirmar que se ha extendido a muchas más instituciones relacionadas con la persona y, así, la residencia habitual goza de aplicación de manera supletoria en defecto de ley nacional en los siguientes casos: para regir los efectos del matrimonio (artículo 9.2 del Código civil), a las capitulaciones matrimoniales (artículo 9.3 del Código civil), como aplicable a la separación al divorcio y a la nulidad matrimonial (artículo 107 del Código civil), a la deuda alimenticia (artículo 9.7 del Código civil), a la filiación y a las relaciones parteno-filiales (artículo 9.4 del Código civil), a la constitución de la adopción (artículo 9.5 párrafo 2) a las medidas provisionales o urgentes de protección del incapaz (artículo 9.6 del Código civil) y a los conflictos negativos de nacionalidad y a los positivos, si ninguna de las nacionalidades que ostenta la persona es la española (artículos 9.9 y 10 del Código civil).

No obstante estas tímidas incursiones realizadas por la normativa de Derecho internacional privado en cuanto a la aplicación de la conexión de la residencia habitual, nuestro sistema sigue predicando la primacía de la ley nacional como rectora del estatuto personal. Ello ha llevado a que en no pocas ocasiones los tribunales del foro hayan tenido que aplicar una ley que en nada beneficia a una de las partes, como sucede cuando se trata de relaciones que afectan a personas provenientes de países de confesión islámica, como los del Magreb, en donde como hemos visto, la mujer mantiene de por vida una relación de sujeción en relación con el hombre estando condicionada por su posición de eterna menor. Ante esta realidad y, teniendo en cuenta las situaciones de discriminación que con relación a la mujer podría conllevar la aplicación de la ley nacional, las cuales no son en absoluto ni deseadas, ni permitidas por nuestro Ordenamiento Jurídico, es lógico que al aplicador del derecho se le de la opción de resolver con arreglo a una ley considerada más neutral, y que, en no pocas ocasiones coincidirá con la ley del foro, cual es la de la residencia habitual del individuo; sin embargo, la aplicación de esa ley está sometida al límite de la inexistencia o imposible determinación de la ley nacional de la persona (artículo 9.10 del Código civil) o a la no coincidencia de la ley nacional de las personas implicadas en la relación jurídica, como sucede, en ciertos supuestos, en el caso del matrimonio (artículo 9.2 del Código civil).

Así pues y, para evitar resultados que se oponen a los principios básicos de nuestro Sistema Jurídico, como es la discriminación por razón de sexo, el Derecho internacional privado ha de hacer uso de otros mecanismos de corrección con la finalidad de alcanzar soluciones que estén acordes con los fundamentos inderogables de nuestro Ordenamiento.

[110]

Esta enmienda presentada en la Comisión General de Codificación se basaba en la tendencia moderna a sustituir la nacionalidad por la residencia habitual y la conveniencia de recoger esta conexión en determinados supuestos. Posteriormente el Consejo de Estado en su dictamen estimó conveniente introducir, con carácter general, la conexión de la residencia habitual, como subsidiaria de la nacionalidad, considerando que los trabajos de La Haya y la más autorizada corriente doctrinal se inclinan a preferir esta conexión por tres motivos de importancia: en primer lugar, la residencia habitual supone mucho más que la nacionalidad el centro real de la vida del individuo y de la familia; en segundo lugar, la residencia habitual impide los conflictos de calificaciones inherentes a la determinación de lo que es nacionalidad o domicilio y, por último, la adopción de la conexión de la residencia habitual ha permitido a los trabajos de codificación y unificación internacionales tender un puente entre los sistemas continentales defensores de la conexión nacional y los anglosajones, partidarios de la conexión domiciliar. Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. "El estatuto personal", en *Lecciones de Derecho civil internacional*. Obra colectiva coordinada por el autor, Madrid 1996.

Seguidamente y, a medida que vayamos analizando cada una de las instituciones más relevantes derivadas del matrimonio, trataremos de poner de manifiesto, en primer lugar la situación que tendría lugar como consecuencia de la aplicación de la ley nacional a los interesados de un Estado de carácter islámico, como son los Estados pertenecientes al Magreb y, en segundo lugar y si esa situación no está acorde con los principios básicos del Ordenamiento Jurídico español, los mecanismos con los que cuenta o podría contar el Derecho internacional privado para adecuar la resolución a los fundamentos primordiales de nuestro sistema.

Bibliografía

- ABARCA JUNCO, P.
"La regulación de la sociedad multicultural". En *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Coordinado por A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel. Madrid 2.000. p. 169.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.
"El estatuto personal", en *Lecciones de Derecho civil internacional*. Obra colectiva coordinada por el autor, Madrid 1996, p. 30.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A.
"Droit Familial des pays arabes. Statut personnel et fondamentalisme musulman" en *Praxis juridique et religion*, num. 5, 1988, p.p. 3-42.
- ANTON, A.E.
"Loi du Royaume Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé", en esa misma revista, p.p. 267-274.
- BABADJI, R.
"Aproximación a las relaciones de la Charia y el derecho positivo en el mundo árabe". En *El Islam jurídico en Europa*. Edición, A. Borrás y S. Mernissi. Barcelona 1997, p.p. 67-101.
- BELARBI, A.
"Mouvement des femmes au Maroc", en *La société civile au Maroc*. el Aoufi, Rabat, 1992.
- BENSAID, C. y ZINEB, AL.
Femmes et société civile au Maghreb. Marrakech, 1995
- BUCHER, A.
"L'ordre public et le but social des lois en Droit international privé". *Recueil des Cours* 1993, p.p. 49 y ss.
- BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C.
"Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer". En *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*. Edición. F. Mariño Menendez. Madrid 1996, p. 31.
- CALDERON, F.
"Diversidad cultural y ciudadanía". En *Leviatán*, num. 70, invierno de 1997, p.p. 129-137.
- CARLIER, J.Y.
"Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Ob. cit. p. 35.
- CARLIER, J.Y.
Autonomie de la volonté et statut personnel. Bruselas 1992, especialmente, p.p. 254 y ss.,
- CARRILLO SALCEDO, J.A.
"Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos". En AAVV, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*. Homenaje al Prof. Diez de Velasco. Madrid 1995, p.p. 167-178.
- CARRILLO SALCEDO, J.A.
"El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso". En *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*. Ed. M:E: Rodríguez Palop y A. Tornos. Madrid 2000, p.p.43-44.
- CASTAÑEDA, J.
Valor jurídico de las resoluciones de Naciones Unidas. Méjico 1976, *passim*.
- COBO, R. y DE MIGUEL, A.
"Diversidad cultural y multiculturalismo". en *Amnistía internacional: la mutilación genital femenina y los derechos humanos*. Madrid 1998, p.p. 7-14.
- CONTRERAS MAZARÍO, J.M.
"Globalización, derechos humanos y prácticas tradicionales en el ámbito de la familia. Especial referencia a las actividades de Naciones Unidas. En *Globalización y derecho*. ob. col. dirigida por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. Madrid 2003, p. 192.
- CORTAZAR ROTAEACHE, C.
"Los derechos humanos de ámbito universal y el multiculturalismo". En *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes...*ob. cit. p. 95,
- CRINON, M.
"Des femmes en mouvement pour la conquête de leur droits", en *L'Etat du Maghreb*. Dir. Lacoste Lacoste. Tunes, 1991.
- CHERIZ CHAMARI, A.
"La situación jurídica de la mujer en Túnez". En *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*. Comp. G. Martín Muñoz. Madrid 1995, p.p. 45-46.
- DE LUCAS, J.
"Algunos problemas del estatuto jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* num. 15 de mayo/agosto, 1993, p.p. 103 y ss.
- DEPREZ, J.
"Droit international privé et conflicts de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel". *Recueil des Cours*. t. 211, 1988/IV, p.p. 200-216.
- ELOSEGUI ITXASO, B.
"Asimilacionismo, multiculturalismo, interculturalismo". en *Claves de razón práctica*. Madrid num. 74 julio/agosto 1997, p.p. 24-32.
- ESPINAR VICENTE, J.M.
"Sociedad multicultural y Derecho internacional privado", en *Las ciudades de soberanía España: respuestas para una sociedad multicultural*. (Melilla 6 a 9 de abril de 1999. Ed. I García Rodríguez. Alcalá de Henares 1999, p. 185.
- FERNANDEZ GARCÍA, E.
"La Declaración de 1948. Dignidad humana, universalidad de los derechos y multiculturalismo". En *Derechos de las minorías en una sociedad democrática*. Dir. J. De Lucas Martín. Madrid 1999, p.p. 225-250.
- FREIXES, T.
"De la Carta de los Derechos fundamentales a la Constitución de la Unión Europea". *Revista Meridiam*, nº 20 de febrero de 2001, p.p. 51-55,
- FREUDENSCHUSS-REICHL, I.
"La protección de los derechos humanos de las mujeres migrantes". En *La protección internacional de los derechos de la mujer...*ob. cit. p.p. 94 y 95.
- FORTI, R. "La identidad de la mujer musulmana". *Rev. Weblislam* de 17 de diciembre de 2002, p. 4.
- GANNAGE, P.
"La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le Droit international privé de la famille". *Revue critique de droit international privé*, 1992, p.p. 429-432.
- GANNAGÉ, P.
"L'influence du pluralisme des status personnels dans les droits internes des pays du Proche-orient sur les règles de Droit international privé". *Journal Clunet de Droit international* 1965, p.p. 291-303.
- GARCÍA BRAVO, J.
versión del Corán traducida. Edicomunicación. Barcelona 1.998. (El texto entre paréntesis son notas del traductor).
- GARCIA DE ENTERRIA, E. y otros. *El sistema Europeo de protección de los derechos humanos*. Loc. cit. p. 154.
- GARZÓN VALDÉS,
"Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural" en *Claves de razón práctica*, Madrid, num. 74 de julio/agosto, 1997, p.p. 24-32.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.
Derecho internacional privado. Introducción. Apuntes policopiados curso 1983-1984. Madrid 1984.
- HUNTINGTON, S.P.
El choque de civilizaciones. Barcelona 1996, *passim*.
- JAYME, E.
"Identité culturelle et integration; le droit international privé postmoderne". *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, p. 49.
- JAYME, E.
"Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado". *Rev. Fac. de Ciencias Jurídicas y Políticas*. U.C.V. de Caracas, 1991, num. 82, p.253.
- JAYME, E.
"Società multicultural e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato". En *Il Diritto dei nuovi mondi*. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto privato delle Facoltà di Giurisprudenza. Génova 5-7-noviembre-1992. Milán 1994, p.p. 346-348.

CAPÍTULO VI

La mujer musulmana y el derecho de familia

- JAYME, E.
Identité culturelle et integration: le Droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 1995/I. p.p. 13-267.
- JIMENEZ-AYBAR, I.
"El Islam en una Europa multicultural". *Rev. AequAlitas*, num. 10-II de 2002, p. 18.
- KHODJA, S.
"Argelia, la resistencia al cambio", en *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*. ob. cit. p.p. 71-79.
- KISS, A.C.
"La condition des étrangers en Droit international et les droit de l'homme". *Miscelanea Gonshoh Van der Meersh*, T. I, Bruselas 1972, p.p. 503 y ss.
- KYMLICKA, W.
Ciudadanía multicultural. Buenos Aires 1996, Traducción, C. Castells Auleda. *Passim*.
- LABRUSSE, C.
"La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère". *Travaux du Comité Français de Droit international privé* 1975-1977, p.p. 111-144.
- LAGARDE, P.
"La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation". En *Nouveaux itinéraires en droit*. Homenaje a F. Rigaux. Bruselas 1993. p.p. 270-274.
- LAMO DE ESPINOSA, E.
"Fronteras culturales" en *Culturas, estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Ed. E. Lamo de Espinosa. Madrid 1995, p.p. 13-79.
- LAMORA CASTILLÓN, S.
"La integración del estatuto familiar de las mujeres musulmanas en el Derecho belga". *Rev. AequAlitas*, num. 10-II de 2002, p. 37.
- LAMRABET, A.
"La eterna problemática de la mujer musulmana". *Rev. WebIslam* num. 169 de 22 de abril de 2002, p. 4.
- LILLICH, R.B.
"Duties of States regarding the civil rights of aliens". *Recueil des Cours*. vol. 161, 1978, p.p. 364 y ss.
- MAILA, J.
"¿Son los derechos humanos impensables en el mundo árabe?". En obra colectiva *El Islám jurídico y Europa*. Ed. A. Borrás y S. Mernissi. Barcelona 1997, p. 145.
- MANGAS MARTÍN, A.
"Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español". *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. XI, 1994, p. 29.
- MARTÍN MUÑOZ, G.
"La igualdad entre los sexos y la cuestión de los derechos humanos y del ciudadano en el mundo árabe". En *AA.VV. Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*. Madrid 1995, p.p. 13 a 17.
- MARTÍN MUÑOZ, G.
"La igualdad entre los sexos y la cuestión de los derechos humanos...", ob. cit. p.p. 13-17.
- MARTÍN MUÑOZ, G.
"Mujeres musulmanas: del Corán a los Códigos de familia". *Cuadernos de Africa y América Latina*, num. 9, 1992, p.p. 39-48.
- MERCIER, P.
Conflicts de civilisations et Droit international privé. Polygamie et repudiation. Ginebra 1972, *passim*. DEPPEZ, J. "Droit international privé et conflicts de civilisation". *Recueil des Cours*. t 211, 1988/IV, p.p. 347-423.
- MEZIOU, K.
"Tunise. Mariage. Filiation", en *Juris-Classeur. Droit compare*, vol. III, 1997, fasc. 1, párrs 13-17.
- MOTILLA DE LA CALLE, A.
"Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español". En ob. col. *Globalización derecho*. Ob. cit. p. P. 382 y 383.
- NIBOYET, J.P.
Traité de Droit international privé français. t. V. Paris 1948, p.p. 243-246.
- PEARL, D.
"Polygamy and bigamy". En *Cambridge Law Journal*, 1976, p.p. 48 y ss.
- PEREZ BELTRÁN C.
"Las asociaciones feministas en Argelia. Las mujeres y sus derechos". En *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*. Ob. cit. p.p. 81-109.
- PEREZ BELTRÁN, C.
"Las asociaciones feministas en Argelia. Las mujeres y sus derechos", en *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb...* ob. cit. p.p. 81 a 109.
- PÉREZ VERA, E.
"Algunas consideraciones sobre el valor de las resoluciones de la Asamblea General en el 26 aniversario de la O.N.U.". *Boletín de la Un. de Granada*, num. 105, Vol. 5, 1972-73, p.p. 27 a 35.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.
Derecho e inmigración. El repudio islámico en Europa. Barcelona 2000, p. 35
Recueil des traités déposés apures du Secrétaire Général. état au 30 avril 1999. Nueva York 1999, p.p. 199 y 203, nota 24.
- REMIRO BROTONS, A.
La acción exterior del Estado. Madrid, 1984, p. 108.
- RESTA, E.
"El derecho fraterno. Igualdad y diferencia en el sistema de derecho" en *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación y género. Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Granada), num. 31, 1994, p.p. 187-207.
- RIGAU, F.
"Le pluralisme en droit international privé". Homenaje al Prof. M. Diaz de Velasco. Madrid 1995, p.p. 1419-1436.
- RIPHAGEN, W.
"National and international regulation of international movement and the legal position of the private individual" *Recueil des Cours* 1970, vol. 131, p.p. 489-620.
- ROMA, P.
"Marruecos, batalla entre mujeres". Suplemento de *El País* de 13 de agosto de 2.000. p. 43 y ss.
- SALAH-BEY, M. Ch.
"Argérie". En *Juris-Classeur. Droit comparé*, vol. I, 1997, fasc. 2, párr. 21-25 y 28-30.
- SALERNO, F.
"Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere". *Rivista di Diritto internazionale* 1990, p.p. 257-293.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.
"Postmodernismo y Derecho internacional privado". *Revista española de Derecho internacional* 1994, num. 2, p.p. 557-586.
- SAUNDERS, W.
"The matrimonial proceedings (Polygamus Marriages) Act 1972". En *International and Comparative Law Quarterly*, 1972, p.p. 781 y ss.
- SCHACHT, J.
Introduction à l'étude du droit musulman. Paris 1993, *passim*.
- TAMOUH, F.Z.
"Democracia en femenino. De la democracia política a la democracia familiar en Marruecos". En *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb...* ob. cit. p.p. 61-70.
- VELASCO ARROYO, J.C.
"El reconocimiento de las minorías. De la política de la diferencia a la democracia deliberativa", *Revista Sistema*, num. 142, 1998, p.p. 36 y ss.
- VERDROSS, A. "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers". *Recueil des Cours*. 1931/III, p.p. 350 y ss.
- VILLÁN DURÁN, C.
"Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena". *Revista Española de Derecho Internacional* 1994-2, p.p. 505-532.
- VILLAN DURÁN, C.
"Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena". *Revista Española de Derecho Internacional* 1994-2, p. 508.
- VIRALLY, M.
"La valeur juridique des recommandations des organisations internationales". *Annuaire Français de Droit International*, 1956, p.p. 66 a 96.
- WEIBEL, N.B.
"Femmes, Pouvoir et Islam". *Revue de Droit Canonique*, t. 45, 1995, p.p. 105-114.



CAPÍTULO VII

El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio

Por: María Dolores Adam Muñoz



1. CONFIGURACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: CARACTERES GENERALES

1. Introducción

El matrimonio constituye la base fundamental sobre la que se sustenta la familia. No obstante esta afirmación tan rotunda y tradicional, somos conscientes de que en la actualidad existen numerosos modelos de familia que no pasan por la unión previa y formal en la que consiste el matrimonio¹¹¹. En efecto, no se puede ignorar que existen familias al margen del matrimonio¹¹²; sin embargo, una cosa es que la familia exista al margen del matrimonio y otra muy distinta es que el matrimonio se conciba al margen de la familia. No se puede negar que existan familias sin matrimonio, pero esto no es motivo para rechazar las tesis que consideran que el matrimonio es el principal soporte de la estructura familiar y que su ordenación jurídica debe establecerse en atención a que su finalidad primera es la de ser el mecanismo de creación y sustentación de la familia¹¹³.

Una vez puestos estos extremos de manifiesto, nos vamos a referir seguidamente a la institución del matrimonio en su sentido tradicional, tal como lo regula y entiende nuestro sistema jurídico.

2. Concepto y naturaleza jurídica del matrimonio

En nuestro Ordenamiento Jurídico no existe ningún texto legal que defina lo que es el matrimonio, a pesar de que éste queda regulado de forma pormenorizada. No obstante, el matrimonio se puede definir “como la unión estable de un hombre y una mujer, concertada entre ellos de acuerdo con determinadas formalidades previstas por la ley, con ánimo de compartir vida y existencia”¹¹⁴.

En relación con su naturaleza jurídica las posiciones doctrinales se han encontrado tradicionalmente enfrentadas, aunque si bien, las corrientes doctrinales más significativas¹¹⁵ coinciden en afirmar que se trata de un negocio jurídico, la discrepancia radica en la naturaleza del mismo, entendiendo parte de la doctrina que el matrimonio constituye un negocio jurídico de derecho de familia pero con todas las connotaciones típicas de un contrato, para lo cual destacan como elemento fundamental de la celebración la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes; sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que no se trata de un simple contrato, en tanto en cuanto, aunque el matrimonio produce efectos jurídicos para los contrayentes, estos efectos no son únicamente los queridos por las partes, sino también los establecidos previamente en la ley, de manera que las partes no pueden decidir acerca y por su sola voluntad cual será el estatuto jurídico por el que habrá de regularse su matrimonio, sino que es la propia ley la que establece estos extremos. Como indica J.M. ESPINAR VICENTE, el consentimiento de las partes se proyecta sobre dos núcleos de consenso: el primero integra las condiciones que cada pareja desea asumir para organizar su vida. El sistema no exige que se hagan explícitas, basta con que los sujetos realicen el acto formal de la celebración para entender que se ha producido el consentimiento mutuo necesario. El segundo comprende las condiciones que el ordenamiento estima de or-

[111]

Actualmente son cada vez más frecuentes las uniones de hecho que reclaman los mismos derechos que las parejas unidas por el matrimonio, aunque, si bien, el Ordenamiento Jurídico no equipara jurídicamente estas uniones al matrimonio, si que les otorga ciertos efectos jurídicos. Otros modelos pasan por las uniones de hecho de parejas homosexuales, las familias monoparentales, etc.

[112]

Un estudio pormenorizado de esta cuestión puede verse en ESPINAR VICENTE, J.M. El matrimonio y las familias.

[113]

ESPINAR VICENTE, J.M. “Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio”. *Rev. Actualidad Civil*, num. 19 del 5 al 11 de mayo de 2003, p. 483.

[114]

Vid. *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia sucesiones*. Ob. col. Dirigida por B. Moreno Quesada. Valencia 2003, 2ª Ed. p.57.

[115]

Otras teorías pueden consultarse en CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. T. V. Derecho de familia. 12ª Ed. revisada y puesta al día por G. García Cantero y J.M. Castán Vazquez. Madrid 1994, p. p.126 a 129. GARCIA DE BLAS VALENTÍN-FERNANDEZ, M.L. En Ob. col. *Instituciones de Derecho Privado*. Coordinación, J.F. Delgado de Miguel. T. IV (familia), Vol. 1º, Madrid 2001, p.p. 72-75.

den público en toda convivencia conyugal. Por eso en el acto de la celebración obliga a las partes a aceptarlas expresamente, dejando bien claro que ninguna de las estipulaciones privadas puede contradecir estas exigencias y que si alguno de los cónyuges llegara a infringirlas, la ley dota a la otra parte de los medios necesarios para poner fin al lazo conyugal¹¹⁶.

Así pues, podemos concluir que el matrimonio supone un negocio jurídico de derecho de familia en el que las partes se obligan mediante la prestación solemne de su consentimiento a acatar los efectos jurídicos señalados en la ley, con independencia de que puedan establecer otros dentro de los límites marcados por el sistema jurídico. O bien como un “acto jurídico que constituye un vínculo entre las partes y genera un *status* de donde derivan derechos y deberes, que tienen su fuente, no en el “negocio matrimonial”, sino en el propio *status* de cónyuge”¹¹⁷.

3. Caracteres generales de la institución matrimonial

En el sistema español los principios sobre los que se sustenta el matrimonio se consagran en el artículo 32 de la Constitución, el cual señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y que la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges y las causas de separación y disolución; es decir, la Constitución establece unos mínimos que posteriormente han de ser desarrollados por ley.

De estas notas fundamentales se desprenden los caracteres que conforman el matrimonio en nuestro sistema, los cuales vamos a pasar a analizar seguidamente:

En primer lugar, nuestro Ordenamiento predica la igualdad jurídica del hombre y de la mujer a la hora de contraer matrimonio, si bien, esta igualdad perdurará a lo largo de la vida del mismo; es decir, su halo de vigencia se extiende al momento de contraer matrimonio, durante el matrimonio y en el momento de la disolución del matrimonio.

En segundo lugar, la heterosexualidad de la unión¹¹⁸. Esta cuestión está siendo desde hace unos años puesta en tela de juicio por aquellas personas que reivindican el vínculo homosexual, basándose en que la Constitución no señala expresamente que la unión matrimonial haya de ser entre personas de distinto sexo, ya que no hace mención a que el hombre y la mujer tengan que contraer matrimonio entre sí, de manera que, ante la ausencia de tal especificación, *sensu contrario*, se sobrentiende que el matrimonio puede ser entre personas del mismo sexo. No obstante esta interpretación, los detractores de la misma indican que la Constitución no autoriza a que el matrimonio se contraiga entre personas del mismo sexo y que con la expresión “el hombre y la mujer”, la Constitución ha querido especificar que son ambos los titulares del “*ius nubendi*”, mientras que en relación a otros derechos no ha considerado necesario especificar el sexo de la persona que los ostenta¹¹⁹. De no haber sido esta la voluntad del legislador le hubiera bastado con remitirse al principio de no discriminación establecido en el artículo 14. En definitiva, de lo que se trataba con la redacción dada al artículo 32 era de poner fin a las numerosas discriminaciones y al

[116]

Vid. ESPINAR VICENTE, J.M. ob. ult. cit. p. 481.

[117]

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L., ob. ult. cit. p. 75.

[118]

La heterosexualidad como carácter fundamental del matrimonio en el sistema español es defendida, entre otros, por IBAN, I.C. “El matrimonio en la Constitución”. *Revista de Derecho privado*, 1980, p. 139, FODAR BENLLOCH, E. *Estudios de Derecho de familia. La Constitución y el Derecho de familia*. Barcelona 1981, p.p. 186-187. GÓMEZ, Y. *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1990. p.p. 19-175. DE VERDAD Y BEAMONTE, J.R. “Principios de libre desarrollo de la personalidad y “*ius connubi*”. (A propósito del Auto del T.C. 222/1994)”. Ob. col. *Uniones de hecho*. Coord. por J.M. Martinell y M.T. Arecos Piñol. Univ. de Lérida, 1998, p.p. 189 y ss.

[119]

Así, la resolución de la DGRN de 21 de enero de 1988 (RJA 215) indica que: “...no hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferencia de los sexos es esencial. Y este concepto tradicional es el que recogen sin duda alguna las normas vigentes en España, rectamente interpretadas. En efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la CE proclame que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualquiera razón la expresión “entre sí”, la Constitución permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario, es muy significativo que el Capítulo II del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales, es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que el hombre y la mujer son los titulares del “*ius nubendi*”, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como “todos”, “toda persona”, “se garantiza”, “se reconoce”, “tienen derecho”, sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona”.

papel subordinado que la mujer había ocupado tradicionalmente en el matrimonio. De ahí que el Código civil acepte esta segunda posición y establezca la heterosexualidad del matrimonio (artículos 44 y siguientes)¹²⁰.

Lo cierto es que otras interpretaciones más amplias, acordes con una realidad social más avanzada indican que de la lectura atenta del Texto Fundamental no se puede deducir la prohibición expresa de la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, todo lo contrario, la Constitución, según esta corriente, deja una puerta abierta en relación con la posibilidad de uniones matrimoniales de homosexuales y precisamente con base en la misma en la actualidad se está llevando a cabo en nuestro sistema un replanteamiento de la heterosexualidad como elemento fundamental del matrimonio, toda vez que el Consejo de Ministros aprobó el 30 de diciembre de 2004 un Proyecto de Ley de matrimonios entre homosexuales.

En tercer lugar, la unidad o monogamia, la cual consiste en que la unión matrimonial ha de ser entre un solo hombre con una sola mujer, de forma que se predica la exclusividad en cuanto a la pertenencia a una sola comunidad matrimonial. De esta forma, es posible contraer sucesivos matrimonios, pero siempre que el anterior haya quedado disuelto, de manera que no se esté casado con más de una persona a la vez.

En cuarto lugar, la permanencia de la comunidad creada por el hombre y la mujer en la que concurren un haz de derechos y obligaciones los cuales se dirigen a defender la institución y a proteger a los propios cónyuges.

En quinto lugar, su solemnidad, habida cuenta que el consentimiento ha de ser prestado en la forma que taxativamente señale la ley, cuya inobservancia daría lugar a la nulidad.

Por último, hemos de señalar que el matrimonio es una institución estable. No obstante, en el caso de la existencia de una crisis matrimonial, el Ordenamiento Jurídico establece una serie de causas tasadas y exclusivas para que pueda declararse la suspensión o disolución del vínculo.

[120]

Así, el Tribunal Constitucional ha asumido la heterosexualidad de la institución matrimonial tal y como se establece en el Código civil al afirmar que: "...se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual...". Auto del Tribunal Constitucional 222/1994.

II. LA PROTECCIÓN DEL *IUS NUBENDI* EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Como hemos indicado anteriormente, el artículo 32 de la Constitución consagra la plena igualdad jurídica del hombre y de la mujer para contraer matrimonio. De esta forma este precepto encierra las bases fundamentales del matrimonio, ya que, al consagrar la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, todo el asentamiento del sistema matrimonial y familiar español experimenta un giro de ciento ochenta grados. Con esta constitucionalización se sigue la orientación marcada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, la cual señala en su artículo 16 que: "*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 señala en su art. 23.4 que "*Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo*"¹²¹. Como podemos comprobar este texto internacional goza de una mayor precisión que nuestra Constitución¹²²; no obstante, a tenor del art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental este precepto constituye una pauta para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales, de modo que permite ampliar el alcance del artículo 32 de la Constitución. Se trata de una igualdad entre los cónyuges que se manifiesta esencialmente por el reconocimiento de unos mismos ámbitos de actuación a marido y mujer, excluyéndose cualquier tipo de subordinación. Esta equiparación jurídica tiene una amplia proyección temporal y posicional, ya que se refiere, tanto al momento de contraer matrimonio, como a la posición de los cónyuges en la comunidad matrimonial, como al eventual momento de disolución por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges.

[121]

La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, señala en su artículo 16 que: "*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*". No resulta, sin embargo, tan garante de la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el matrimonio el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, el cual señala simplemente que: "*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*". Como podemos observar, el precepto únicamente se limita a consagrar el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio, pero deja la regulación del mismo a las legislaciones nacionales; con lo cual, admite de forma implícita que un Estado pueda establecer una legislación matrimonial discriminatoria para la mujer.

[122]

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se limita a señalar en su artículo 9 que: "*Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*".

III. CONFIGURACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ISLÁMICO¹²³

1. Naturaleza jurídica del matrimonio en el Derecho islámico

La Declaración islámica sobre derechos humanos expresa en su apartado XIX que cada persona tiene derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia y a tener hijos de conformidad con su religión, tradición y cultura. Cada esposo es titular de los derechos y obligaciones estipulados por la ley y en la Declaración de El Cairo se indica que el matrimonio es la base de la familia en la que se sustenta la sociedad. El hombre y la mujer tienen derecho a contraerlo sin distinción de nacionalidad, raza o color. La sociedad y el Estado removerán todos los obstáculos para facilitar el matrimonio y la protección de la familia y la salvaguarda de su bienestar (artículo 5). El esposo es el responsable de la salvaguarda y el bienestar de la familia (artículo 6 b)¹²⁴.

El matrimonio se concibe en el Derecho islámico como un contrato¹²⁵. La naturaleza contractual de esta institución se pone de manifiesto en los códigos del estatuto personal. En esta línea el Código del Estatuto Personal marroquí, establece que el matrimonio es un contrato legal por el cual un hombre y una mujer se unen para formar una vida conyugal duradera. Tiene como finalidad vivir en la fidelidad, la honestidad y el deseo de la procreación para la fundación, sobre bases estables y bajo la dirección del marido, de un hogar que permita a los esposos hacer frente a sus obligaciones recíprocas con seguridad, paz, afecto y respeto mutuo (artículo 1)¹²⁶.

Así pues y, habida cuenta de la naturaleza contractual del matrimonio, podemos afirmar que esta institución se diferencia netamente de la concepción que de la misma se tiene en el Derecho occidental, ya que, según nuestra cultura el matrimonio no se concibe como un contrato, podríamos denominar típico, sino como un negocio jurídico de derecho de familia. Es cierto que la naturaleza puramente contractual del matrimonio islámico con la influencia de occidente se va desdibujando cada vez más, desde el momento en que los diferentes Códigos de derecho de familia musulmanes van estableciendo la serie de derechos y obligaciones que surgen de la unión matrimonial entre el hombre y la mujer, de manera que la autonomía de la voluntad en la negociación de las cláusulas del contrato matrimonial es cada vez menor.

No obstante lo anterior, la negociación del contrato de matrimonio en el Derecho islámico reviste gran importancia desde el momento en que permite pactar las obligaciones, tanto personales como patrimoniales de los futuros cónyuges, suponiendo su referente para la ordenación de la futura vida en común. Por este motivo y, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que concurren en la negociación de este contrato, así como el objeto del mismo, entiendo que se trata de un contrato propio y específico, con unas características especiales, sinalagmático, pero en nada asimilable a otros contratos tipo, como por ejemplo, la compraventa¹²⁷.

2. Ley aplicable al contrato matrimonial

La Ley 11/1990 de 15 de octubre de reforma del Código civil en materia de no discriminación por razón de sexo modificó el artículo 9.2, el cual quedó redactado del siguiente modo: "*Los efectos del matrimonio se regirán por la ley perso-*

[123]

Habida cuenta del aumento de la inmigración en nuestro país en los últimos años y, como consecuencia de la misma, el incremento de las situaciones privadas internacionales, así como el cambio en las soluciones utilizadas por el Derecho internacional privado español, se hace necesaria la realización de este estudio a fin de completar y poner al día el que realizamos en su momento denominado, *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*. Córdoba 2001, especialmente p.p. 61 y siguientes.

[124]

Declaraciones cit.

[125]

CARLIER, J.Y. "Les contrats de mariage internationaux". En *Le statut personnel des musulmans*. Bruselas 1992, p. 289.

[126]

En el Código del Estatuto Personal de Túnez no se refleja nada al respecto; sin embargo, el artículo 4 del Código de Argelia señala que. "El matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer según la forma legal. Tiene, entre otros fines, la fundación de una familia basada en el afecto, la mansedumbre y la ayuda mutua, la protección moral de ambos cónyuges y la preservación de los vínculos familiares".

[127]

El contrato matrimonial se ha querido asimilar al de compraventa entendiéndose que la dote es el precio que el marido paga por el uso de la esposa. Vid. ACUNA, S. Y DOMÍNGUEZ, R. "El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el derecho islámico". En ob. col. *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*. Univ. De Córdoba, 2003, p. 33.

nal común de los cónyuges en el momento de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la ley del lugar de celebración del matrimonio". Asimismo, el artículo 9.3 también fue modificado, estableciendo que: "Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes, bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento". Así pues, el artículo 9.2 del Código civil regula lo que la doctrina ha denominado "el estatuto general de los casados", el cual comprende la serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges que se recogen en los artículos 66 a 71 del Código civil, además de los efectos económicos entre los cónyuges, pero sólo en el caso en que no exista pacto entre ellos al respecto¹²⁸.

La reforma operada ya no distingue, como así sucedía en la anterior regulación, entre los efectos personales¹²⁹ y los efectos patrimoniales, sino que, el artículo 9.2 del Código civil se refiere de un modo genérico a los efectos entre los cónyuges y en el 9.3 determina la ley aplicable en el caso de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por los mismos.

Como podemos observar, el actual artículo 9.2 establece una serie de leyes que pueden regir las relaciones entre los cónyuges, pudiéndose apreciar claramente que las conexiones que dan lugar a la determinación de la ley aplicable, están ordenadas de una forma jerarquizada; es decir, solamente pueden ir entrando en juego una en defecto de otra, de modo que, a falta de nacionalidad común, es la autonomía de la voluntad la que actuará y, en caso de su inexistencia, será la residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y, por último, y si ésta no existe, será la ley del lugar de celebración la que regule estas relaciones. Es cierto que este precepto suprime en su enunciado toda discriminación para la mujer, al elegir conexiones que podríamos denominar "neutras"; sin embargo, al parecer de la doctrina, la elección de estas conexiones no ha sido la más afortunada como vamos a tratar de poner de manifiesto en las líneas que siguen.

En efecto, en la regulación realizada en 1990 lo que el legislador ha querido es que los cónyuges tuvieran la seguridad jurídica desde el momento de la celebración del matrimonio de cual va a ser la ley que regule sus relaciones, tanto personales como económicas, y que esta ley no pueda ser alterada por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, como sucedería en el supuesto en que uno de los cónyuges cambiara de nacionalidad a lo largo del matrimonio¹³⁰. La discriminación por razón de sexo se evita en el enunciado de la misma, pero se desconoce si la ley a la que la norma de conflicto española va a enviar el supuesto para su regulación, es discriminatoria para la mujer, lo cual puede suceder en algunos casos como más adelante examinaremos.

Si nos fijamos en la regulación que el artículo 9.2 del Código civil realiza en relación con los efectos del matrimonio, puede parecer extraño, en un principio, que en defecto de nacionalidad común, estas relaciones se rijan por la autonomía de

[128]

AMORES CONRADI, M. "Efectos del matrimonio". En AAVV, *Derecho internacional privado*. Parte especial. Madrid 1995. 6ª Ed. revisada, p.p. 329 a 331.

[129]

Antes si era coherente la referencia a los efectos personales del matrimonio, en tanto en cuanto ésta implicaba verdaderos efectos en la persona de la mujer y, en concreto, en la limitación de su capacidad de obrar. Así, la mujer debía obediencia al marido, no podía enajenar sus bienes ni emprender o ejercer el comercio sin su consentimiento, no podía tener cuentas corrientes, el domicilio conyugal lo elegía de forma unilateral el marido, la patria potestad sobre los hijos recaía en el marido... Vid ADAM MUÑOZ, M.D. "Posible vigencia del cuento de Carmen de Burgos: el artículo 438 del Código Penal", en *La mujer y la transgresión de códigos literarios en la Literatura española: escritura lectura, textos (1001-2000)*, ED. M.J. Porro Herrera, p.p. 235-254, Córdoba 2001.

[130]

El anterior artículo 9.2 del Código civil señalaba que: "Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración". Las críticas de esta norma se centran en considerar a la ley nacional del marido como masculinista, sexista, patriarcal, parcial, discriminatoria, arbitraria e injusta, al responder a una concepción jerárquica de la familia y no tener en cuenta la emancipación jurídica de la mujer casada. Asimismo, es contraria a la política seguida en materia de nacionalidad, la cual es respetuosa de la nacionalidad de la mujer casada con el extranjero. Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. "Los efectos del matrimonio", en AAVV, *Lecciones de Derecho civil internacional*. Madrid 1996, p. 154.

la voluntad de las partes, ya que, el estatuto general de los casados, así como las relaciones paterno filiales, los efectos de la disolución del matrimonio, etc., vienen ya predeterminados por la ley civil, de modo que la autonomía de la voluntad va a tener, si no nula, si escasa cabida en la regulación de estos extremos. Sin embargo, si esta situación resulta extraña a nuestra cultura, no sucede lo mismo en otros sistemas jurídicos en donde el matrimonio tiene un fuerte componente contractual, como en los Estados Islámicos. Así, mientras que en los ordenamientos europeos la excepción es el establecimiento de pactos que afecten a relaciones que no sean económicas, ya que las relaciones personales están reguladas en la legislación civil, en el Derecho islámico la regla general es el otorgamiento de un contrato entre los futuros esposos en el que se pueden contemplar cláusulas que afectan, tanto a las relaciones personales, como a las relaciones económicas.

Así, por ejemplo, junto con el otorgamiento de la dote, la estipulación de su cantidad, forma de entrega, etc., es posible que los cónyuges acuerden por medio de pacto someter el derecho del marido a casarse con una segunda esposa al consentimiento de la primera y, en caso de incumplimiento de esta obligación la primera tendrá el derecho de solicitar el divorcio, o que se pacte que la mujer no trabajará fuera de la casa, su obediencia y sumisión absoluta al marido, etc. En estos supuestos que no se contemplan en nuestro Ordenamiento Jurídico, la doctrina se ha cuestionado acerca de en qué institución encuadrarlos, llegando a la conclusión de que se han de incluir dentro del estatuto personal y, en concreto, en el artículo 9.2 del Código civil que regula el estatuto general de los casados, independientemente de que los pactos tengan carácter económico, ya que si en el Derecho islámico no puede hablarse de régimen de bienes en el matrimonio, sino del mantenimiento de los respectivos patrimonios de los cónyuges, tampoco se conoce la institución de las capitulaciones matrimoniales, en tanto no existe régimen matrimonial que estipular, modificar o sustituir. La separación absoluta de bienes se considera de orden público, por lo tanto no tendrá aplicación el artículo 9.3 del Código civil^[131]. Esta situación nos conduce a que nos cuestionemos acerca de la idoneidad de las conexiones utilizadas por el artículo 9.2 del Código civil, sobretudo en relación con la integración en España de parejas de extranjeros que tienen la misma nacionalidad, ya que al estar las conexiones ordenadas en cascada será la ley nacional común la aplicable, aún cuando los contrayentes hayan configurado en España su residencia habitual durante muchos años, de forma que con esta regulación no se consigue la integración de estos matrimonios en España, teniendo en cuenta además que la ley nacional común de carácter islámico puede y, en la mayoría de los casos así sucede, ser discriminatoria para la mujer, con lo cual las expectativas del legislador, al regular las relaciones entre los cónyuges eligiendo conexiones "asépticas" para asegurar la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, puede que no se vean colmadas. Así pues, podemos afirmar que el artículo 9.2 del Código civil puede posibilitar la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en las relaciones matrimoniales cuando los cónyuges poseen distinta nacionalidad. En definitiva, de su aplicación se deduce que la igualdad jurídica puede quedar garantizada para las españolas musulmanas o no que casen con un musulmán no español o para las extranjeras musulmanas que se casen con un musulmán de nacionalidad distinta a la suya, pero no para las nacionales musulmanas que contraigan nupcias con musulmanes de su misma nacionalidad, ya sea en España o en su país de origen.

[131]

ZABALO ESCUDERO, E. "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", en Estatuto personal y multiculturalidad de la familia. Ob. cit. p.p. 14 y 15.

No obstante lo anterior, nuestro sistema se inclina por establecer en primer lugar la ley de la nacionalidad común en la regulación del estatuto general de los casados argumentando la protección del derecho a la identidad cultural y al propio estilo de vida, sin embargo, esta protección puede ser un arma de doble filo, en tanto en cuanto la ley nacional común impide el acceso de la población extranjera a los modelos matrimoniales de la sociedad de acogida, lo cual ha de conectarse con la dificultad para adquirir la nacionalidad española de los extranjeros inmigrantes¹³². Asimismo, se corre el riesgo de tener que aplicar en España leyes de países con una cultura muy diferente a la nuestra y se fomenta el que se den soluciones diferentes al mismo supuesto: las otorgadas por el Estado de origen y las que prevé el Estado español, como Estado de acogida. Todo ello fomenta que, cuando se trata de cónyuges islámicos, la ley nacional común pueda quedar limitada por la excepción del orden público internacional, cuando el reconocimiento en el foro del derecho a la identidad cultural vulnera otros derechos del mismo rango como son los derechos a la no discriminación por razón de sexo y a la igualdad jurídica del hombre y la mujer al contraer matrimonio, durante el matrimonio y en el momento de su disolución.

La existencia de nacionalidad común niega a los contrayentes toda posibilidad de elección de la ley aplicable a su relación matrimonial, importando a nuestro sistema las concepciones matrimoniales islámicas. Así, la regulación que efectúa el artículo 9.2 produce el efecto de que a los cónyuges musulmanes de la misma nacionalidad, por ejemplo marroquíes, les impide normar los efectos de su matrimonio atendiendo al Derecho español, mientras que si la pareja está formada por musulmanes, pero de distinta nacionalidad, por ejemplo argelina y marroquí, podrán elegir la ley española, como ley del lugar de su residencia habitual, o alguna ley perteneciente a sus respectivas nacionalidades para regular sus relaciones matrimoniales y, en defecto de elección actuaría también como reguladora la ley española como ley de la residencia habitual de los contrayentes inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio¹³³.

Ante esta rigidez legislativa, la cual no es privativa únicamente del Ordenamiento español y, dado sus inconvenientes en las relaciones multiculturales, han sido fundamentalmente dos las soluciones que la doctrina internacional privatista ha aportado:

- a) La aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual para regular las relaciones personales del extranjero.** Esta solución no resulta una novedad en el Derecho internacional privado comparado, ya que en un principio fue propuesta por J.P. NIBOYET¹³⁴. Los partidarios de esta teoría mantienen que con la aplicación de estas leyes se logra la integración en el país de acogida del emigrante que tiene la intención de asentarse de una manera estable en el mismo¹³⁵; sin embargo, los partidarios de la aplicación de la ley nacional mantienen que con la misma se logra el respeto a la identidad cultural, lo cual no se consigue con la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley domiciliar¹³⁶.
- b) La elección por las partes de la ley aplicable: La autonomía de la voluntad.** Esta solución es propuesta por J.Y. CARLIER, el cual estima que en materia de regulación del estatuto personal se ha de otorgar a los interesados una facultad de opción entre la elección de su ley nacional o la de su residencia

[132]

En relación con las dificultades con las que se encuentran los extranjeros inmigrantes para adquirir la nacionalidad de los diversos países a los que emigran. Vid. DE WINTER, L.I. "Domicile or nationality. The present state of affairs". *Recueil des Cours*, 1969, p.p. 347-504.

[133]

Vid. la crítica al artículo 9.2 realizada por ZABALO ESCUDERO, E. "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural"...ob. cit. p.p. 22 a 24.

[134]

NIBOYET, J.P. *Traité de Droit international privé français*. t. V. París 1948, p.p. 243-246.

[135]

DEPREZ, J. "Droit international privé et conflicts de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel". *Recueil des Cours*. t. 211, 1988/IV, p.p. 200-216.

[136]

La Resolución del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de El Cairo en el año 1987, se orienta también en esta dirección, al recomendar a los Estados que ofrezcan "... a los esposos, en materia de efectos personales del matrimonio, de divorcio y de separación de hecho, una opción entre la ley nacional y la ley del domicilio, cuando tengan una nacionalidad común y un domicilio común en los casos en los que el Estado nacional sea diferente de aquel donde se sitúa el domicilio". *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1987, sesión de El Cairo, Vol. 62-II, p.p. 156 y ss.

habitual o domiciliar¹³⁷. La elección por las partes de la ley aplicable supondría la posibilidad de que las mismas optaran por la aplicación, bien de la ley de su Estado de origen, o bien por la ley del Estado de acogida, facilitando la integración en el Estado en el que habitualmente viven; sin embargo, los inconvenientes a la adopción de esta solución son puestos de manifiesto por P. LAGARDE, desde el momento en que el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual quebraría si se tratara de una pareja de marroquíes que habitualmente viven en Bélgica y eligen como aplicable a su contrato matrimonial la ley marroquí, como ley nacional común. En este caso, la ley elegida podría ser rechazada como contraria al orden público belga¹³⁸.

Esta solución, a mi juicio, podría ser más aparente que real cuando se trata de extranjeros que poseen la misma nacionalidad de un Estado islámico, ya que, al ser el matrimonio un contrato celebrado por el futuro esposo y el tutor de la novia, difícilmente las partes masculinas van a decaer en su facultad de aplicar la ley nacional común islámica, en favor de una ley occidental que, en la mayoría de los aspectos se opone a su concepción del matrimonio y del papel de la mujer en el mismo. No sería lógico que las partes contratantes masculinas renunciaran a una ley más favorable para ellas, aunque ésta sea la voluntad de la mujer, ya que, podrían alegar en contra de la elección que, de acuerdo con el Derecho musulmán también se pueden establecer cláusulas en el contrato matrimonial que la beneficien, de modo que la mujer podría quedar satisfecha con la negociación, ignorando a veces las ventajas que le podría deparar la ley de la residencia habitual o del domicilio; es decir, la autonomía de la voluntad, en ciertos aspectos, supone un peligro cuando las dos partes en presencia, hombre y mujer, no están en igualdad de condiciones.

A pesar de todos estos inconvenientes, consideramos que la autonomía de la voluntad es la solución más adecuada y posee una gran utilidad para regular el estatuto general de los casados¹³⁹, ya se trate de matrimonios mixtos, en especial, cuando la pareja está formada por un musulmán y una no musulmana, ya se trate de matrimonios en los que los cónyuges ostenten la misma nacionalidad perteneciente a un Estado de carácter confesional musulmán.

En el primer supuesto; es decir, cuando el matrimonio es mixto y la mujer tiene la nacionalidad española y no profesa la religión islámica nos encontramos con que ésta ha sido educada, ha nacido y se ha desarrollado en el seno de una cultura igualitaria, en una sociedad en la que los derechos de la mujer están garantizados jurídicamente en igualdad con los del hombre. Para el hombre musulmán no supone ninguna restricción ni limitación en sus derechos el contraer matrimonio desde el punto de vista de su cultura, mientras que para la mujer si, sea ésta musulmana o no. Por este motivo la mujer no musulmana que desee contraer matrimonio con un musulmán debe proceder, antes de contraer matrimonio a dejar bien atados, mediante el contrato matrimonial, todos los extremos del futuro matrimonio. Aunque en nuestra sociedad el matrimonio no tenga reconocido de un modo expreso un carácter contractual, la celebración del contrato de matrimonio no se opondrá a la ley¹⁴⁰, en tanto en cuanto, la mujer se limitará a consignar en el mismo los preceptos de la legislación civil que regulan los aspectos del matrimonio y que propugnan la igualdad jurídica del hombre y la mujer al contraer matrimonio, durante el matrimonio y en la diso-

[137]

CARLIER, J.Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruselas 1992, especialmente, p.p. 254 y ss. En igual sentido, GANNAGE, P. "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le Droit international privé de la famille". *Revue critique de droit international privé*, 1992, p.p. 429-432.

[138]

LAGARDE, P. "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation. l'expérience française". En *Nouveaux itinéraires en droit*. Homenaje a F. Rigaux. Bruselas, 1993, p. 276.

[139]

Sobre este tema, vid. el completo e interesante trabajo realizado por CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Matrimonio y elección de ley estudio de Derecho internacional privado*. Granada 2.000. Esp. p.p. 40-120.

[140]

El artículo 45 del Código civil señala que el consentimiento matrimonial no puede estar sometido a condición o término, ya que sería nulo.

lución del mismo, cuyo límite se establece en el artículo 1.255 del Código civil, de manera que el contrato matrimonial no podrá contener cláusulas que vayan contra la ley, la moral o el orden público estableciendo, por otra parte, las cláusulas económicas que estimara pertinentes, ya que a tenor del artículo 9.3 del Código civil, en este aspecto si rige la autonomía de la voluntad.

Para este supuesto y, dado que la legislación española de Derecho internacional privado no puede prever todos los casos que podrán acontecer en la realidad, S. ALDEEB ABU-SAHLEH, propone un modelo de contrato que ha de ser otorgado por los cónyuges antes de la celebración del matrimonio en el que se detalla de una forma pormenorizada cuestiones tales como, la libertad religiosa de los esposos, la fidelidad y la monogamia, la guarda y custodia de los hijos, los efectos económicos, la disolución de matrimonio por divorcio, la sucesión, los casos en que se podrá modificar el contrato, etc.¹⁴¹.

En el segundo caso, es decir cuando ambos cónyuges poseen la nacionalidad de un mismo Estado musulmán, ya he señalado anteriormente mis temores en dejar en manos de las partes la elección de la ley aplicable a sus relaciones matrimoniales, ya que la mujer en estos Estados se encuentra subordinada de por vida a un hombre, de modo que su libertad puede estar mermada en el momento de la firma del contrato matrimonial. No obstante, en estos supuestos, la tarea de fiscalización corresponderá al juez español que conozca de un futuro litigio, el cual ha de comprobar y controlar que el pacto matrimonial se ha celebrado sin coacción alguna hacia la mujer y que el acuerdo de la elección de la ley aplicable se ha realizado sin merma de la voluntad de ninguno de los intervinientes. Sólo así la mujer podrá ver salvaguardados sus derechos, ya que en la cultura musulmana, debido al papel de inferioridad que la mujer posee frente al hombre, la autonomía de la voluntad se puede volver en su contra.

3. La formalización del contrato matrimonial

En la formalización del contrato de matrimonio islámico intervienen necesariamente dos figuras sin cuya presencia no puede decirse que el matrimonio no sea válido, pero sí que se modifica la propia esencia del mismo, en cuanto al pacto entre las partes¹⁴². Así, el Código Argelino establece en su artículo 33 que "El matrimonio contraído sin la presencia del tutor matrimonial, los dos testigos o sin dote, puede ser declarado nulo antes de la consumación, y no hay derecho a la dote. Después de la consumación puede revalidarse estableciéndose una dote de paridad, cuando sólo uno de sus elementos está viciado. Se declarará nulo si el vicio afecta a varios de sus elementos". Vamos a pasar seguidamente a analizar las figuras intervinientes.

3.1. La figura del tutor matrimonial o *wali*

La celebración del contrato matrimonial en el Derecho musulmán¹⁴³ se realiza entre el futuro marido y el tutor de la futura esposa (*wali*), si bien, la mayoría de las legislaciones islámicas establecen como requisito imprescindible que la mujer ha de otorgar su consentimiento. Desde el punto de vista de estos ordenamientos jurídicos la presencia del *wali* supone una garantía para la mujer, en

[141]

ALDEEB ABU-SAHLEH, S.A. "Mariages entre partenaires suisses et musulmans. Conaître et prévenir les conflits". *Revue et rémagée*, mai 1998, 3^a Ed. Institut Suisse de Droit comparé. p.p. 35 a 37.

[142]

El artículo 5.2 del Código del Estatuto Personal marroquí establece que: "La validez del contrato matrimonial está subordinada a la presencia simultánea de dos testigos que den fe del intercambio del consentimiento entre el futuro esposo, o su representante, y el tutor de la mujer"; . Asimismo, el artículo 9 del Código de familia de Argelia indica que: "El matrimonio se contrae mediante el consentimiento de los contrayentes, la presencia del tutor matrimonial y de dos testigos, y la constitución de una dote"; sin embargo, en el Código del Estatuto Personal de Túnez no se contempla la figura del tutor matrimonial, únicamente se establecen como requisitos el consentimiento de ambos esposos, la presencia de dos testigos honorables y la fijación de una dote (artículo 3).

[143]

Sobre este tema, Vid, por todos PRUVOST, L. *Le contrat de mariage*. Centre de recherche et d'information documentaire en sciences sociales et humaines. Université d'Oran. Collection Études et documents. Serie Droit, num. 13, 1.988, p.p. 5 y ss.

tanto en cuanto ésta puede ver modificada o limitada su capacidad de obrar por el hecho de contraer matrimonio, de modo que necesita de una persona masculina que vele por sus intereses, ya que, por el hecho del matrimonio la mujer queda limitada en su capacidad de obrar¹⁴⁴. De este modo, la figura del *wali* obedece a la concepción que los sistemas islámicos tienen acerca de la mujer y de su posición de inferioridad frente a la sociedad masculina. Así, se supone que la mujer no va a ser capaz de negociar por sí misma las circunstancias que más le van a beneficiar en su matrimonio, que no sabe discernir lo más ventajoso, incluso, *sensu contrario*, se podría llegar a temer que fuera tan exigente en la negociación de las cláusulas matrimoniales que con su aptitud dificultara en extremo la celebración del matrimonio, de donde las expectativas de su familia quedarían frustradas. Por estas causas necesita de otra persona que la proteja y la tutele. No puede renunciar a esta tutela, ya que supone un derecho de la mujer. La figura del *wali* es necesaria para que se celebre el contrato matrimonial. La negociación se realiza entre hombres, son ellos los que llegan a un acuerdo, la mujer únicamente tiene que otorgar su consentimiento a algo que ya está pactado y en lo que no ha tenido la oportunidad de intervenir, aunque formalmente parezca lo contrario, aún cuando se esté decidiendo en relación con algo tan importante como es su vida futura.

La figura del *wali* es siempre masculina. Los diversos códigos musulmanes, establecen un orden de preferencia, en relación con los hombres de la familia de la mujer que van a desempeñar este cargo. Así, el Código del Estatuto Personal de Marruecos, establece en su artículo 11 el orden de preferencia del siguiente modo: el hijo, el padre o tutor testamentario nombrado por él, el hermano, el sobrino, el abuelo paterno... y así sucesivamente y si no hay parientes masculinos, el tutor será el juez. El precepto concluye indicando taxativamente que "el tutor debe ser varón, sano de mente y púber".

Únicamente la mujer puede contraer matrimonio por sí misma cuando es mayor de edad y huérfana de padre (artículo 12.4 del Código marroquí).

3.2. La presencia de los testigos

La presencia de dos testigos constituye también un requisito esencial para la constitución del matrimonio; sin embargo, a diferencia de la actuación del *wali* que es activa, la misión de los testigos es de carácter pasivo, ya que su función radica en dar testimonio, tanto del intercambio del consentimiento, como de los pactos estipulados por las partes. De esta forma se da publicidad a un acto eminentemente privado.

En relación con los requisitos que han de concurrir en las personas de los testigos fundamentalmente se exige que sean de religión musulmana, si bien la *Sharia* estipula la necesidad de que éstos sean varones, añadiéndose además que los mismos sean mayores de edad, libres de condición y actitud y que no sean sordos¹⁴⁵.

Hemos de señalar que el Derecho islámico no exige que el matrimonio se celebre ante ninguna autoridad religiosa. No obstante la tendencia actual es la presencia de la misma (Imán, Cadí, etc.) en el acto nupcial. De esta forma, en el Acuerdo suscrito por la Comisión Islámica de España y el Estado español en 1992 se exige que

[144]

Así, la Constitución Egipcia, en su artículo 11 señala que: "El Estado asegura a la mujer los medios para conciliar sus deberes hacia la familia con su trabajo en la sociedad, y su igualdad con el hombre en el marco político, social, cultural y económico, sin perjuicio de las disposiciones del Derecho musulmán". A tenor de este precepto, un hombre pregunta ante la Comisión egipcia de Fatwa si podía impedir a su mujer que continuara trabajando. La Comisión le contestó que "la mujer no puede sin el consentimiento del marido dejar el domicilio conyugal para ir a trabajar, incluso si ese trabajo es necesario para el prójimo, como el de médica o comadrona. La mujer debe obedecer a su marido, dejar su trabajo y permanecer en la casa. Los deberes conyugales son bilaterales: la mujer debe quedarse en la casa y el marido debe desvivirse por ella. La Comisión cita un verso del Corán relativo a la autoridad del hombre sobre la mujer y que establece el derecho del hombre de golpear a su mujer en caso de desobediencia". Vid. ALDEEB ABU-SAHLIE, S.A. "La Suisse face à l'inegalité entre homme et femme en Droit musulman". *Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de Droit comparé*. Publications de l'Institut suisse de droit comparé, num. 34 p.p. 38 y 39 (La traducción es mía).

[145]

Vid. ACUÑA, S. y DOMINGUEZ, R. "El estatuto del musulmán en el orden matrimonial según el Derecho islámico". En *el matrimonio islámico y su eficacia...* ob. cit. p.41.

"los contrayentes expresen su consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos dos testigos mayores de edad". Así, el Estado español exige la presencia de la autoridad religiosa como requisito de seguridad jurídica, de manera que, aunque ello no sea preceptivo en la celebración del matrimonio islámico, la Comisión Islámica en España ha tenido que aceptar esta condición so pena de que los matrimonios islámicos celebrados en España no gocen de eficacia jurídica y no sean inscribibles en el Registro Civil¹⁴⁶.

4. Circunstancias susceptibles del contrato matrimonial

4.1. Cláusulas negociables con carácter general

En la formación del contrato matrimonial las partes pueden establecer las cláusulas (*shūrut*) que estimen por conveniente, siempre de acuerdo con la ley¹⁴⁷.

Dos instituciones tradicionales en los Derechos islámicos, las cuales suponen una discriminación flagrante para la mujer, como la poligamia o el repudio, pueden ser negociadas en el contrato de matrimonio, estableciendo su modificación o su supresión. Así, en relación con la poligamia, los esposos pueden estipular una cláusula según la cual, el marido no pueda tomar una segunda esposa sin el consentimiento de la primera, llevando aparejado el incumplimiento, la disolución del matrimonio. El Código del Estatuto Personal Marroquí prevé esta posibilidad¹⁴⁸, mientras que otros Códigos, como el Argelino no la prohíben expresamente. Con respecto al repudio, privilegio exclusivo del marido, hemos de cuestionarnos si sería válida una cláusula que estableciera en el contrato de matrimonio la renuncia de este derecho por parte del marido. La respuesta depende de la interpretación que se realice de los artículos de los diversos códigos musulmanes del estatuto personal. Así, en el Derecho marroquí, sobre la base del artículo 44.2 de su Código, la doctrina y la jurisprudencia marroquíes admiten, en todo caso, que por el contrato matrimonial, el marido le otorgue a la esposa la posibilidad de repudiarlo; no obstante, es controvertido determinar si por el hecho de que el marido delegue en su esposa la posibilidad de repudiarlo, él pierde este privilegio. En definitiva, parece que el marido puede renunciar al derecho de repudio, lo mismo parece desprenderse del Derecho Argelino¹⁴⁹. Asimismo, en caso de repudio se puede establecer el pago de una cantidad compensatoria (*marh*). No obstante, estas dos instituciones serán objeto de estudio más detallado en las páginas que siguen.

En el contrato de matrimonio también se negocia la dote o *sadaq*, a la cual tendremos ocasión de referirnos más adelante de forma más detenida, así como otros extremos que también pueden ser objeto del contrato matrimonial, y, por lo tanto, derogar lo señalado en los Códigos islámicos sobre el estatuto personal. Así, en relación con el Código del Estatuto Personal Marroquí, según expone S. KHAMLI-CHI, se pueden negociar las siguientes circunstancias: la restitución de la dote (artículo 21), la poligamia (artículo 31), mantenimiento de la esposa por el marido (*nafaqa*), la cual comprende el derecho a la comida, vivienda, cuidados médicos y vestido (artículo 35.1)¹⁵⁰, obediencia de la mujer al marido (artículo 36.2), disposiciones generales sobre ocupaciones públicas (artículo 38), repudio por vía

[146]

Vid capítulo relativo a la forma de celebración del matrimonio.

[147]

El artículo 11 del Código del Estatuto Personal de Túnez establece: " Puede ser incluida en el contrato de matrimonio toda cláusula o condición relativa a las personas o a los bienes. En caso de la no realización de la condición o de inejecución de la cláusula, el matrimonio puede ser disuelto por divorcio".

El artículo 19 del Código del Estatuto Personal de Argelia, señala: " Los dos cónyuges pueden estipular en el contrato de matrimonio todas las cláusulas que estimen útiles, a menos que sean contrarias a la presente ley".

El artículo 38 del Código del Estatuto Personal de Marruecos estipula que: "En el caso de que el contrato de matrimonio contenga una disposición contraria a la esencia de éste último, esta condición será nula y el matrimonio será válido. El hecho de que se estipule para la mujer, por ejemplo, que ésta se va a ocupar de negocios públicos o políticos, no es contrario a la esencia del matrimonio".

[148]

El artículo 31 del Código del Estatuto Personal marroquí establece que: " La mujer tiene el derecho de demandar a su marido si se compromete en el acto del matrimonio a no tomar una segunda esposa y a reconocer el derecho de solicitar la disolución del matrimonio en el caso en que este compromiso sea violado".

[149]

CARLIER, J-Y, "Les contrats de mariage internationaux: aspects particulier des clauses relatives aux relations personnelles". Obra colectiva, *Relations familiales internacionales*. Dirección, M. Verwilghen y R. de Valkeneer. Bruselas 1993, p. 291.

[150]

En relación con la *nafaqa* se ha discutido su naturaleza jurídica y la posibilidad de su calificación, bien como una obligación de alimentos, o bien como una obligación derivada del régimen de bienes en el matrimonio; sin embargo, hemos de rechazar estas tesis desde el momento en que la *nafaqa* supone una obligación de carácter personal, no susceptible de modificación voluntaria y, por lo tanto, incluida dentro de la categoría general de los efectos del matrimonio. Vid. ZABALO ESCUDERO, E. "Efectos del matrimonio y sociedad...", ob. cit. p.19.

del *tamlik*; o sea, opción mediante condición (artículo 53, 54, 56, 57 y 58) y divorcio judicial (artículo 60)¹⁵¹; es decir, los derechos y deberes de los cónyuges son susceptibles de negociación en el contrato matrimonial, pero siempre teniendo en cuenta las prescripciones establecidas en el Código del Estatuto Personal¹⁵².

4.2. La dote o *sadaq*

En el contrato de matrimonio también se negocia la dote o *sadaq*. Es obligatorio estipularla y consiste en la cantidad de dinero, bienes, y obligaciones que el marido se compromete a entregar a la mujer por el acto del matrimonio¹⁵³. Es un elemento integral y esencial del matrimonio islámico¹⁵⁴, aunque no afecte a su validez¹⁵⁵. La doctrina entiende que una de sus finalidades es la de proteger a la mujer musulmana en el caso de que la abandone el marido¹⁵⁶ por medio del repudio unilateral, ya que, en la disolución del matrimonio por repudio no existe la obligación del marido de seguir manteniendo a la mujer, tampoco existe derecho de alimentos entre las partes y, al no existir en el matrimonio comunidad de bienes, no existe derecho alguno en relación con las propiedades del otro cónyuge. No obstante, también puede tener como misión la de proteger a la mujer para que el hombre no mantenga relaciones sexuales con ella antes de la celebración del matrimonio, so pena de no recibir la cantidad de la dote estipulada al efecto. Así, la mujer comparecerá pura ante el mismo, ya que antes de la consumación del matrimonio el marido le ha de entregar la cantidad de dote pactada al efecto, de manera que, si la mujer mantiene relaciones sexuales con el marido antes del pago de la dote¹⁵⁷, será ella la que corra con el riesgo de no cobrarla¹⁵⁸. Por este

[151] CARLIER, J-Y "Les contrats matrimoniaux...ob. ult. cit. p. 292, nota 25.

[152] Así, el Código marroquí establece en su artículo 34 que los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges son: la filiación de los hijos habidos durante el matrimonio y el parentesco y la cohabitación. La sana convivencia, el respeto mutuo y la guarda de los intereses morales y materiales de la familia. Los derechos de sucesión y los derechos de afinidad. El artículo 35 indica como derechos de la esposa sobre su marido el de la manutención legal, que comprende la comida, el vestido, los cuidados médicos y la vivienda. La igualdad de trato con las demás esposas en caso de poligamia, la autorización para visitar a sus parientes y recibirlos según la costumbre y la total libertad para administrar y disponer de sus bienes. El artículo 36 señala que los derechos del marido sobre su esposa son: el de fidelidad de ésta, el de obediencia, el que amamante a los hijos habidos en el matrimonio según la costumbre, el que vigile la marcha del hogar y su organización y el respeto hacia sus padres y parientes. En igual sentido se pronuncia el Código de familia de Argelia en sus artículos 36 a 39; sin embargo el Código de Túnez, en su artículo 23 es mucho más progresista al indicar que ambos cónyuges han de cooperar en la gestión de los asuntos familiares en buena armonía, así como en la educación y cuidado de los hijos. No obstante, el marido es el cabeza de familia y tiene la obligación de mantenerla, pero si la mujer tiene bienes propios deberá contribuir a los gastos familiares.

[153] El artículo 16 del Código del Estatuto Personal Marroquí establece que: "El *sadaq* consiste en todo

bien donado por el marido implicando por su parte el deseo de contraer matrimonio con una mujer, creando un hogar y viviendo una relación de afecto mutuo".

El artículo 12.1 del Código del Estatuto Personal de Túnez señala que "La dote puede estar constituida por todo bien lícito valorable en dinero".

[154] La doctrina islámica se encuentra dividida en cuanto a la determinación del objeto de la dote. Para unos el pago de la misma significaba en realidad el pago por el cuerpo de la mujer, mientras que para otros constituía una compensación a la misma por el derecho que tiene el esposo a gozar de ella. Recientemente se han argumentado otras razones que gozan de mayor justificación desde la perspectiva de la sociedad occidental, como servir de obstáculo para que el marido ejercite el repudio de forma unilateral o asegurar el mantenimiento de la esposa en caso de repudio. Vid. ACUÑA, S. Y DOMINGUEZ, R. "El estatuto del musulmán en el orden matrimonial..." ob. cit. p.39.

[155] Sobre la naturaleza jurídica de la dote la disyuntiva doctrinal se centra en considerar a la misma, bien como una condición de validez del contrato matrimonial, o bien como un efecto del mismo. Vid. con carácter general LINANT DE BELLEFONDS, Y. *Traité de Droit musulman comparé*. Vol 2, París, La Haya 1965, p.p. 201-203.

[156] El Corán señala en la Sura IV, 23 lo siguiente: "¡Oh creyentes no os está permitido constituíros en herederos de vuestras mujeres contra su gusto, ni impedirles que

se casen (una vez que las habéis repudiado), a fin de arrebatarles una porción de lo que les habéis dado, a menos que no sean culpables de una manifiesta acción infame. Sed buenos en vuestro proceder respecto a ellas. Si entre vuestras mujeres hay alguna hacia la cual sintáis desafecto, os podría ocurrir que sintieseis desafecto por una cosa en la que Dios haya depositado un bien inmenso" y en la Sura IV, 24 indica que "Si deseáis cambiar una mujer por otra y le habéis dado a alguna de ellas cien dineros no le quitéis nada. ¿Desearíais arrancárselos cometiendo una injusticia y una iniquidad evidentes?".

[157] El artículo 21 del Código marroquí señala que. "El esposo no puede exigir de su esposa la consumación del matrimonio hasta haberle entregado la parte convenida de la dote" y el artículo 22 *in fine* indica que cuando el matrimonio ha sido consumado la dote se debe íntegramente en todos los casos. Y el artículo 16 del Código argelino establece que la consumación del matrimonio o la muerte del cónyuge dan a la esposa derecho a la totalidad de la dote.

[158] Así, el artículo 21 *in fine* del Código marroquí establece que: "...si la consumación ha tenido lugar antes del pago, la esposa no podrá reclamar la dote más que a título de simple deuda, y no tiene derecho a la disolución del matrimonio por falta de pago", el artículo 24 es más explícito si cabe señalando que: "En caso de conflicto ente los cónyuges sobre el pago de la parte exigible de la dote, se da crédito a la declaración de la esposa, si la divergencia surge antes de la consumación del matrimonio, y a la declaración del marido en el caso contrario". En esta misma línea se expresa el artículo 17 del Código de Argelia.

motivo, los padres desaconsejan a sus hijas consumir el matrimonio antes de cobrar la dote¹⁵⁹. Las circunstancias en torno a la dote pueden versar tanto sobre la cantidad, calidad y el momento del pago de la misma. Así, como hemos indicado anteriormente, se puede establecer que una vez celebrado el matrimonio, pero antes de la consumación del mismo, se pague una parte de la dote y la otra posteriormente¹⁶⁰. La mujer tendrá la potestad de disponer de ese dinero, el cual no le podrá ser reclamado por el marido¹⁶¹, a no ser que la misma incumpla sus obligaciones o el matrimonio se declare inválido. No obstante lo anterior y, a pesar de las diversas interpretaciones, la naturaleza y el significado de la dote no están excesivamente claras en el derecho islámico, lo cual nos conduce a que nos cuestionemos sobre su posible adaptación en el Derecho occidental y sobretudo la calificación de la que esta institución puede ser objeto en nuestro derecho¹⁶².

En principio podemos afirmar que la dote constituye un derecho de la mujer. En este sentido podríamos preguntarnos si el establecimiento de esta cláusula se admitirá en el Ordenamiento español cuando el matrimonio se produce entre un extranjero musulmán y una española no musulmana, o entre extranjeros musulmanes, en tanto en cuanto aunque en el ámbito jurídico español esta institución existió, si bien con otras connotaciones, actualmente no tiene cabida, muy al contrario, la dote es considerada hoy en día por parte de la doctrina perteneciente a nuestro entorno como una institución que tiene su razón de ser en un sistema matrimonial que no contempla la igualdad entre el hombre y la mujer, de donde se deduce que la misma no debería ser admitida en el Derecho occidental al ser contraria a la dignidad e igualdad de la mujer y, por lo tanto, rechazable por su oposición al orden público.

Al respecto, en nuestro Ordenamiento Jurídico todavía no se ha planteado esta situación; sin embargo, la misma si ha sido examinada por otros ordenamientos de nuestro entorno. Así, el Derecho internacional privado francés ha resuelto esta cuestión mediante la teoría de la adaptación, entendiendo que la dote queda validada considerándola como la ejecución de un contrato patrimonial. Esta solución conlleva a la aplicación del Derecho francés y a la exclusión del Derecho musulmán¹⁶³. Asimismo, la jurisprudencia francesa ha calificado también a la dote entendiendo que es una estipulación sobre el régimen de los bienes, de manera que los cónyuges establecen el sistema de separación de bienes con la cláusula de dote¹⁶⁴. Esta resolución ha sido acertadamente criticada por E. ZABALO ESCUDERO, la cual entiende que esa calificación no es posible, en tanto en cuanto, la dote no encuentra su base en la voluntad de los esposos, sino que la necesidad de fijar la dote viene impuesta por la ley, de manera que es nulo cualquier pacto que dispense al marido del pago de la dote. Para realizar la equivalencia de instituciones, comparando una institución extranjera desconocida en el Derecho occidental con un pacto matrimonial, lo más adecuado sería recurrir a los efectos que producen cada una de estas instituciones matrimoniales, aunque, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, esta calificación influya directamente en el derecho aplicable y suponga una fragmentación en la regulación de los efectos del matrimonio musulmán, al separar la dote de los efectos personales y calificarla como régimen patrimonial, derecho de alimentos o derecho de viudedad. De esta forma podemos observar como esta división no resulta acorde con la unidad y el carácter personal de los efectos que existe en el matrimonio musulmán¹⁶⁵. No obstante lo ante-

[159]

MOULAY R'CHID, A. *La femme et la loi au Maroc*. Casablanca 1991, p. 58.

[160]

No obstante, el marido no podrá obligar a la mujer a que consume el matrimonio si antes no le ha pagado parte de la dote. El artículo 13 del Código del Estatuto Personal de Túnez, señala que "El marido no puede, si no ha entregado la dote, obligar a la mujer a consumir el matrimonio" y el artículo 21 del Código del Estatuto Personal Marroquí señala que. " El esposo no puede exigir de su esposa la consumación del matrimonio antes de entregarle la parte convenida de la dote".

[161]

El artículo 18 del Código de Marruecos indica que la dote es propiedad exclusiva de la mujer; la tiene a su libre disposición y el esposo no puede exigirle, muebles, ropas o enseres como contrapartida a la dote convenida. En el mismo sentido se expresan el artículo 14 del Código de Argelia y el artículo 12 del Código de Túnez.

[162]

Sobre este particular vid. DIAGO DIAGO, M.P. "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du Droit international privé espagnol" en *Annales de droit de Louvain*, num. 2001-4, p.p. 23 y ss.

[163]

RUDE-ANTOINE, E. *La mariage maghrébin en France*. París 1990, p.p. 141-144.

[164]

Sentencia de la Cour de Cassation de 2 de diciembre de 1997. *Revue Critique de Droit international privé*, 1998, num. 4, p.p. 632 y ss.

[165]

ZABALO ESCUDERO, E. "Efectos del matrimonio...", ob. cit. p.p. 17 y 18.

rior, en el Derecho alemán la dote ha sido calificada como un pacto sobre el régimen de bienes del matrimonio, pero si la dote no ha sido pagada y la obligación de hacerlo surge en el momento de la disolución del matrimonio, entonces se considerará como una obligación de alimentos emanada del divorcio, o bien se puede calificar como un contrato de indemnización y no se requiere para estos casos las exigencias formales señaladas para los pactos matrimoniales¹⁶⁶.

En el Derecho estadounidense¹⁶⁷ la figura de la dote ha sido equiparada, con la finalidad de otorgarle o no reconocimiento, con el contrato prenupcial que es aquel por el que las partes instituyen ciertos derechos y obligaciones durante el matrimonio y en el momento de la disolución del mismo por fallecimiento o divorcio; sin embargo, en este mismo Ordenamiento Jurídico la equivalencia entre estas dos instituciones ha sido a menudo puesta en duda, no habiendo sido admitida en todos los casos por los tribunales estadounidenses. Así, no fue admitida como tal figura en los casos *Ahmad Shaban v. Sheriff Shaban* ni en el *Liaqat A. Chaudhary v. Rubina Ali*, ya que en los mismos no se establecía una estipulación justa para la mujer. En otras ocasiones, los casos que han llegado a los tribunales de Estados Unidos se han centrado en determinar si la dote islámica es contraria o no al orden público estatal. Un caso que merece especial atención, desde mi punto de vista, es el *Awatef Dajani v. Nabil A. Dajani*, el cual se trata de un matrimonio celebrado por poderes en Jordania, residiendo el marido en Estados Unidos, realizando posteriormente, una vez que la mujer llega a este país, una ceremonia civil en Orange County. En 1985 la mujer solicita el divorcio ante los Tribunales estadounidense planteándose el problema relativo a la dote, ya que las partes disientan en cuanto a su eficacia desde el punto de vista del Derecho islámico. Así, la mujer alegaba que tenía derecho a la dote aún habiendo sido ella la que había iniciado el proceso de divorcio; sin embargo el marido consideraba que la mujer había perdido el derecho a la dote al haber sido ella la que había solicitado el divorcio. El tribunal parte de la base de que la ley aplicable es la jordana o ley islámica, fallando en primera instancia a favor del marido, confirmándose la resolución en apelación, al entender el Tribunal que si se hubiera tenido en cuenta la opinión de la mujer, el contrato islámico no hubiera sido aplicable por ser contrario al orden público de California.

La actitud del Tribunal americano me parece criticable desde todo punto, ya que esta cuestión no se puede zanjar de una manera tan genérica acudiendo a la excepción de orden público, sino que hubiera sido más conveniente analizar cada una de las instituciones y la función que cumplen dentro del sistema matrimonial de que se trate para aceptar o no su conformidad con el orden público del foro. Así, la dote es un derecho de la mujer y una de sus finalidades es protegerla en el caso de divorcio, en tanto en cuanto y, como consecuencia del mismo, la mujer no tiene derecho a participar de los bienes del marido, no existe fijación de la pensión de alimentos, ni derecho de vivienda, etc. Si ello es así, aceptar que la mujer pierde el derecho a la dote por la sola razón de que ha sido ella la que ha iniciado el proceso de divorcio, es privarla de un derecho fundamental, al condenarla de por vida a permanecer unida al marido con el que ya no quiere estar, so pena de que sea el esposo el que solicite del divorcio, de manera que eso sí que supone un argumento que se opone de plano al orden público, ya que contraviene el derecho a la igualdad jurídica de los cónyuges. Distinto hubiera sido que el Tribunal no aceptase la aplicación del Derecho jordano en su totalidad, no admi-

[166]

Sentencia de 28 de enero de 1987 del Tribunal Superior Federal alemán. *IPRax*, 1988/2, p.p. 109 y ss.

[167]

En el comentario de las orientaciones seguidas por este Ordenamiento Jurídico vamos a seguir el trabajo de COMBALÍA, Z. "Reconocimiento de la dote islámica en occidente: un estudio de la jurisprudencia estadounidense". *Revista AequAlitas*, num. 10-11 de 2002, p.p. 41 a 50.

tiendo el pacto sobre la dote, pero si posibilitando que sea la mujer la que ejercite la acción de divorcio, pero fijando como consecuencia del mismo los derechos que le corresponden desde el punto de vista del Derecho occidental, o bien sustituyendo los derechos anteriormente mencionados por el derecho a la dote.

Como hemos señalado anteriormente en nuestro Ordenamiento no existe pronunciamiento alguno por parte de nuestros tribunales en relación con la dote. No obstante, esta institución podría tener cabida en nuestro sistema si analizamos la dote de forma distinta atendiendo al momento en que el pago de la misma ha sido satisfecho. Así, según A. MOTILLA¹⁶⁸, si la dote es entregada en el momento de la celebración del matrimonio, la esposa es propietaria de pleno derecho de los bienes y dispone de ellos de manera privativa, de manera que su patrimonio se ve modificado como consecuencia del matrimonio. En este caso, la dote podría ser asimilada a un pacto sobre el régimen de los bienes del matrimonio, el cual requiere unas exigencias formales o a una donación con ocasión del matrimonio. Sin embargo, si la dote es diferida al momento en que el matrimonio se disuelva por divorcio o fallecimiento, su función se asemeja en el primer caso a una indemnización u obligación de alimentos y, en el segundo a un derecho de viudedad. A mi juicio se trataría, en definitiva, de analizar la función que la institución cumple en el derecho extranjero y buscar su institución equivalente en el derecho del foro, pero sin llegar a desvirtuarla en sus fines y, sobretodo sin que se produzca una fragmentación de la regulación del conjunto de las relaciones jurídicas en las que la institución de que se trate esté inmersa. Bien es cierto, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, que la estipulación de la dote no depende de la voluntad de los contrayentes, sino que supone una obligación impuesta por la ley, de donde se podría deducir que constituye un efecto del matrimonio y que, a tenor de nuestro sistema de Derecho internacional privado la norma que regularía esta institución es la señalada en el artículo 9.2 del Código civil. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la voluntad de los contrayentes si confluye a la hora de determinar en qué bienes u obligaciones va a consistir la dote, cuando se hará entrega de la misma, si se efectuará en uno o en varios pagos, etc, en tanto en cuanto el Derecho islámico deja plena libertad para establecer estos extremos¹⁶⁹, podríamos considerar que la dote constituye un pacto sobre los bienes del matrimonio y, por lo tanto su regulación se efectuaría por el artículo 9.3 del Código civil. De este modo se conseguiría la admisión de la dote y sus funciones como medio de protección de la mujer en un matrimonio en el que las partes no están en una situación de igualdad, contando además con la ventaja de que la resolución de divorcio adoptada por nuestros tribunales en estos casos sería reconocida en el país de origen de las partes, lo cual no sería viable en relación con una resolución de divorcio en la que se acordara la pensión de alimentos, el derecho a la vivienda, etc.

5. El consentimiento matrimonial

5.1. Caracteres del consentimiento matrimonial

El artículo 44 del Código civil, en desarrollo del artículo 32 de la Constitución, señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. A continuación, el artículo 45 expresa taxativa-

[168]

MOTILLA, A. "Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica", En ob. col. *El matrimonio islámico y su eficacia...*ob. cit. p. 166.

[169]

Bien es cierto que el artículo 5. 3 del Código de Marruecos señala que es obligatorio fijar la dote que el esposo otorga a la esposa y que cualquier acuerdo en cuanto a la supresión de la dote está prohibido, pero también es verdad que el artículo 17 indica que puede ser objeto de dote todo aquello que puede ser legalmente objeto de una obligación y que no existe dote máxima ni mínima.

mente que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”. Así pues, el consentimiento que exige el Código civil para contraer matrimonio es un consentimiento especial, no es un consentimiento equiparable al que se presta en cualquier otro negocio jurídico, ya que el mismo está calificado como “matrimonial”. Así lo señala la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2 de octubre de 1991¹⁷⁰ al indicar que: “La utilización de este adjetivo “matrimonial” sirve para acentuar el carácter singular de este consentimiento que han de prestar los cónyuges, que no es ya el simple consentimiento necesario para un contrato cualquiera, sino el recíproco en que cada contrayente ha tenido en cuenta el sexo distinto –biológico– del otro, destinados a complementarse en la institución querida por el legislador”. Podemos afirmar, por lo tanto que, en el Ordenamiento español el matrimonio se considera como un negocio jurídico de Derecho de familia para el que se requiere el concurso de voluntades de los contrayentes, la cual se ha de manifestar de forma solemne ante la autoridad competente.

5.2. Ley aplicable al consentimiento matrimonial

A tenor del art. 9.1 del Código civil español, la capacidad, el consentimiento y la dispensa de impedimentos para contraer matrimonio se rigen por la ley nacional de la persona. Esta norma, en un principio, no plantea ningún problema en su aplicación cuando se trata de sistemas jurídicos que tienen una ordenación legal de la familia similar, basada en la unión voluntaria entre el hombre y la mujer, como sucede en los Estados de corte occidental; sin embargo, la situación se complica cuando acudimos a un Derecho de base religiosa, como es el musulmán, en donde se permite el matrimonio pactado ya desde la niñez, en donde los presupuestos relativos al consentimiento y libertad para contraerlo son bien distintos, en donde se acepta la poligamia, en donde la unión puede ser disuelta unilateralmente por el varón, mediante el repudio o *talaq*, con o sin compensación económica etc. Todas estas circunstancias concurren en la institución del matrimonio porque, como ya hemos señalado anteriormente, en el Derecho islámico éste se concibe como un contrato legal por el cual un hombre y una mujer se unen para llevar una vida común y duradera.

Aunque la celebración del contrato matrimonial se realiza entre el futuro marido y el tutor de la futura esposa (*wali*), la mayoría de las legislaciones islámicas disponen como requisito imprescindible que la mujer ha de otorgar su consentimiento¹⁷¹. A mi juicio, algunas veces este condicionante queda en entredicho cuando las propias legislaciones establecen la posibilidad de matrimonios como si ésta fuera la única oportunidad de la mujer. Así, el artículo 13 del Código de Marruecos establece, bien es cierto que como garantía para la mujer que necesariamente ha de delegar en un *wali* para que concluya el matrimonio en su nombre, que si éste se opone abusivamente al matrimonio de la mujer que está bajo su tutela será el juez el que ordenará casarla, pero con un hombre de condición apropiada para ella, mediante la dote de paridad. De esta forma y, teniendo en cuenta que la soltería constituye un estado civil anómalo y poco querido para la mujer en la sociedad islámica, se garantiza que el matrimonio de la mujer no quede frustrado por exceso de celo en la negociación del contrato matrimonial por parte del *wali*. No obstante, esta garantía se puede volver contra la mujer desde el momento en que puede verse abocada al matrimonio como último recurso y después de que el tutor matrimonial no haya conseguido para ella el contrato matrimonial mas adecuado.

[170]
RA 8611.

[171]
El artículo 12.1 del Código marroquí establece que el *wali* no puede dar a la mujer en matrimonio si no es con un poder de la mujer para tal fin y el número 2 indica que la mujer delega en el *wali* para que éste concluya el matrimonio en su nombre. Antes de la reforma operada en 1993, el número 4 de este precepto señalaba que el *wali* no puede obligar a la joven a casarse, salvo si teme una conducta depravada por parte de la misma.

5.3. La importancia del consentimiento en la celebración del matrimonio: los matrimonios concertados

El consentimiento matrimonial es esencial para la validez del matrimonio, de forma que si el mismo ha sido otorgado por error, fraude, o existen vicios en el mismo éste podrá ser declarado nulo de pleno derecho (artículo 73.1 del Código civil).

Esta circunstancia hemos de enlazarla con la ley rectora del consentimiento matrimonial, cual es la ley nacional del contrayente y las situaciones que a menudo tienen lugar entre las personas que profesan la religión islámica. De esta forma, en los países islámicos suele ser frecuente que la mujer no tenga la posibilidad de elegir a su marido y que el consentimiento matrimonial no sea otorgado libremente por ella misma¹⁷². Afortunadamente esta situación no se da por igual en todos los Estados islámicos y, así, por ejemplo, en Marruecos, el Código del Estatuto Personal de 1957/1958, modificado el 10 de septiembre de 1993, introduce notables mejoras para las mujeres en su calidad de esposas y madres¹⁷³. En relación con la primera cuestión, el artículo 5 del Código revoca todo derecho de coacción matrimonial que el padre pudiera ejercer sobre la hija y exige que firme la esposa en el resumen del acta de matrimonio levantada por los testigos (*adul*), no siendo válido el matrimonio sin el consentimiento y aceptación de la esposa¹⁷⁴. No obstante, quedan reductos de la protección a la que la mujer ha de ser sometida a la hora de contraer matrimonio, dado su grado de inferioridad en relación con el hombre, el cual contrae matrimonio por sí mismo. La mujer, como hemos señalado anteriormente, está asistida por un tutor (*walí*); sin embargo, el *walí* no tiene ningún poder de decisión ni de coacción sobre la mujer, muy al contrario, el *walí* es un derecho inexcusable de la esposa y es una especie de mandatario de la misma. La mujer está obligada a designar un *walí*, el cual la representa a la hora de pactar el contrato de matrimonio y manifiesta al exterior el consentimiento de la esposa, la cual ha de darle poderes para casarla, ya que en caso contrario; es decir, si existe coacción por parte del *walí*, el matrimonio no es válido. En la práctica esta costumbre del matrimonio concertado no ha desaparecido totalmente, incluso nos la podemos encontrar en nuestro propio país en relación con las adolescentes musulmanas, las cuales pertenecen a una segunda generación de inmigrantes y han vivido toda su vida en nuestro Estado, el cual se caracteriza por su laicidad.

De todos es sabido la existencia de matrimonios concertados en distintos países del mundo, situación contra la que se han dirigido diversas acciones internacionales¹⁷⁵; sin embargo, esta práctica se está trasladando hacia los países europeos a través de la población migrante que recibe, dándose el caso de que, fundamentalmente las niñas, ya que el supuesto de los niños es bastante menos frecuente, que han nacido en Europa, hijas o nietas de inmigrantes, y que han tenido la posibilidad de conocer otro sistema de vida, amistades, educación, costumbres, etc., además de su propia cultura y tradición, son objeto de acuerdo entre sus familiares para contraer matrimonio, bien sea con un hombre que reside en el país de acogida o en el país de origen, de manera que todas sus expectativas como personas y como mujeres se ven frustradas en cumplimiento de una tradición que no comparten y a la que, en definitiva, se oponen. La práctica suele ser la siguiente: el padre de la joven acuerda el matrimonio, bien

[172]

Las condiciones varían de un Estado a otro. Así, en Egipto, la cuestión no está regulada, pero el Código de Quadri Pacha dice que el tutor puede imponer el matrimonio a sus hijos menores, sean hombre o mujer, aún cuando ésta no sea virgen; sin embargo, esta imposición no rige para los mayores. En Libia, el tutor no puede obligar ni prohibir a una persona casarse. En Kuwait, el matrimonio se concluye por la oferta del tutor de la mujer y del marido. Es necesario el acuerdo de voluntades del tutor y de la mujer virgen menor de veinticinco años. En Siria, una de las competencias del tutor es la de dar su acuerdo para el matrimonio, pero la doctrina parece admitir su derecho a forzar al menor y a la mujer virgen al matrimonio. El proyecto de la liga Árabe indica que el matrimonio se concluye por el consentimiento de los dos cónyuges. Nada se dice acerca del papel del tutor, a excepción del artículo 11 que somete a su autorización el matrimonio del menor de quince años. En caso de oposición, decidirá el juez. Vid. *Familles-Islam-Europe. Le Droit confronté au changement*. Dir. M.C. Flobets. París 1996, p.p. 166-167.

[173]

Sobre las modificaciones del Código del Estatuto Personal de Marruecos, en relación con el consentimiento matrimonial, Vid. MERNISSI, S. "El estatuto de la mujer en Marruecos". *En el Islam jurídico y Europa*. Ob. cit. p.p. 106-107.

[174]

El artículo 5 establece que: "*Le mariage n'est parfait que par le consentement et l'acceptation de la future épouse, ainsi que par sa signature au sommaire de l'acte de mariage dressé par les deux oudouls. Sous réserves des autres dispositions des articles 12 et 13 ci-après, en aucun cas le walí ne dispose du pouvoir de contrainte (djabr)*".

[175]

Sobre la protección en el ámbito nacional e internacional del *ius nubendi*, vid. *supra*.

con el futuro esposo, o bien con el padre del mismo y, con ocasión de la vuelta al país de origen durante las vacaciones veraniegas, visitas familiares, ciertos eventos, etc. la mujer musulmana se encuentra con que todo está preparado para la celebración del matrimonio sin que ella haya tenido conocimiento previo. La negativa de la misma a contraer nupcias y, por lo tanto, a otorgar su consentimiento, puede suponer la ruptura con su vida anterior en tanto en cuanto el padre la puede amenazar con impedirle volver a España a finalizar sus estudios antes de la celebración del matrimonio¹⁷⁶.

La amenaza que se cierne sobre la menor, al ser rechazada por su familia y su comunidad, son reales. La presión que las adolescentes padecen para que accedan a contraer el matrimonio que sus mayores han concertado es tal que el desconcierto, la impotencia y la soledad son terribles. Supone una ruptura con la vida anterior, en tanto en cuanto, aunque sus familiares adultos se han ocupado muy mucho de que la menor en el país de acogida no pierda sus raíces culturales y religiosas, la misma ha podido comprobar por su propia experiencia que existe otro modo de vida en el Estado de acogida que la ha visto crecer.

No hemos de perder de vista, por otra parte, que los hombres, al igual que las mujeres, en algunas ocasiones, también son obligados por sus familiares a contraer matrimonio; sin embargo la situación de los varones resulta mucho menos gravosa que la de las mujeres, toda vez que los mismos cuentan con mayores privilegios dentro de esta institución. Así, entre otras, ostentan la posibilidad de tomar otras mujeres como esposas, o con la de repudiar a su primera mujer con la que fue obligado a casarse. Por estos motivos hacemos un especial hincapié en el estudio de los problemas que conlleva para la mujer el que su matrimonio sea concertado por su familia, sin perder de vista el menoscabo que supone en el goce de los derechos fundamentales del hombre, esta práctica.

El fundamento de los matrimonios concertados radica en que, si en muchos países de Asia y de Africa tener una hija ya es una carga para los padres, mucho más lo es cuando la hija se tiene en un país en el que las condiciones para la salvaguarda de la cultura y la tradición son adversas, ya que los padres han de velar constantemente por la virginidad y la inocencia de su hija, porque no se convierta en una persona que acate las costumbres del país de acogida rechazando las tradiciones milenarias de su cultura y religión. Es este temor lo que induce a los padres a deshacerse de las hijas a través del matrimonio concertado y cuanto más jóvenes sean mejor. Ahora la misión de velar por su honradez recae en su marido, ellos han cumplido con su obligación de entregar una joven sin tacha en matrimonio.

Los matrimonios concertados han sido denunciados por algunas jóvenes que han sido víctimas de esta práctica y han podido zafarse de ella. Así, Narina Anwar, una pakistaní de veintiun años que residía en Londres con su familia y que hasta los once años no conoció Pakistán, fue obligada por sus padres a viajar a su país donde le aguardaba una boda concertada con su primo Babar, el cual era analfabeto y cinco años mayor que ella. Afortunadamente y, después de sufrir amenazas y encierros, pudo librarse de ese matrimonio pidiendo ayuda al consulado británico, el cual la repatrió al Reino Unido¹⁷⁷. En España esta práctica

[176] D'HONDT-VAN OPDENBOSCH, P. "Le statut personnel des musulmans en Belgique". En *Le statut personnel des musulmans*. Ob. cit. p. 9.

[177] Vid. el caso de esta pakistaní en el Diario *El Mundo* de 12 de enero de 2003.

tampoco nos es extraña y en Barcelona, Jawaher, una niña pakistani de trece años fue casada no hace poco con su primo de veinticinco años; sin embargo, en nuestro país en relación con las niñas marroquíes que viven en nuestro territorio la situación es diferente, ya que estas niñas encuentran en la población de acogida a personas abiertas en las que pueden encontrar complicidad y ayuda. Así, en Córdoba, mi ciudad, se conoció el caso de una adolescente marroquí de catorce años que iba a viajar a su país porque su familia la iba a casar con un primo de veinte años por la cantidad de setecientos veinte euros. Esta niña, casualmente contó su situación a una persona autóctona la cual acudió a las autoridades cordobesas. También en Almería, otra niña de quince años se refugió en un centro de menores manifestando que sus padres la querían casar en Marruecos con un hombre¹⁷⁸.

5.4. Consecuencias de la falta de consentimiento matrimonial y momento en el que se puede apreciar la inexistencia del mismo

Como ya hemos señalado anteriormente la ley aplicable al consentimiento para contraer matrimonio es la ley nacional de la persona (artículo 9.1 del Código civil), de manera que, desde el punto de vista de las leyes nacionales de ciudadanos pertenecientes a Estados que permiten los matrimonios concertados, el enlace matrimonial sería totalmente válido. Si el matrimonio islámico se celebra en el país de origen, es muy difícil detectar la falta de consentimiento, ya que el mismo, por lo general, se manifestará ante autoridad extranjera, a la cual no le son ajenos estos tipos de matrimonios. También será difícil determinar la falta de consentimiento en el caso en que el matrimonio islámico se celebre en España, ante autoridad islámica y no se inscriba en el Registro Civil. Esta posibilidad se puede dar a tenor del Acuerdo de España con la Comisión Islámica de 10 de noviembre de 1992¹⁷⁹, ya que la celebración del matrimonio por el rito musulmán se consagra de forma distinta a la celebración por los ritos hebreo o evangélico, de manera que en estos últimos, el certificado de capacidad se ha de obtener antes de la celebración del matrimonio¹⁸⁰; sin embargo, a tenor del artículo 7 del Acuerdo del Estado Español con la Confederación Islámica Española, el certificado de capacidad se puede obtener en el momento de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, quedando pues al arbitrio de las partes el momento de la obtención de este certificado¹⁸¹.

La razón de ser de esta regulación radica en la presión que las Federaciones Islámicas Españolas realizaron sobre el legislativo español para que reconociera efectos civiles a la poligamia, institución permitida por el Derecho islámico, pero prohibida por el Ordenamiento español. Aceptar que los contrayentes musulmanes solicitaran el certificado de capacidad matrimonial después de celebrado el matrimonio si es que querían que éste tuviera acceso al Registro español, equivalía a admitir de manera implícita la poligamia, y, ello porque un hombre musulmán podrá celebrar en España de manera legal hasta cuatro matrimonios religiosos por el rito musulmán inscribiendo en el Registro Civil español solamente el primero, ya que mientras subsista éste no podrá inscribir los demás. Esta solución se pensó que en un principio podía ser salomónica, ya que se respetaba la institución de la poligamia del Derecho musulmán y a la vez quedaban a salvo los preceptos del Ordenamiento español.

[178]

En los últimos dos años las autoridades británicas han ayudado a repatriar a más de setenta y cinco personas que habían sido trasladadas por sus familiares a otros países para allí casarlas a la fuerza. En octubre del año 2000 el Ministerio de Asuntos Exteriores Británico creó una unidad consagrada específicamente a ayudar a las víctimas o potenciales víctimas de los matrimonios forzados. Desde entonces más de 440 casos han pasado por esta unidad; sin embargo los mismos son una pequeña proporción de las situaciones que se dan en la realidad. Vid. Diario *El Mundo*, cit.

[179]

Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Comisión Islámica de España, aprobado por la Ley 26/1992 de 10 de noviembre (BOE de 12 de noviembre de 1992).

[180]

Acuerdo de Cooperación entre el Estado Español y la Federación de Entidades Evangélicas de España aprobado por la Ley 24/1992 de 10 de noviembre (BOE de 12 de noviembre de 1992) y Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Comunidades Israelitas de España, aprobado por Ley 25/1992 de 10 de noviembre de 1992, (BOE de 12 de noviembre de 1992). Estos acuerdos establecen respectivamente en sus artículos 7.2 y 3 que las personas que deseen contraer matrimonio en la forma judía o evangélica, promoverán expediente previo al matrimonio ante el encargado del Registro Civil correspondiente. Cumplido este trámite, dicha Autoridad expedirá, por duplicado, certificación acreditativa de la capacidad de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro del culto encargado de la celebración del matrimonio.

[181]

El artículo 7.1 de este Acuerdo señala que: "Se atribuyen efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código civil". El num 2 señala que las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma anteriormente indicada, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente. Y el num 3 establece que **una vez celebrado el matrimonio**, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiere celebrado éste, enviará al Registro Civil para su inscripción, certificado acreditativo de la celebración del matrimonio en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

Sin embargo, la realidad nos demuestra que la situación es bien distinta, ya que, si tenemos en cuenta el nivel social y cultural de un alto porcentaje de las mujeres musulmanas inmigrantes en España y que, en numerosas ocasiones los matrimonios de éstas son pactados por sus familias sin tener en cuenta su voluntad, podremos deducir fácilmente que la posibilidad ofrecida por el Acuerdo con la Comisión Islámica puede prestarse a fraude desde el momento en que la mujer, a tenor de su religión y de su ley nacional, está segura de la validez de su matrimonio, aunque sea el tercero del hombre y, sin embargo, el mismo no existe desde el punto de vista del Ordenamiento español, de manera que, en caso de querer ejercitar y reclamar en nuestro Estado sus derechos como esposa, la mujer musulmana se va a encontrar con que su matrimonio no posee cobertura legal en España porque el mismo no goza de efectos civiles¹⁸².

No obstante lo anterior, si el matrimonio se celebra en España en la forma religiosa islámica, y el certificado de capacidad se solicita por los contrayentes antes de la celebración del matrimonio porque no existe impedimento de *ligamen*, ya que es el primer matrimonio del hombre, el juez encargado del Registro Civil, ha de determinar a la hora de instruir el expediente previo a la celebración, si en realidad existe consentimiento por ambas partes y, en caso contrario, no autorizar dicho matrimonio¹⁸³.

Como podemos comprobar, la falta de consentimiento se puede apreciar por el foro únicamente cuando el matrimonio se celebra en territorio español y se insta su inscripción en el Registro Civil, o bien, cuando ante nuestros tribunales se insta la nulidad del mismo por vicio en el consentimiento, ya que, la declaración de nulidad requiere una resolución judicial previa¹⁸⁴.

[182]

Esta situación ha sido puesta de manifiesto por MARTINEZ-TORRON, J. "La igualdad de sexos en el sistema acordado de relaciones entre Estado español y confesiones religiosas". Revista *AequAlitas*, num. 10-11, 2002, p.p. 66 y 67. Habida cuenta de la misma, la Comisión Asesora de Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia, se está planteando la necesidad de modificar, entre otras cuestiones, el artículo 7 del Acuerdo con las Federaciones islámicas.

[183]

La existencia del consentimiento matrimonial ha sido una nota constante en nuestro Ordenamiento, sobre todo a partir de la detección de numerosos fraudes a la ley por cuanto que en diversos matrimonios celebrados entre españoles y extranjeros no ha existido verdadera intención de contraer matrimonio, sino de utilizar esta institución como medio para gozar de situaciones más beneficiosas a la hora de adquirir la nacionalidad española o de la aplicación de la normativa de extranjería. Ello ha motivado que en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 se exija a los encargados de los Registros civiles que se aseguren que verdaderamente existe voluntad de las partes a la hora de contraer matrimonio. (B.O.E. de 25 de enero de 1995). Vid. comentario por DOMÍNGUEZ LOZANO, P. en la *Revista Española de Derecho internacional*, 1995, p.p. 317-318. SANJULIÁN PUIG, V. "Inmigración y derecho de familia. Estudio de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995". *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, num. 1814, p.p. 151-

172. El momento idóneo en el que se puede indagar la existencia o no del consentimiento matrimonial ha sido establecido por algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado "... si el matrimonio se celebra en España, dentro del expediente previo, en el trámite de la audiencia reservada y por separado, de cada contrayente (artículo 246 del Reglamento del Registro Civil), mientras que ese momento, si se trata de matrimonios celebrados en el extranjero en la forma local, ha de centrarse "en las declaraciones complementarias oportunas", que junto con la "certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración" integran el título inscribible por aplicación del artículo 256 del Reglamento del Registro Civil". Resoluciones de 18 de octubre de 1996 (RA 1997/3566), de 23 de octubre de 1996 (RA 1997/4484 y 4485), 5 de diciembre de 1996 (RA 1997/7373) y 11 de diciembre de 1996 (RA 1997/7377).

No obstante, hemos de tener en cuenta que estas normas y estos pronunciamientos se refieren a los matrimonios denominados de "complacencia" o "matrimonios blancos", en los que ambas partes o, al menos una de ellas, tiene la voluntad de defraudar a la ley española, pero no se dirigen a evitar los matrimonios concertados, en donde los contrayentes han sido obligados por sus familias a contraer matrimonio sin contar con su opinión o voluntad. Sin embargo, nada impide que el encargado del Registro Civil, si las partes han solicitado la inscripción de su matrimonio en el Registro, cuando vaya a proceder a la misma, aprecie si existe o no consentimiento de las partes. Hemos de señalar que, ante la duda de la existencia de un matrimonio de conveniencia, la Dirección

General de los Registros y del Notariado se decanta a favor del *ius connubi*; sin embargo, este Organismo entiende que existe fraude en las siguientes resoluciones: 17-diciembre-1993, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1999, p. 1194, 27-julio-1993, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1685, p. 4225, 22-febrero-00, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1868, p. 1632. 15-septiembre-1999 y 16-septiembre-1999, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1859, p. 4066 y 4069. 9-febrero-00, 17-febrero-00 y 4-febrero-00, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1867, p.p. 1500, 1524 y 1484. 22-marzo-00 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1869, p. 1893, 1-abril-00 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1870, p. 2005, 7-abril-00, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1871, p. 2108 y 2110, 25-marzo-00, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1873, p. 2554, 2559 y 2564. Sobre los matrimonios de conveniencia, Vid. Con carácter general DIAGO DIAGO, M.P. "Matrimonios de conveniencia". *Actualidad Civil*, 1996, num. 14/1, p.p. 329-337. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y GRIEDER MACHADO, H. "El matrimonio de conveniencia". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num. 1879, p.p. 3214-3215.

[184]

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1972, la cual señala que la ineficacia del matrimonio se produce "desde el instante mismo de la celebración", pero se requiere "una declaración judicial que constate, en el orden civil, la nulidad o la inexistencia".

5.5. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles y ley aplicable a la nulidad matrimonial

En el caso en que se inste por alguna de las partes la nulidad matrimonial, nuestros tribunales son competentes para conocer de estas causas, a tenor del artículo 2 del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003¹⁸⁵, cuando ambos cónyuges tengan la residencia habitual en España, o cuando nuestro país haya sido la última residencia habitual de los cónyuges y resida aquí todavía uno de ellos, o resida habitualmente el demandado en nuestro territorio, o, en el caso en que la demanda se interponga de forma conjunta, España sea el lugar de residencia habitual de uno de los cónyuges, o el demandante ha residido en España seis meses inmediatamente anteriores a la interposición de la demanda y es español, o si nuestro país ha sido el lugar de residencia habitual del demandante si ha residido aquí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda y cuando uno de los cónyuges o ambos tienen la nacionalidad española¹⁸⁶.

Todas estas situaciones previstas por la normativa de la Unión Europea podrán tener lugar cuando uno de los cónyuges musulmanes o los dos, no españoles, tienen su residencia habitual en España o cuando uno de ellos o los dos han adquirido la nacionalidad española, exigiéndose un periodo mínimo de tiempo de residencia en nuestro país para que se pueda apreciar este requisito.

No obstante y, una vez que hemos determinado la competencia judicial internacional de nuestros tribunales en materia de nulidad matrimonial, hemos de determinar la ley aplicable al fondo de la misma. En nuestro Ordenamiento Jurídico se recoge por primera vez la ley aplicable a la nulidad matrimonial¹⁸⁷ como consecuencia de la reforma operada en el Código civil por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros¹⁸⁸, estableciendo el artículo 107.1 que “La nulidad del matrimonio y sus efectos de determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración”. A mi juicio esta regulación resulta algo equívoca y hubiera sido mejor que el precepto hubiera recogido las reivindicaciones realizadas por la doctrina, de manera que la norma debería de haber señalado que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán por la ley que no se observó en el momento de su celebración¹⁸⁹, o bien la enmienda presentada al anterior proyecto del artículo 107, que señalaba que “la ley aplicable a la validez del matrimonio, determina también su eventual nulidad y los efectos de ésta”, lo cual hubiera conducido a menos equívocos que la redacción dada al precepto. No obstante, entendemos que, a pesar de la defectuosa redacción, la nulidad del matrimonio se rige por la ley que regula los requisitos exigidos para la validez del mismo. Así, si la nulidad se plantea como consecuencia de la infracción de los requisitos de forma, se tendrá que acudir a la ley que resulta de aplicación según lo establecido en los artículos 49 y 50 del Código civil, si, por el contrario, la alegación se basa sobre la base de inexistencia de capacidad, consentimiento o no dispensa de impedimentos se tendrá que acudir a la ley aplicable según el artículo 9.1 del Código civil; es decir, la ley nacional del contrayente. De esta forma la ley aplicable a la nulidad matrimonial se hubiera determinado de una forma más precisa y no hubiera dado lugar a diferentes interpretaciones como estoy convencida que se producirán en un futuro no muy lejano, no sólo por parte de la doctrina, sino

[185]

Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. DOCE L 338 de 23 de diciembre de 2003.

[186]

Para las demandas de nulidad matrimonial interpuestas antes del 1 de agosto de 2004, es de aplicación el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

[187]

La doctrina reclamó en numerosas ocasiones el establecimiento de la ley aplicable a la nulidad matrimonial, ya que el legislador no se había pronunciado en ninguna de las reformas que se habían llevado a cabo en el ámbito del Derecho de familia desde la promulgación de la Constitución. En la tramitación parlamentaria de la Ley 30/1981 se introdujo una enmienda, para evitar esta carencia, por el Grupo parlamentario comunista, la cual señalaba que: “La ley aplicable a la validez del matrimonio según los artículos precedentes, determina también su nulidad y los efectos de ésta”; sin embargo, esta enmienda, incomprensiblemente no fue aceptada. Por este motivo, para determinar la ley aplicable a la nulidad matrimonial, se tuvo que acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales. Así, en el caso de matrimonios mixtos, la jurisprudencia española no es en absoluto significativa, ya que, en todos los casos ha aplicado la ley española como ley aplicable al fondo. Esta solución es recogida por ESPLUGUES MOTA, C. *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*. Valencia 2003, p.p. 90-94.

[188]

BOE num. 234 de 30 de septiembre de 2003.

[189]

Esta ha sido la solución adoptada por la doctrina mayoritaria. Vid. GONZALEZ CAMPOS, J.D. “Derecho de familia. El matrimonio”. En *Derecho internacional privado*. Parte especial Vol II Oviedo 1989, 2ª Ed. Reimpresión, p.p. 154-160. ABARCA JUNCO, P. “Separación matrimonial y disolución del matrimonio”. En *Derecho internacional privado*. Vol II. Dir. E. Pérez Vera, UNED. Madrid 2001, p.p. 116-117. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Crisis matrimoniales”. *Derecho internacional privado*. Vol. II, Granada 2003, p. 159. ESPINAR VICENTE, J.M. “Normas de Derecho internacional privado”. En *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid 1984, p. 756. ESPLUGUES MOTA, C. “El divorcio internacional” (jurisdicción...), ob.cit. p.p. 89-90.

también por nuestros tribunales a la hora de aplicar la ley reguladora de la nulidad matrimonial. La regulación legal propuesta por la doctrina resulta mucho más explícita y esclarecedora, ya que estimamos que el término omnicompreensivo de “la ley aplicable a su celebración” puede inducir a equívocos.

Precisamente es aquí donde surge el conflicto, ya que, la ley nacional de la contrayente musulmana admite como válido el consentimiento otorgado por la mujer una vez que los hombres han negociado el contrato matrimonial; por lo tanto, consideramos que a la mujer musulmana le va a ser bastante difícil obtener de nuestros tribunales la nulidad de su matrimonio.

Supuesto distinto sería si la contrayente musulmana, una vez que ha adquirido la nacionalidad española por residencia, o, si reside habitualmente en España, interpone demanda de nulidad por falta o vicio en el consentimiento. En este caso podría aceptarse esa causa de nulidad teniendo en cuenta el principio de actualidad del orden público, el cual actuaría aplicando al consentimiento la ley nacional que tiene la cónyuge en el momento de la interposición de la demanda; es decir, la ley española, y no la antigua ley nacional bajo la cual contrajo matrimonio en su día. O también, en el caso de que la demandante no ostente la nacionalidad española, sino que simplemente resida en nuestro territorio de manera habitual, los tribunales españoles podrán declarar la nulidad del matrimonio considerando que la ley aplicable al fondo de la nulidad matrimonial, la ley nacional de la contrayente, se opone al orden público español, de manera que, en aplicación de la excepción de orden público internacional (artículo 12.3 del Código Civil) los tribunales españoles aplicarán la ley española, como ley del foro, al consentimiento matrimonial y, al haber sido otorgado el consentimiento de manera no voluntaria, podrán decretar la nulidad matrimonial. De esta forma, la ley española podría desplazar a la ley nacional y los tribunales españoles podrían conceder la nulidad matrimonial por vicio o falta de consentimiento.

Al ser de aplicación la ley española al fondo de la nulidad matrimonial, dicha ley regirá también las posibilidades reconocidas para la subsanación de la inexistencia del consentimiento matrimonial, los aspectos relativos a la legitimación para instar la nulidad y los plazos y condiciones para su ejercicio, así como la intervención del Ministerio Fiscal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula su Estatuto Orgánico. Asimismo, queda también a salvo la institución del “matrimonio putativo”¹⁹⁰, por medio de la cual ese matrimonio nulo puede producir ciertos efectos civiles como si de un matrimonio válido se tratara, la cual se reconoce en el artículo 79.1 del Código civil¹⁹¹.

A la luz de la situación estudiada y de las consecuencias que la misma lleva aparejadas, nuevamente nos volvemos a cuestionar acerca de la idoneidad de la ley nacional como ley rectora, en este caso, del consentimiento matrimonial.

6. Impedimentos para contraer matrimonio

Los impedimentos para contraer matrimonio se encuentran recogidos en nuestro Derecho en los artículos 45 y 46 del Código civil. Estos impedimentos hacen referencia a la edad, *ligamen* anterior, parentesco o muerte dolosa del cónyuge. En

[190]

Esta institución se admite, con mayor o menor extensión, en los sistemas europeos, por mor del principio de buena fe, y en los islámicos en relación únicamente con la filiación; sin embargo es desconocida para los ordenamientos anglosajones, los cuales, no obstante, reconocen determinados efectos civiles al matrimonio declarado nulo.

[191]

Este precepto señala que: “La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume”.

las legislaciones musulmanas, junto a estos impedimentos, podemos encontrar otros que se apartan de esta línea, como el de disparidad de cultos, o por el contrario, no ser obstáculo para contraer matrimonio, la existencia de un matrimonio previo. En las líneas que siguen procederemos a su examen.

6.1. Impedimento de disparidad de cultos

Según el Derecho Islámico una musulmana no puede contraer matrimonio con un no musulmán, so pena de que el juez musulmán declare ese matrimonio nulo; sin embargo, un musulmán si puede contraer matrimonio con una no musulmana. Este impedimento resulta discriminatorio para la mujer, en tanto en cuanto, la igualdad de cultos debería de imperar tanto para el esposo, como para la esposa.

La base de esta prohibición se encuentra en el Corán, el cual señala que Dios no permitirá a los incrédulos abrazar a los creyentes¹⁹². Por este motivo, el impedimento de disparidad de cultos se manifiesta de diversas formas:

En primer lugar, un musulmán se podrá casar con una mujer no musulmana siempre que ésta sea monoteísta, cristiana o judía, pero no, por ejemplo budista o apóstata (mujer que ha abandonado el Islám). La mujer no musulmana podrá conservar su fe, pero los musulmanes confían en que, una vez contraído matrimonio, la misma se convierta al Islam.

En segundo lugar, si una mujer cristiana se casa con un no musulmán y posteriormente la misma se convierte al Islám, el matrimonio quedará disuelto de hecho, ya que la mujer no puede estar casada con un no musulmán.

En tercer lugar, un no musulmán que desee casarse con una musulmana deberá convertirse al Islám antes de contraer matrimonio, lo cual no supone ningún gravamen para el hombre que se ha educado en el mundo occidental y de hecho ha ocurrido con personajes populares, aunque esta conversión haya sido únicamente de forma aparente.

En cuarto lugar, si una mujer musulmana se casa con un musulmán y, una vez contraído matrimonio éste abandona su fe y se convierte en apóstata, la mujer tendrá derecho a la disolución del matrimonio¹⁹³.

Las consecuencias de este matrimonio celebrado por personas de cultos dispares tendrán incidencias que se manifestarán directamente sobre los hijos, toda vez que éstos siguen la religión del padre, por lo tanto no importa que la madre sea no musulmana, lo importante es que el padre lo sea, de ahí la prohibición para la mujer. Asimismo, la diferencia de religión será un obstáculo para la sucesión de la mujer por el marido y del marido por la mujer¹⁹⁴.

El impedimento de disparidad de cultos se consagra expresamente en algunos Códigos musulmanes: así, por ejemplo, el artículo 29.4 del Código del Estatuto Personal marroquí y el artículo 31 del Código de Argelia, entre otros; sin embargo, la disparidad de cultos no constituye un impedimento matrimonial en nuestro Derecho, dado que, según el artículo 16 de la Constitución, la libertad

[192]

Esta prohibición se encuentra en numerosos pasajes del Libro sagrado. Así en la Sura IV, 143 "Oh creyente no toméis amigos entre los infieles más bien que entre los creyentes. ¿Queréis suministrar a Dios un argumento contra vosotros, un argumento irrefragable?". En el mismo sentido, Sura V, 56, 62, 63, 76, 77 y ss hasta 91.

[193]

ALDEEB ABU-SALHIEH, S.A. "Mariages entre partenaires suisses et musulmans. Connaitre et prévenir les conflicts". Ob. cit. p.p. 11-14.

[194]

SADEK, H. y EL HADDAD, H. "Les règles matérielles de Droit musulmán en matière de statut personnel en Égypte". En *Le statut personnel des musulman*. Ob. cit. p.p. 49 y 50.

religiosa y de culto es un derecho fundamental de la persona. Así pues, en el Ordenamiento Jurídico español el principio que rige la celebración del matrimonio, a tenor del artículo 16 de la Constitución, es el de libertad religiosa; es decir, dada la aconfesionalidad del Estado español, existe un único matrimonio, el matrimonio civil, cuyos requisitos se recogen en el Código civil; sin embargo, nuestro sistema admite que el mismo se pueda llevar a cabo de forma civil o de forma religiosa.

Hasta hace pocos años el matrimonio religioso que nuestra legislación contemplaba era únicamente el matrimonio canónico¹⁹⁵; sin embargo, a partir de los movimientos migratorios que se están produciendo hacia nuestro territorio y el asentamiento en el mismo de una población con creencias religiosas distintas de la católica, se han aumentado las formas religiosas de contraer matrimonio en nuestro país. De esta manera, el matrimonio religioso, que sólo se reconoció en un principio en relación con la Iglesia Católica, a tenor de las Leyes, 24, 25 y 26/1992 de 10 de Noviembre¹⁹⁶, se ha admitido conforme a otras confesiones religiosas, reconociendo efectos civiles a los matrimonios celebrados en España según los ritos musulmán, judío y protestante. No hemos de olvidar que el sistema español de Derecho internacional privado tiene una importante misión armonizadora y de adaptación de las legislaciones en presencia y, sobretudoo de las civilizaciones que cada una de ellas representa.

Para preservar la identidad cultural de los inmigrantes la doctrina europea, como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, ha reclamado un mayor respeto a la ley nacional de los mismos, incluso recurriendo a la *professio religionis* como conexión. Ello se explica desde el momento en que en materia de matrimonio existe una diversidad jurídica a la que se encuentran sometidas las personas: el ordenamiento estatal en el que conviven y el de la confesión religiosa que profesan. En ocasiones estos dos ordenamientos coincidirán, si el Estado es confesional, pero en otros casos, como sucede en los estados laicos, no tienen porqué coincidir, produciéndose un conflicto de civilizaciones cuando los matrimonios sean mixtos; es decir, cuando los cónyuges pertenezcan a distintos Estados, uno de ellos de base laica y el otro de base religiosa. Una de las soluciones que caben para dotar de eficacia a estos matrimonios en un Estado laico, como el español, es la de reconocer la validez de estos matrimonios que se contraigan de forma religiosa¹⁹⁷; sin embargo, si una musulmana extranjera contrae matrimonio con un español que no es musulmán, este matrimonio será válido desde el punto de vista de nuestro Ordenamiento, aunque no lo sea desde la óptica del Ordenamiento islámico. Esta situación de invalidez no se dará en el caso en que un musulmán extranjero contraiga matrimonio con una española no musulmana, ya que este matrimonio será válido, tanto desde el punto de vista del Ordenamiento español, como desde la óptica del Ordenamiento musulmán.

No obstante lo anterior, hemos de tener en cuenta que la posibilidad de que las personas contraigan matrimonio atendiendo a los ritos de las diversas confesiones religiosas no es más que una facultad que nuestro Ordenamiento otorga para facilitar la práctica de los distintos cultos religiosos, favoreciendo así el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de culto, consagrado en el artículo 16 de la Constitución; sin embargo, dado que nuestro Estado es laico, no puede admitir, por su oposición al orden público, un impedimento matrimonial

[195]

En el artículo IV del Concordato de España con la Santa Sede se establecen las siguientes reglas: "1ª) El Estado español reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de la certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

2ª) *Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre el matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.*

3ª) *La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan, y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales". Este precepto ha sido desarrollado por el artículo 80 del Código civil, el cual señala que: "Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Es decir, el Juez civil analizará la resolución del Tribunal eclesiástico y aplicará las mismas reglas que si se tratara de una resolución judicial dictada por un Tribunal extranjero, para que esa resolución de nulidad matrimonial goce de eficacia en el orden civil.*

[196]

BOE, num.272 de 12 de noviembre de 1992, entrando dichos acuerdos en vigor al día siguiente de su publicación.

[197]

El artículo 49.2 del Código civil establece que cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: en la forma religiosa legalmente prevista.

basado en la disparidad de cultos y, más cuando este impedimento es discriminatorio para la mujer, en tanto en cuanto no juega en relación con el hombre. Así lo ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 10 de junio de 1999¹⁹⁸, en la cual resuelve acerca de la posibilidad de que una marroquí musulmana, divorciada en Holanda, contraiga matrimonio en España con un alemán, estando domiciliados los dos en Palma de Mallorca. Consultado el embajador de Marruecos en Madrid, indicó que la súbdita marroquí no podía contraer matrimonio ya que el futuro esposo había de ser necesariamente musulmán o si no lo es, tenía que convertirse a esa religión y, en segundo lugar, la mujer había de acreditar su estado de divorciada o de viuda, lo cual únicamente podría hacerlo presentando el acta original de divorcio en árabe. Ante estas alegaciones la Dirección General de los Registros y del Notariado manifiesta que: *"Aunque la capacidad matrimonial de un extranjero se rija por la ley personal del interesado (art. 9.1 Cc) esta ley no deberá ser aplicada y en su lugar se aplicará la ley española cuando la ley extranjera, aplicable como regla, haya de ser considerada contraria al orden público español (art. 12.3. Cc). No cabe duda de que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de musulmana con un varón no musulmán se opone a una limitación intolerable del ius nubendi de la mujer (art. 32 de la CE), así como una discriminación infundada por razón de religión (art. 14 C.E.) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (art. 16 C.E.). La norma indicada es pues manifiestamente contraria al orden público español, que ha de permitir que los extranjeros, lo mismo que los españoles, contraigan matrimonio civil en España, sin indagación alguna sobre su religión ideología y creencias.*

Por lo demás, en cuanto a la libertad matrimonial de la contrayente marroquí, se ha acreditado que ésta ha obtenido en Holanda el divorcio de su primer matrimonio con un marroquí".

No obstante este pronunciamiento, se puede observar claramente como el Ordenamiento Jurídico español rechaza la aplicación de la ley nacional de la contrayente musulmana al ser discriminatoria en razón de sexo; sin embargo, el inconveniente radica en que el matrimonio no se considerará válido desde el punto de vista del Estado de origen de la mujer, con la serie de perjuicios que ello puede acarrearle, mientras que si se tratara de un hombre musulmán y una mujer no musulmana el matrimonio sí tendría validez, tanto en el Estado de origen, como en el de acogida. De este modo podemos comprobar la eficacia limitada del sistema de Derecho internacional privado, aunque desafortunadamente no cabe otra solución que extender el halo protector de la excepción de orden público internacional a nuestro territorio y, fuera del mismo, a nuestros nacionales.

6.2. Impedimento de edad

La edad para contraer matrimonio varía de unos países musulmanes a otros. Así, en Marruecos, la edad para el hombre es de dieciocho años cumplidos y para la mujer de quince (artículo 8.1 y 2), en Argelia es de veintiuno para el hombre y dieciocho para la mujer (artículo 7), y en Túnez de veinte para el hombre y de diecisiete para la mujer. No obstante este límite de edad mínimo, el mismo puede ser objeto de reducción; es decir, de dispensa por parte del juez en interés de las partes; sin embargo, en algunos países musulmanes, esta dispensa constituye la regla y no la excepción¹⁹⁹, de modo que se siguen practicando

[198]

Boletín de información del Ministerio de Justicia, num. 1857, p. 246.

[199]

En nuestro derecho la edad para contraer matrimonio está fijada a los dieciocho años, a no ser que los futuros cónyuges estén emancipados, pudiendo ser objeto de dispensa, por el Juez de primera instancia, este límite de edad hasta los catorce años (artículo 46, en relación con el 48 del Código civil). Así esta dispensa se ha otorgado posibilitando la celebración del matrimonio a personas con catorce años en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de enero de 1985 (RJ 1986/6833) y de 7 de abril de 1995 (RJ 1995/3516).

acuerdos matrimoniales ya desde la niñez, en los cuales, el consentimiento de la mujer y, a veces el del marido, se encuentran sustituidos por los de los adultos que celebran el pacto. Para paliar todas estas situaciones la Comunidad internacional ha acudido a la vía del convenio como medio para compaginar las diferentes culturas y evitar estas prácticas habituales consentidas por los Estados. Así, en el ámbito de Naciones Unidas, mediante el Convenio de 10 de diciembre de 1962²⁰⁰, se han establecido unas reglas mínimas uniformes sobre el consentimiento, edad mínima y registro de matrimonios, cuya normativa tiene por finalidad esencial la de eliminar las prácticas contrarias a la dignidad de la persona, existentes en los países con un fuerte arraigo religioso o patriarcal, relativas a los matrimonios concertados sin que medie el consentimiento de las partes y a la abolición por parte de los Estados de los matrimonios entre niños, debiendo de establecer una edad mínima, la cual puede ser dispensada por la autoridad competente en interés de las partes para contraer matrimonio²⁰¹.

Sobre la base de los principios fundamentales que inspiran la institución del matrimonio en nuestro sistema jurídico, las leyes extranjeras que permitan los matrimonios celebrados entre niños, concertados por sus padres o tutores, o por debajo de la edad de catorce años, podrían ser rechazados como contrarios al orden público español. Lo mismo sucedería con aquellas leyes extranjeras que establecieran una edad distinta para el hombre y la mujer en orden a la capacidad para contraer el matrimonio, ya que se opondrían al derecho a la igualdad entre ambos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en su Resolución de 27 de mayo de 1994²⁰², en relación con un matrimonio celebrado en Marruecos entre un español y una marroquí de quince años, la cual había obtenido autorización paterna, pero que, sin embargo el impedimento de la menor edad no había sido dispensado por el juez competente, como establece nuestro Código civil, indicando la procedencia de la inscripción de dicho matrimonio en el Registro Civil español, toda vez que la norma marroquí, que establece la dispensa del impedimento por parte del progenitor, no es una norma incompatible con el orden público español, ya que nuestro Código, al establecer que el juez puede dispensar a la menor de catorce años para contraer matrimonio, lo que en realidad está afirmando es que a partir de dicha edad, la mujer tiene capacidad natural para contraer matrimonio.

En la Resolución de 14 de abril de 1997²⁰³, la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve acerca de la validez de un matrimonio celebrado por marroquíes en Marruecos pero que posteriormente adquieren la nacionalidad española. Dicho matrimonio se celebró en 1970, año en que la esposa tenía la edad de trece años. El Alto órgano señala que: "...si bien, conforme a la legislación actual sería posible aplicar la excepción de orden público al estar fijado el límite para contraer matrimonio con dispensa a partir de la edad de catorce años, hay que tener en cuenta que en el momento del matrimonio, en 1970, el artículo 83 del Código civil establecía para la mujer el límite de edad para contraer matrimonio a los doce años y la licencia de los padres, si bien era necesaria, nunca invalidaba el enlace (artículos 45 y 50 del Código Civil, redacción de 1958)...". Por este motivo, la Dirección General admite la inscripción del matrimonio, solución que nos parece adecuada, en cuanto a la seguridad jurídica que han de tener las partes en relación con la validez de dicho matrimonio, el cual hacía veintisiete años que se contrajo. Sin embargo, aunque dicha

[200]

Convención relativa al Consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962. Resolución 1763 A (XVII) de 7 de noviembre de 1962 de la Asamblea General de Naciones Unidas. (BOE num. 128 de 29 de mayo de 1969).

[201]

Así, el Convenio señala en su Exposición de Motivos que ya "la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 843 (IX) de 17 de diciembre de 1954, declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Reafirmando que todos los Estados...deben adoptar todas las disposiciones adecuadas con objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, entre otras cosas, asegurando la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los sponsales de los jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo con tal fin las penas que fueren del caso y creando un registro civil o de otra clase para la inscripción de todos los matrimonios". Para ello, el Convenio establece en su artículo 1.1 que: "No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el libre y pleno consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley".

[202]

ADGRN, 1994, p.p. 1464-1467.

[203]

ADGRN, 1997, p.p. 1566-1569.

decisión nos parezca acertada, lo que no nos parece adecuado es su pronunciamiento y, en concreto, la base sobre la que sustenta su resolución, toda vez que, atendiendo al principio de actualidad del orden público, el mismo ha de apreciarse según la norma que rige en el momento en que se va a analizar la validez de la institución, en este caso, en 1997 y no en el año 1970, fecha en la que se contrae el matrimonio. La Dirección General de los Registros y del Notariado debió de señalar en su *dictum* la excepción que realizaba a la aplicación del principio de actualidad del orden público en aras de la seguridad jurídica de los cónyuges. No obstante el pronunciamiento de nuestros órganos acerca de la seguridad jurídica en la posesión de estado, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 2 de abril de 1997 deniega la inscripción de un matrimonio celebrado en 1951 en Nador, entre un español, que entonces era marroquí, nacido en 1931 y una marroquí nacida en 1947; es decir, cuando tenía solo cuatro años. Aunque las partes alegan que existe un error en la fecha de nacimiento de la mujer y que era en 1934 y no en 1947, no se admitió este último certificado. Como podemos observar las autoridades españolas niegan el acceso al Registro civil de este matrimonio celebrado hacía cuarenta y seis años.

7. Impedimento de *liqamem*: la poligamia

Este impedimento consiste en que para poder contraer un segundo matrimonio no puede subsistir un primero, sino que éste ha de estar válidamente disuelto. El fundamento de este impedimento radica en que nuestro sistema matrimonial se basa en la monogamia, de manera que el matrimonio se ha de contraer con un solo hombre y con una sola mujer (artículo 46 num. 2 del Código civil).

En la mayoría de los países islámicos existe una institución conocida como poligamia²⁰⁴, según la cual, un hombre puede contraer matrimonio con hasta cuatro esposas a la vez²⁰⁵; sin embargo, esta posibilidad no se le otorga a la mujer, la cual solo puede tener un marido²⁰⁶. Esta práctica se contrapone, entre otros, al principio de igualdad entre los cónyuges y es una práctica que no se conoce ni se admite ni en nuestro Derecho ni en el ámbito Europeo²⁰⁷.

7.1. Orígen y fundamento de la poligamia según la concepción musulmana

No obstante lo anterior, los partidarios de la poligamia, traducida en la poliginia, manifiestan que ésta no es obligatoria, sino voluntaria y que la misma está sometida a estrictas limitaciones.

El origen de la poligamia se encuentra, según los musulmanes, en el Corán, el cual señala que: "...si teméis no ser equitativos con los huérfanos, casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro. Pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaremos mejor obrar mal" (Corán, surat 4, ayat 3). De este pasaje del Corán se han deducido posteriormente las condiciones legales de la poligamia de manera que el número máximo de esposas no puede superar el de cuatro y con todas ellas el esposo ha de ser igual de justo y equitativo, tanto en lo referente al trato material, como al moral. No obstante, el Corán deja plena libertad para contraer un matrimonio múltiple, en ningún caso obliga al hombre a tomar a más de una esposa.

[204]

El único país musulmán en el que está prohibida la poligamia es Túnez. Así se establece en el artículo 18.1 del Código del Estatuto Personal.

[205]

Los diversos Códigos musulmanes están regulando o restringiendo esta institución. Así, de la facultad ilimitada del marido de tener todas aquellas esposas que pudiera mantener, la poligamia se está limitando a cuatro, estando condicionada la admisión de la misma a la existencia de ciertos requisitos. Así, el Código del Estatuto Personal Marroquí, establece en su artículo 30, modificado por la ley de 1993, que la primera esposa debe ser avisada del deseo de su cónyuge de volverse a casar y la segunda ha de saber que ya se encuentra casado con una primera. No obstante, en la actualidad existen reductos del patriarcado excesivo de los Estados Islámicos. El Código civil iraní establece que el esposo, además de las cuatro esposas regulares que puede tener, puede tomar otras mujeres en calidad de matrimonio temporal, el cual puede durar desde una hora hasta numerosos años. Este matrimonio está prohibido en el Derecho Musulmán Sunita. Vid. ALDEEB ABU-SAHLEH, S.A. "Mariages entre par-tenaïres suisses et musulman...ob. cit. p. 14.

[206]

Las causas que pueden justificar la poligamia son, entre otras, el que la mujer sea estéril y así el marido, al tomar una nueva esposa pueda tener hijos, el que las mujeres son mayoría después de una guerra, el que la mujer caiga enferma y si el hombre no vuelve a casarse no puede satisfacer sus necesidades sexuales, etc. Vid. AL-MIDANI, M.A. "La famille musulmane et la Sharia". En *Le droit de la famille en Europe*. Dirección, R. Ganghofer. Estrasburgo 1992, p.p. 35 y 36.

[207]

GAUDEMONT-TALLION, H. "La famille face au droit communautaire". En *Internasionalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*. LGDT, París 1996, p. 99.

Junto a la defensa de la poligamia, sus partidarios también critican el sistema monógamo que, según ellos, favorece las relaciones sexuales extramatrimoniales, las infidelidades conyugales, la promiscuidad, etc. y en nada favorece a la mujer, la cual se puede ver despojada de todos sus derechos conyugales. Para fundamentar dicha concepción, los musulmanes partidarios argumentan que en la poligamia todas las mujeres gozan de sus derechos como esposas y madres, de forma tal que el respeto a sus derechos se encentra garantizado mediante esta institución.

En otro orden de ideas, los musulmanes entienden que ni en el judaísmo ni en el cristianismo la poligamia ha sido condenada o abolida, muy al contrario, la misma nunca fue prohibida y fue claramente aceptada. No obstante, si bien esta afirmación es claramente discutible, no hemos de perder de vista que para los ordenamientos occidentales la norma religiosa no constituye la norma civil reguladora de las relaciones personales, mientras que para el estatuto de los musulmanes la norma religiosa es la norma civil.

En cuanto a las razones que fundamentan la admisión de la poligamia, si bien desde nuestra óptica son inaceptables, las mismas han de ser puestas en relación con el papel que la mujer cumple en la sociedad musulmana, toda vez que su rol no está en función de su cualidad como persona, sino de su situación como madre y esposa. Así, en el mundo musulmán, según una concepción generalizada, el desarrollo integral de la mujer se realiza a través del matrimonio, el cual le permite consagrar su hegemonía en la sociedad como esposa y, posteriormente como madre, ya que los hijos habidos fuera del matrimonio tienen la consideración de hijos ilegales. De este modo, el derecho islámico considera que el matrimonio es un derecho de la mujer y, precisamente para que la misma pueda ejercitar su derecho la poligamia constituye un mecanismo idóneo.

En el mundo musulmán, los defensores de la poligamia la justifican mediante una serie de argumentos que jamás justificarían tal violación de derechos de la mujer en los ordenamientos occidentales. Tales razones son las siguientes²⁰⁸:

- En primer lugar, según los partidarios de la poligamia, constituye un hecho fácilmente comprobable que nacen más niñas que niños, de manera que en las diferentes sociedades el número de mujeres es superior al de los hombres. Para paliar este desequilibrio la solución idónea radica en la admisión de la poligamia. Así se evita también el infanticidio de las niñas, la prostitución, la promiscuidad fuera del matrimonio, etc. Tales defensores argumentan que este desequilibrio se pone de manifiesto de una forma más patente en tiempos de guerras, donde las muertes de los hombres eran mucho más numerosas que las de las mujeres, señalando como ejemplo que después de la segunda Guerra Mundial en Alemania había 7.300.000 más mujeres que hombres y 3.300.000 mujeres eran viudas, a esto podemos añadir los numerosos conflictos bélicos que existen en nuestros días y la cantidad superior de hombres, frente a la de las mujeres que pierden la vida en los mismos.
- En segundo lugar, el matrimonio musulmán tiene como fin primordial la procreación, de tal forma que, a través de la misma la mujer consolida su estatus en la sociedad. Sin embargo se puede dar la situación de que la mujer sea estéril, de manera que, los partidarios de la poligamia entienden que por esta causa el ma-

[208]

Sobre la fundamentación de la poligamia, Vid. AL-MIDANI, M.A. "La famille musulmane et la Sharia". En *Le droit de la famille en Europe*. Dirección, R. Ganghofer. Estrasburgo 1992, p.p. 35 y 36.

rído no va a renunciar a la prole, posibilitando que tome otra esposa que cubra sus expectativas sucesorias.

- En tercer lugar, puede suceder que la mujer caiga enferma y por este motivo no pueda cumplir con sus deberes conyugales de carácter sexual. Según los defensores de la poligamia, esta institución en tales casos resuelve eficazmente este problema.
- En cuarto lugar, se argumenta desde esta concepción islámica, que el matrimonio, aunque sea polígamo, establece una serie de derechos y obligaciones para los cónyuges, por lo tanto no se contraponen con el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, ya que el sistema islámico responsabiliza al hombre de asegurar el sustento dentro del matrimonio, de otorgar la dote, y responsabiliza a la mujer del cuidado del hogar, de su esposo y de sus hijos.
- Por último, se insiste incluso desde esta concepción musulmana que, teniendo en cuenta que la poligamia permite a la mujer el ejercicio de sus derechos matrimoniales, más que un privilegio del hombre supone una obra buena realizada por el mismo, ya que otorga a la mujer la posibilidad de colmar sus expectativas en la sociedad.

No obstante, pese a la existencia de un sector a favor de la poligamia, ha de tenerse en cuenta que ésta no es obligatoria en el Derecho musulmán y que la incidencia de la misma varía considerablemente de un ámbito social a otro y de unos países en relación con otros. Así, en el Magreb en los ámbitos rurales la poligamia es más escasa, tal vez porque la mujer accede con más frecuencia al ámbito público al trabajar en el campo y, en caso de crisis matrimonial, su regreso a la familia de origen es más factible y también porque el hombre no posee los mismos recursos que en el ámbito urbano, con lo cual no va a poder afrontar el mantenimiento de una segunda esposa. En relación con la práctica de la poligamia en los diferentes países de carácter islámico, la misma se encuentra bastante extendida en Estados como Arabia Saudí, en donde por cada 1.000 varones casados 120 son polígamos, o Sudán donde por cada 1000 hombres casados existen 168 polígamos. En cambio en los países del Magreb la poligamia es más reducida, de manera que, en Argelia existen 18 hombres polígamos por 1000 casados, en Marruecos de 1000 hombres casados 66 son polígamos y en Túnez está prohibida desde 1.956²⁰⁹.

7.2. Reglas a las que está sometida la poligamia en el Derecho islámico

Como hemos señalado anteriormente, la interpretación de los preceptos del Corán es la base sobre la que se sustenta la admisión de la poligamia en el Derecho islámico; sin embargo, el Corán también indica respecto a esta cuestión en la Surat 4, Ayat 129 que “no podéis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis”. Este precepto ha sido utilizado, bien por algunos autores para negar la posibilidad de la existencia de la poligamia al negársele al hombre su capacidad para ser justos con todas sus mujeres por el propio Corán, o bien por algunas legislaciones para limitar los casos en los que se puede contraer un matrimonio polígamo. Este es el caso de Marruecos en donde a través de la reforma operada el 10 de setiembre de 1993 en el Código del Estatuto Personal, se introdujeron

[209]

MANYER I FARRÉ, J. *Quand l'Islam trunca a la porta*. Barcelona 1996, p. 32.

algunas restricciones en relación a la poligamia. Así, el artículo 31 en su párrafo segundo prevé la posibilidad de que a través del contrato matrimonial se pacte el compromiso del futuro esposo a no tomar otra esposa y si el marido infringe esta cláusula que le otorgue a su primera mujer la posibilidad de disolver el matrimonio. No obstante, si este pacto excluyendo la poligamia no se ha efectuado, el párrafo tercero de este mismo precepto otorga a la primera esposa la facultad de acudir al juez para que sea éste el que considere el perjuicio causado por la nueva unión.

En el Derecho marroquí la poligamia está sujeta a dos reglas fundamentales señaladas en el párrafo primero del artículo 30 del Código del Estatuto Personal: en primer lugar, la primera esposa debe de ser informada del deseo de su marido de contraer nuevas nupcias y, en segundo lugar, la nueva contrayente debe saber previamente que su futuro marido ya tiene una esposa²¹⁰. No obstante todo lo señalado en el Código, es el juez el que tiene la última palabra denegando la autorización de poligamia si teme injusticia contra las esposas (artículo 30 párrafo 4).

7.3. La posición del Ordenamiento Jurídico español ante la poligamia

Resulta una práctica muy común en España que parejas de marroquíes que ya han contraído matrimonio coránico en Marruecos, tengan la intención de inscribir ese matrimonio en el Registro Civil español, cuando al menos uno de los contrayentes reside habitualmente en España²¹¹ o ha adquirido la nacionalidad española, o cuando ambos cónyuges han adquirido la nacionalidad española. Este matrimonio será inscribible si es válido conforme a la *lex loci celebrationis*²¹². Ahora bien, cosa distinta es cuando lo que se pretende no es únicamente la inscripción del matrimonio, sino la celebración del propio matrimonio, aunque éste ya se hubiera contraído previamente en Marruecos. En este caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado exige, para no autorizar la celebración de este matrimonio en España, que existan pruebas fehacientes de que el mismo ya ha tenido lugar en Marruecos y, sólo en el caso en que estas pruebas no sean irrefutables, el Alto órgano se pronuncia a favor del *ius connubi*, estimando que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental de la persona y no puede coartarse por el hecho de que exista una "*mera sospecha*" de que las partes ya han contraído matrimonio en Marruecos²¹³, por lo que nada impide autorizar la celebración del matrimonio civil²¹⁴; es decir, los órganos españoles encargados de la inscripción o de la autorización de los matrimonios, se muestran partidarios de la protección del matrimonio, de modo que, ante la duda de la existencia de un matrimonio anterior o de que el mismo se va a contraer en fraude de ley, se inclinan por el respeto del *ius connubii*, o derecho de toda persona a contraer matrimonio²¹⁵, derecho que se consagra de una forma especial en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de marzo de 1974, sobre expediente previo al matrimonio civil²¹⁶, la cual establece en su Preámbulo que: "...en estos supuestos está en juego el derecho a contraer matrimonio, derecho de la persona humana que no puede ser coartado, ni siquiera temporalmente, con impedimentos u obstáculos que no tengan estricta base legal... El temor al delito y la conveniente prudencia para evitar matrimonios ilegales no debe traducirse prácticamente en un exceso de cautelas impropias de la general presunción de buena fe"²¹⁷. De este modo, la

[210]

El artículo 8 del Código de Argelia señala que: "Está permitido contraer matrimonio con más de una esposa, dentro de los límites de la *Sharia*, si hay motivo justificado, si se reúnen las condiciones e intención de equidad, y tras la previa información a la precedente y futura esposa. Ambas pueden emprender una acción judicial contra el cónyuge, en caso de dolo, o pedir el divorcio en caso de falta de consentimiento".

[211]

Este requisito es fundamental para la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, así, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23-agosto-1990 (RJ 1990/7329) y 29-agosto-1992 (RJ 1992/7223).

[212]

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 1997 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1821, p.p. 1162-1165), de 30 de enero de 1997 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1816 de 1 de marzo de 1998, p.p. 538-540). No obstante, la autoridad española ha de comprobar que existen los requisitos legales para la celebración del matrimonio, como así lo ha expresado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 4 de octubre de 1996 (RJA 1997/2140), al señalar que la autoridad ha de llegar al convencimiento de que el matrimonio es válido y legal para el Derecho español, debiendo controlar la inexistencia de impedimentos.

[213]

Vid, entre otras, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 4-mayo-1990 (RJ 1990/6555), 17-mayo-1990 (RJ 1990/5594), 9-junio-1990 (RJ 1990/6661), 21-junio-1990 (RJ 1990/7062), 3-septiembre-1990 (RJ 1990/7338), 14-diciembre-1990 (RJ 1990/10441), 20-agosto-1991 (RJ 1991/6660), 27-septiembre-1991 (RJ 1991/8607), 24-junio-1992 (RJ 1992/5944), 24-septiembre-1992 (RJ 1992/6921), 20-marzo-1993 (RJ 1993/2970) y 12-abril-1996 (RJ 1996/406).

[214]

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16-noviembre-1992 (RJ 1992/10587), 26-febrero-1993 (RJ 1993/2355) y 11-marzo-1995 (RJ 1995/3497).

[215]

Sobre este aspecto, Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. "*Ius nubendi* y orden público matrimonial". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num. 1862, febrero del 2000, p.p. 425-447.

[216]

BOE num. 90 de 15 de abril de 1974.

[217]

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre de 1996, manifestó que: "...ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubi*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa". "Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (art. 74 Cc) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto".

Dirección General de los Registros y del Notariado ante la duda en relación con la existencia de un matrimonio de conveniencia o un matrimonio de los llamados "blancos" supone la buena fe de los contrayentes y, a tenor del *ius connubi*, no estima la existencia de fraude a la ley, autorizando, por lo tanto, la celebración del matrimonio y su posterior inscripción en el Registro Civil²¹⁸.

Como hemos indicado anteriormente nuestro sistema matrimonial se basa en la monogamia, entendiendo que de este modo se consigue el derecho a la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el matrimonio, de manera que la poligamia se contrapone al principio de igualdad entre los cónyuges y es una práctica que no se conoce ni se admite ni en nuestro Derecho ni en el ámbito Europeo²¹⁹. No obstante lo anterior y las críticas que ha suscitado la admisión de la poligamia por parte de los sistemas jurídicos occidentales, algunos autores han afirmado que esta situación no es tan grave ni tan desconocida en nuestros ordenamientos, en tanto en cuanto, si bien es cierto que la misma no tiene lugar como una institución de derecho, en cambio si que tiene cabida como una situación de hecho, al admitir y dotar de efectos jurídicos a los matrimonios de hecho, las uniones posteriores sin que esté disuelto el primer matrimonio, etc²²⁰. De este modo, se ha querido ver en la inadmisión de la poligamia otros intereses por parte del Estado distintos a la preservación del principio de igualdad entre los cónyuges, como son los intereses de carácter económico, ya que si un hombre posee dos o más esposas ello supondría multiplicar la ayuda familiar por mujer e hijos, la desgravación fiscal por cada mujer que se tenga, las indemnizaciones y pensiones, etc²²¹.

Todos estos argumentos que duda cabe que pueden tener su parte de verdad, pero bien es cierto que, aunque en los sistemas occidentales se permitan otras formas de convivencia, llamémosla marital, distinta al matrimonio, no es menos cierto que esa permisibilidad se da en un grado de igualdad²²²; es decir, tanto la mujer como el hombre pueden decidir acerca de su forma de vida y ambos pueden elegir libremente, lo cual no sucede en el Derecho islámico, el cual admite la poligamia en su modalidad de poliginia, pero no la admite en su forma de poliandria. De manera que la discriminación para la mujer es clara y patente y es precisamente esta situación diferencial la que nuestro sistema no tolera por chocar de frente contra sus principios básicos y fundamentales.

La institución de la poligamia ocasiona numerosos conflictos de civilizaciones entre nuestro Derecho y los sistemas de Derecho islámico, ya que a la luz de estos últimos, sería totalmente válido, por ejemplo para un marroquí, desde el punto de vista de su Ordenamiento jurídico casarse nuevamente en España sin la previa disolución del matrimonio anterior, ya sea con una mujer de su misma nacionalidad o religión o con mujer de distinta nacionalidad y religión, mientras que esta posibilidad no sería admisible en nuestro Estado en relación con ningún hombre, ya esa nacional español o no, independientemente de la religión que profese, al existir impedimento de *ligamen*. La situación se agrava si tenemos en cuenta que, a tenor del artículo 7.2 del Acuerdo entre el Estado español y la Confederación Islámica Española, el certificado de capacidad matrimonial puede obtenerse después de haber celebrado el matrimonio de forma religiosa islámica, de manera que, si ese matrimonio no se inscribe en el Registro Civil español, es posible que el hombre esté vinculado a otra mujer mediante matrimonio anterior y la nueva

[218]

La Dirección General de los Registros y del Notariado estima que no existe fraude en los siguientes casos: Resoluciones de 9-octubre-1993, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num 1, p.695, 3-diciembre-1993, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1698, p. 1066, 21-junio-1994, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1719, p. 4775, 1-marzo-1995, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num. 1741, p. 2154, 18-octubre-1996, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1797, p. 1202. 2-noviembre-1999, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num 1859, p. 4244, 13-enero-00 y 24-enero-00, 2-febrero-00 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1866, p. 135, 153 y 167. 4-febrero-00 y 17-febrero-00 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1867, p. 1486 y 1521. 10-marzo-00, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1869, p. 1863, 28-marzo-00, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1870, p. 1988, 10-abril-00 y 14-abril-00, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1871, p. 2115 y 2138. 25-marzo-00 *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1873, p. 2556.

[219]

GAUDEMONT-TALLION, H. "La famille face au droit communautaire". En *Internacionalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*. LGDT, París 1996, p. 99.

[220]

ESPINAR VICENTE, J.M. "Sobre la urgente necesidad de reformar la relación jurídica del matrimonio"...ob. cit. p.484.

[221]

GARCIA RODRIGUEZ, I. *La celebración del matrimonio no católico*. Madrid 1999, p.p. 276 y 277.

[222]

Vid. ANCEL, B. "Le statut de la femme du polygame". En *Le Droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*. París 1993, p. 116.

esposa desconozca este extremo, permaneciendo en la ignorancia y considerando que su unión es válida desde el punto de vista del Ordenamiento español al haber contraído matrimonio en nuestro territorio²²³.

Aunque desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico de carácter islámico el matrimonio polígamo sea conforme a derecho y, según la ley nacional del contrayente que pertenece a estos sistemas éste goce de capacidad para contraer matrimonio sin la previa disolución del anterior, la exclusión de la ley nacional se puede llevar a cabo acudiendo a la excepción de orden público internacional (artículo 12.3 del Código civil), como así lo hace la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 11 de mayo de 1994, en la cual manifiesta que: *"Ha de advertirse que, aunque el contrayente marroquí de acuerdo con su peculiar estatuto personal sea libre para contraer otro nuevo matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (cfr. artículo 12.3 CC), que no puede permitir que una española contraiga matrimonio con un extranjero casado, con lo que atentaría contra la dignidad de la persona y contra la concepción española del matrimonio"*²²⁴. El Alto órgano exige para autorizar la celebración de un segundo matrimonio que se acredite fehacientemente y, por los medios establecidos en nuestro Derecho que el primer matrimonio ha sido disuelto y así, en esta misma Resolución declara que: *"El documento acompañado para justificar este divorcio no es bastante a los efectos de acreditar la disolución del vínculo. En efecto, no consta que el divorcio sea irrevocable y éste no se justifica por testimonio, traducido y legalizado de la decisión judicial de divorcio, sino por una simple declaración de unos testigos, por más que haya sido homologada notarialmente"*²²⁵. En su Resolución de 2 de noviembre de 1999²²⁶ rechaza la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio celebrado en Marruecos entre una española y un marroquí argumentando que: *"...se da la circunstancia del estado de divorciado pero con repudio en forma simple del esposo y con carácter revocable, en el momento de contraer el matrimonio que ahora se pretende inscribir, con lo que para nuestro Derecho este repudio no tiene la consideración de un verdadero divorcio al persistir el ligamen o vínculo; de esta manera, el segundo matrimonio del interesado, válido según su ley personal, resultaría incompatible con nuestro sistema jurídico matrimonial que establece, el de ligamen, como impedimento para contraer matrimonio, sanciona civilmente con la nulidad al contraído en estas circunstancias y persigue penalmente el delito de bigamia. Por todo ello, debe operar en este caso la excepción de orden público del derecho español aplicable en materia de Derecho internacional privado (art. 12.3 del C.c.) y, sobre la base de la misma y, por aplicación de nuestras propias leyes, denegar la práctica de la inscripción pretendida hasta tanto no se acredite en debida forma la total ruptura del vínculo matrimonial anterior del contrayente interesado"*. Como podemos comprobar, a la luz de las resoluciones citadas, el conflicto de civilizaciones surge cuando este matrimonio resulta nulo, según nuestro sistema jurídico, pero válido a tenor del Ordenamiento Jurídico marroquí.

La situación se complica cuando se trata de extranjeros marroquíes que han contraído matrimonio en Marruecos en más de una ocasión, sin que esté disuelto el anterior matrimonio, y posteriormente adquieren la nacionalidad es-

[223]

Esta situación la describe MARTINEZ-TORRON, J. "La igualdad de los sexos en el sistema acordado de relaciones entre el Estado español y confesiones religiosas". Revista *Aequilitas*, num. 10-11 de 2002, p.p. 66-67.

[224]

Resolución de 11-mayo-1994 (RJ 1994/5022), en igual sentido Resolución de 8-marzo-1995 (RJ 1995/2601) y de 14 de mayo de 2001 (RJA 2001/1728).

[225]

En igual sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de abril de 1999, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num. 1857, p. 112, señala que: *"Este extremo fundamental no ha quedado probado, ya que consta la existencia de un matrimonio anterior del varón todavía no disuelto. En efecto, la certificación primeramente acompañada recoge un divorcio -más bien un repudio- pronunciado por primera vez y, por ello revocable, al no concurrir las dos repudaciones posteriores que, conforme al Derecho Musulmán, transforman al acto en irrevocable y provocan la disolución del vínculo... Tampoco es prueba de la disolución del vínculo anterior el certificado consular acompañado con el recurso porque el hecho de que éste acredite que el interesado pueda volver a contraer matrimonio no equivale a justificar la disolución de su primer vínculo, especialmente teniendo en cuenta que un varón marroquí tiene capacidad para contraer matrimonio polígamico"*. Hemos de señalar, no obstante, que la Dirección General de los Registros y del Notariado es muy sensible al respeto del *ius connubi*, como hemos señalado líneas atrás, y lo mismo que exige prueba fehaciente de que el matrimonio está disuelto, también requiere para no autorizar un matrimonio que se pruebe de forma inequívoca la existencia de un vínculo anterior. Así, en su Resolución de 21 de junio de 1994 (RJ 1994/6563), la cual hemos comentado anteriormente, estima que: *"El temor al delito y la conveniente prudencia para evitar matrimonios ilegales no debe traducirse prácticamente en un exceso de cautelas impropias de la buena fe"*.

[226]

Boletín de Información del Ministerio de Justicia, num. 1859, p. 4242.

pañola, siendo necesaria la inscripción de su estado civil en el Registro²²⁷. Como es evidente y, a tenor de nuestra ley, no se puede inscribir un segundo matrimonio si el primero no está disuelto y, aunque su antigua ley nacional admitiera la validez de los dos matrimonios, el conflicto se produce cuando la nueva ley nacional; es decir, la española, no admite nada más que un matrimonio, de modo que el único matrimonio válido, desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico español, es el primero y, por lo tanto, el único inscribible. Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 20 de febrero de 1997 consideró que: "...el interesado, cuando tenía la nacionalidad anterior marroquí y cuando era ya casado, volvió a contraer matrimonio con una marroquí divorciada. Aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya de aplicarse en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional... que no puede admitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer"²²⁸. En este mismo sentido se había expresado anteriormente este mismo órgano en su Resolución de 5 de noviembre de 1996, en relación con un egipcio que en 1990 adquiere la nacionalidad española por residencia, habiendo contraído primeras nupcias con una española en 1988 y segundas nupcias en Egipto con una egipcia en 1989, pretendiendo inscribir este segundo matrimonio en el Registro Civil español cuando adquirió la nacionalidad española. Ante esta solicitud, la Dirección General considera que este segundo matrimonio no es válido a la luz de la legislación española, aunque si lo sea a tenor de la legislación egipcia y, por lo tanto, este segundo matrimonio no se pudo inscribir en el Registro Civil hasta que en 1994 quedó disuelto el primer matrimonio²²⁹. En definitiva, nuestro sistema no reconoce capacidad matrimonial a quien previamente se encuentre ligado por un vínculo matrimonial²³⁰. Así, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de julio de 1996 denegó la inscripción del matrimonio contraído en Marruecos entre una marroquí divorciada y un argelino alegando como causa la no disolución del vínculo matrimonial anterior de ella²³¹; no obstante, el Alto Órgano a pesar de no reconocer el matrimonio si otorga efectos del matrimonio putativo respecto de la hija fruto de dicha unión²³².

De estos pronunciamientos se desprende que la poligamia no se admite en los ordenamientos de base democrática, como lo es el nuestro, porque atenta contra la concepción que los mismos tienen del matrimonio, el cual ha de ser solamente entre un hombre y una mujer y, lo que es más importante, contra la dignidad constitucional de la mujer; es decir, se entiende que si un hombre tiene a la vez dos mujeres, la dignidad de ambas queda en entredicho. A nuestro juicio, se podría admitir si el matrimonio entre varias personas se permitiera en un plano de igualdad; es decir, si, como hemos señalado anteriormente, no estuviera prohibido a las mujeres el tener varios maridos²³³; sin embargo, nuevamente nos encontramos ante un conflicto intercultural, en tanto en cuanto el deber de fidelidad en el matrimonio en nuestro sistema se entiende como fidelidad a un solo hombre y a una sola mujer, pero en otras culturas este deber de fidelidad se produce entre las personas que están ligadas por el vínculo del matrimonio, el cual puede afectar a varias mujeres en relación con un hombre, como así se recoge en los diferentes códigos de los países del Magreb. Además la

[227]

Según el artículo 15 de la Ley del Registro Civil "En el Registro constarán los hechos inscribibles que afecten a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.

En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el derecho español".

Y en el mismo sentido el artículo 66 del Reglamento del Registro Civil señala que: "En el Registro constarán los hechos que afecten a españoles, aunque determinen la pérdida de su condición de tales o hayan acaecido antes de adquirirla. También se inscribirán los que afecten mediatamente a su estado civil".

En relación con el estado civil, el artículo 256 del mismo Reglamento establece que se inscribirán en el Registro, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes: "1º Acta levantada por el Encargado o funcionario competente para autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte.

2º Certificación expedida por la Iglesia o confesión, cuya forma de celebración esté legalmente prevista como suficiente por la Ley española.

3º Certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración.

4º Certificación expedida por funcionario competente, acreditativa del matrimonio celebrado en España por dos extranjeros, cumpliendo la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. El título para practicar la inscripción será en todos estos casos, el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas".

[228]

En el mismo sentido Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de septiembre de 1.999, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num. 1859, p. 4114.

[229]

Resolución de 5 de noviembre de 1996, RJ 1996/5879. En igual sentido, Resolución de 8 de abril de 1999, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num. 1856, p. 135.

[230]

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de noviembre de 1994 (RJA 1995/1333), 11 de noviembre de 1999 (RJA 9914), 2 de septiembre de 1996 (RJA 1997/1713), 3 de junio de 1996 (RJA 4990), 9 de febrero de 2000 (RJA 3099), 14 de mayo de 2001 (RJA 2002/1729), 5 de octubre de 2001 (RJA 2002/36518) y 31 de octubre de 2001 (RJA 2002/47711).

[231]

Esta ha sido causa de denegación de inscripción de otros muchos matrimonios; es decir, la no disolución del vínculo anterior de la mujer, considerando la Dirección General de los Registros y del Notariado que: "De acuerdo con la documentación oficial presentada por la contrayente, ésta es casada, de modo que es obvio que no puede volver a contraer matrimonio, ni por aplicación de su ley personal..." Resolución de 22 de septiembre de 1994 (RJA 1994/10187).

[232]

Resolución de 10 de julio de 1996 (RJA 1996/9703).

[233]

En relación con esta cuestión y las críticas que ha

poligamia es una institución que cuenta con unos requisitos legales para que pueda existir: ha de estar autorizada por el juez, el hombre ha de informar a la primera mujer, si así se ha establecido en el contrato matrimonial previo al matrimonio, que tiene la intención de contraer nuevas nupcias, y la primera mujer consentir en ello, asimismo, la segunda mujer ha de saber fehacientemente que el hombre ya tiene una primera esposa y, por último, el hombre ha de tener la capacidad suficiente para mantener a las dos esposas²³⁴.

Como vemos, es una institución que tiene su regulación legal, pero que, sin embargo, escapa a nuestra concepción del matrimonio y se considera vejatorio para la mujer el desempeñar el papel de "segunda esposa". No obstante, esta situación no es extraña a la cultura islámica ni a las mujeres que han crecido con ella y el verdadero perjuicio y desamparo jurídico para estas mujeres surge, a mi modo de ver, cuando han consolidado una situación de derecho, según un Ordenamiento jurídico islámico y la misma no se les reconoce en otro Estado cuando, o bien, porque el marido, en el uso de sus facultades y, de forma unilateral, adquiere la nacionalidad española o, por extensión, la de cualquier otro Estado que no admita la poligamia, o bien configura en nuestro Estado su residencia habitual, o bien es la segunda esposa la que adquiere la nacionalidad española y se encuentra con que su matrimonio no es válido a la luz del Ordenamiento Jurídico español, mientras que si lo es desde el punto de vista del Ordenamiento marroquí²³⁵.

Una de las funciones del Derecho internacional privado consiste en arbitrar las soluciones y mecanismos para que la vida de los particulares no sufra discontinuidad alguna dependiendo del Ordenamiento Jurídico en el que se encuentren. La poligamia es una institución ajena a nuestro sistema jurídico, entre otras causas, por lo discriminatoria de la misma para con la mujer y porque se aparta considerablemente de nuestro modelo de matrimonio, pero no es menos cierto que una mujer que está convencida de la legalidad de su matrimonio y de los efectos jurídicos que el mismo conlleva (dote, custodia de los hijos menores, derecho a ser mantenida por el marido, etc.), aunque sea la tercera esposa de un hombre, no puede quedar desposeída de esta serie de relaciones por el hecho de que el marido cambie de sistema jurídico y el centro de vida se desplace a otro Estado. El Derecho internacional privado precisamente tiene entre sus funciones la de evitar esta dicotomía, entre los derechos adquiridos y los que le corresponderían en el marco del nuevo Estado. Por este motivo, para solucionar estos conflictos derivados de la sociedad multicultural han sido varias las soluciones que se han adoptado en el marco del Derecho internacional privado comparado:

a) Teoría de los efectos atenuados del orden público. Esta teoría surge fundamentalmente en Francia para solucionar los conflictos multiculturales que se producían como consecuencia de la emigración de los ciudadanos de las colonias a la metrópolis, principalmente desde Argelia. Por medio de esta teoría, no se reconoce la validez de la institución en sí, es decir, el segundo matrimonio, pero si los efectos que se puedan derivar del mismo y que no se opongan al derecho del foro. Así, a través de los efectos atenuados del orden público se han reconocido por los tribunales franceses²³⁶ a la segunda mujer de un matrimonio celebrado en el extranjero una pensión de alimentos, el derecho a la herencia o a una indemnización por razón de daño contra el autor de un accidente que provocó la muerte del marido²³⁷.

supuesto la admisión de la poligamia por los ordenamientos jurídicos, ha habido autores que han planteado que la situación no es tan grave ni tan desconocida en los Derechos occidentales, en tanto en cuanto los mismos admiten el matrimonio de hecho, las uniones posteriores sin que esté disuelto el primer matrimonio, etc; sin embargo la réplica a este argumento radica en que en los Derechos Occidentales estas prácticas se admiten tanto para los hombres, como para las mujeres. Vid. ANCEL, B. "Le statut de la femme du polygame". En *Le Droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*. París 1993, p. 116.

[234]

El artículo 30 del Código del Estatuto Personal marroquí estipula que: "1º) *La première épouse doit être avisée du désir du conjoint de se remarier la seconde de ce qu'il est maritalement uni à une autre femme*". (La primera esposa debe ser informada del deseo de su cónyuge de volverse a casar y la segunda ha de saber que el hombre está unido en matrimonio a una primera mujer) (La traducción es mía).

[235]

Esta situación adquiere una especial importancia en el ámbito de la reagrupación familiar, ya que nuestro sistema únicamente acepta que se reagrupe a una sola esposa, y en el caso de que sea la segunda, el primer matrimonio ha de estar válidamente disuelto a la luz de nuestro sistema jurídico. Vid. *supra*.

[236]

Una exposición de la legislación y la jurisprudencia francesa sobre esta cuestión puede consultarse en ADROER BIOSCA, S. Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español. En AA.VV. *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio* en homenaje al Prof. J.M. Díaz Moreno. Madrid 2000, p.p.889-890.

[237]

LAGARDE, P. "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation". ob. cit. p.p. 266-270.

En el Derecho español, nuestros órganos también han hecho uso de esta solución y así, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1996, citada anteriormente, una vez que se ha rechazado la inscripción del segundo matrimonio, se declara que: *"No es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que este hecho pueda producir para el Ordenamiento español"*. En esta misma línea se sitúa la Resolución de 10 de julio de 1996, en la cual se señala que: *"Es cierto, tal y como resulta de las actuaciones, que la promotora no ha obtenido el divorcio de su primer matrimonio, por lo que, en consecuencia, el impedimento de ligamen le impediría celebrar un nuevo enlace (cfr. artículo 46 del CC). Pero no es menos cierto que el matrimonio posterior celebrado en España, con un argelino, de acuerdo con la confesión religiosa islámica, cumple los requisitos de forma exigidos (cfr. artículos 49, 56 y 60 del CC y 7 de la Ley 27/1992 de 10 de noviembre [CRL 1992/2421]), siendo, por tanto, aparentemente válido. El hecho de que este matrimonio no pueda ser inscrito en el Registro Civil por las razones apuntadas, no ha de impedir, conforme a los artículos 61 y 79 del Código civil, que el matrimonio islámico haya de surtir, al menos, los efectos del matrimonio putativo y por tanto, siempre el carácter de filiación matrimonial del menor, cuya inscripción y mediatamente su filiación se pretende rectificar, al existir una apariencia objetiva de celebración de matrimonio y demás requisitos mínimos que deben exigirse para la existencia del llamado matrimonio putativo"*²³⁸.

Asimismo, la poligamia ha sido reconocida en nuestro sistema a efectos del otorgamiento de una pensión de viudedad para ambas esposas. Pionero en este reconocimiento ha sido el juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, el cual en su sentencia de 10 de octubre de 2001²³⁹ ratifica la decisión tomada por el Instituto Nacional de la Salud, a la luz de la cual procedía el reparto entre las dos mujeres de nacionalidad gambiana casadas con un gambiano en Gambia, el cual había fallecido en España en accidente laboral. La primera esposa del fallecido recurre ante el Juzgado de lo Social cuestionando la decisión del Instituto, argumentando que la misma se basaba en la existencia de un matrimonio polígamo, el cual estaba prohibido por la ley española; el juzgado se fundamenta en el artículo 9.1 del Código civil, declarando que la ley nacional de las personas físicas es la que determina su capacidad para contraer matrimonio, de manera que, a tenor del Derecho gambiano el matrimonio resultaba válido, como también lo es según lo preceptuado en el artículo 50 del Código civil.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de julio de 2002, se dirige en el mismo sentido que la anterior, al resolver el Recurso de suplicación interpuesto por el INSS y la segunda esposa contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid de 17 de enero de 2002 por la cual se anulaba la decisión del INSS de otorgar el 50% de la pensión de viudedad a las dos viudas de un trabajador marroquí casado con una marroquí en Marruecos en 1993 y casado posteriormente también con marroquí en Marruecos en 1995, aunque éste último matrimonio se disolvió en 1996, como consecuencia de que el trabajador había estado casado simultáneamente con las dos esposas. El Tribunal Superior admitió el recurso, pero sin embargo modificó el reparto de la pensión, otorgando un 85'25% de la pensión a la primera esposa y un 14'75% a la segunda, sobre la base del tiempo que cada una de ellas había estado casada con el fallecido. Lo más curioso de este segundo supuesto es que en este caso el Tri-

[238]
RJ 1996/9703.

[239]
Existe comentario a esta sentencia por VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. "Matrimonio polígamo, orden público y extranjería: a propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona de 10 de octubre de 2001". En *Actualidad Laboral* 2003, p.p. 15-21.

bunal ni siquiera se cuestiona la validez del matrimonio polígamo, sino que decide, a tenor del convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social de 6 de noviembre de 1979²⁴⁰, el otorgamiento proporcional de la pensión. Como afirma P. JUAREZ PÉREZ, del razonamiento de estas dos resoluciones puede derivarse una cierta contradicción o indecisión en la postura española frente a la institución del matrimonio polígamo, ya que, mientras en la primera se cuestiona la validez de dicho matrimonio, en la segunda sólo se plantean dudas acerca del derecho aplicable a la determinación de los derechos de ambas esposas. Esta contradicción es fruto de nuestro propio sistema, pues mientras que con determinados países celebra convenios que permiten otorgar ciertos efectos jurídicos a la poligamia, en relación con los matrimonios polígamos celebrados en otros países muestra un cierto recelo²⁴¹.

Estos pronunciamientos de los tribunales españoles, los cuales nos podrían parecer una excepción en relación con la aceptación de la validez del matrimonio polígamo a efectos del otorgamiento de la pensión de viudedad, se van generalizando y en el mismo sentido se sitúa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de abril de 2002, en relación con un trabajador senegalés fallecido en accidente de tráfico, el cual estaba casado en Senegal con dos mujeres de nacionalidad senegalesa, declarando la sentencia que: "...respecto a la viudedad la pensión ha de dividirse por la mitad entre ambas esposas y el conjunto de prestaciones no podrá superar la base reguladora del causante"²⁴².

Sin embargo, la teoría de los efectos atenuados del orden público no ha sido de utilidad en Francia cuando la poligamia se argumenta contra la primera esposa de nacionalidad francesa, aunque el segundo matrimonio se haya celebrado en el extranjero. Ello sucedió con el famoso caso *Baaziz*, el cual dio lugar a dos resoluciones de la Corte de Casación Francesa²⁴³. En este caso, la segunda esposa de nacionalidad argelina, reclamaba ante los tribunales que la indemnización que había recibido la primera esposa, de nacionalidad francesa, por la muerte en accidente de su marido, la compartiera con ella, fallando los tribunales a favor de la primera mujer²⁴⁴. Como se puede comprobar en la teoría de los efectos atenuados del orden público se pueden apreciar resquicios cuando existe un elemento dentro de la relación jurídica estrechamente vinculado con el foro, como en este caso, es la nacionalidad francesa de la primera esposa. Así, la aplicación de los efectos atenuados del orden público, tal y como ha sido interpretada por los tribunales franceses, se dirige a la mujer de nacionalidad francesa, pero no a la mujer no francesa que reside habitualmente en Francia, conexión que también es relevante, en cuanto a su vinculación con el foro. Por este motivo entendemos que esta solución para solventar los conflictos interculturales, ha de ser modulada en su aplicación para que tenga verdaderamente una eficacia sustancial en la resolución de los mismos.

Al respecto hemos de cuestionarnos qué es lo que se pretende salvaguardar con la institución de la excepción del orden público internacional: si los principios fundamentales del foro, cual es la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, independientemente de su nacionalidad, siempre y cuando estén vinculados con el foro por una conexión estrecha, como lo es la residencia habitual, o si, por el contrario, lo que se trata de proteger con esta figura es a los nacionales del foro. A mi juicio, considero que la excepción del orden público

[240]

BOE num. 245 de 13 de octubre de 1982. El artículo 23 señala que: "La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación".

[241]

JUAREZ PEREZ, P. "Hacia un Derecho internacional privado intercultural". En Obra colectiva *Globalización y Derecho*. Dir. Por A.L. Calvo Caravaca y J.Carrascosa González. Madrid 2003, p.p. 338-341.

[242]

Vid comentario por DE VAL TENA, A.L. "Matrimonio polígamo y pensión de viudedad". *Revista AequAlitas* num. 10-11 de 2002, p.p. 68-70.

[243]

Corte de Casación. Resolución de 17 de febrero de 1982. Comentario por LEQUETTE, Y. *Revue critique de droit international*, 1983, p.p. 275 y ss.

[244]

El caso trata de dos franceses que se casan en Francia. Cuando Argelia se independizó de Francia, el marido que había nacido en ese territorio y era de confesión musulmana no se pronuncia a favor de la conservación de la nacionalidad francesa. Al ser argelino, contrae en su país de origen y sin que el primer matrimonio se hubiera disuelto, nuevas nupcias con una argelina. Vuelve a Francia con su segunda esposa y muere allí víctima de un accidente. La segunda esposa reclama la indemnización, entendiéndose que ha de compartirla con la primera esposa. El Tribunal se pronuncia estimando que el orden público internacional "...se opone a que el matrimonio polígamo contraído en el extranjero por quien todavía es esposo de una francesa produzca efectos contra ésta".

internacional actúa fundamentalmente en la primera dirección y su aplicación atenuada no se debe basar en razones discriminatorias que atiendan a la nacionalidad, sino a la defensa de los principios básicos del foro, como lo es el derecho a la igualdad. A mi modo de ver, hubiera sido más acertado que el tribunal francés hubiera fallado, no admitiendo la validez del segundo matrimonio, sino, a tenor de los efectos atenuados del orden público, declarando el derecho de la segunda esposa a compartir la indemnización con la primera. No resulta coherente que esta posibilidad se admita cuando las mujeres no son nacionales del foro y no tenga lugar cuando una de las dos mujeres es nacional del foro.

Entiendo que con esta interpretación realizada por el tribunal francés, y, consiguiente aplicación de los efectos atenuados del orden público, se está desvirtuando su verdadera función, cual es salvaguardar los principios fundamentales del foro, siendo uno de ellos la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer. Podría argumentarse en contra que otro de los principios básicos del foro, que también se encontraría en juego, es el de la dignidad de la mujer, el cual no se podría menoscabar admitiendo la validez de un segundo matrimonio. Sin embargo no se trata de eso. Se trata de poner de manifiesto que tan digna es una mujer que no tiene la nacionalidad del foro como la que si la tiene y que, utilizar instituciones, como la excepción del orden público internacional, para lograr objetivos distintos de los que conlleva su naturaleza, es desvirtuarla. Por este motivo, me parece muy acertada la rectificación de los tribunales franceses cuando, a través de subsiguientes resoluciones, los efectos atenuados del orden público son entendidos en su verdadero sentido. De este modo, la Corte Social Francesa casó una sentencia del Tribunal de la Instancia que negaba el subsidio por enfermedad y maternidad a la segunda esposa argelina de un matrimonio polígamo contraído por un argelino, alegando que este subsidio ya lo había cobrado la primera esposa de nacionalidad francesa²⁴⁵.

En relación con estos supuestos ignoramos como actuarán nuestros tribunales, ya que, todavía no han tenido la oportunidad de pronunciarse cuando una de las esposas del matrimonio polígamo es española.

b) Teoría de *L'Inlandsbeziehung*²⁴⁶. Esta teoría se debe a Franz Kahn y consiste en una relación subsidiaria que condiciona la aplicación de ciertas reglas materiales del foro corrigiendo así la insuficiencia de la norma de conflicto positiva. Actualmente se percibe como un conjunto de circunstancias apreciadas caso por caso que contribuyen a relacionar el territorio del foro con una situación regida por una ley extranjera, de modo que se ponga de manifiesto el atentado que la aplicación de la ley extranjera supondría en relación con el orden público del foro. *L'Inlandsbeziehung* manifiesta la relatividad e intervendrá con más fuerza frente a una ley extranjera cuando los elementos de la relación jurídica tengan una mas estrecha vinculación con el foro. Así, en el caso anterior, la nacionalidad francesa de la primera esposa constituye *L'Inlandsbeziehung*, o el elemento de la relación jurídica estrechamente vinculado con el foro. No obstante, la solución a la que se llega, cual es la de la protección de los nacionales del foro, puede que en todos los casos no resulte la más adecuada, como hemos podido comprobar, y que las expectativas de la realización de la justicia material se vean menoscabadas. Por este motivo, han surgido otras soluciones.

[245]

La Corte falló a favor de la segunda esposa una vez que comprobó que la primera no residía en Francia. Vid. Nota a la sentencia de 8 de marzo de 1990 por DEPREZ, J. *Revue Critique de droit international privé*. 1991, p.p. 694 y ss.

[246]

Una explicación detallada de esta teoría puede consultarse en LAGARDE, P. "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la repudiation". ob. cit. p.p. 270-274.

c) Elaboración de un derecho material o conflictual especial para este tipo de supuestos. Esta solución se ha adoptado, por ejemplo en Gran Bretaña e Irlanda del Norte en donde la *Polygamus Marriages Act* de 1972²⁴⁷, fue dictada de forma expresa para regular los matrimonios polígamos, o las normas de Derecho internacional privado incluidas en *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act de 1995*²⁴⁸, pero la práctica también demuestra su falta de utilidad para algunos supuestos.

d) Búsqueda de soluciones para el caso concreto. Esta postura fue ya mantenida en España hace algunos años por J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. Se trata de buscar la justicia en el caso concreto, siguiendo los principios de flexibilización, especialización y materialización²⁴⁹ propios del Derecho internacional privado.

A mi juicio y, teniendo en cuenta los inconvenientes que esta solución puede llevar aparejados, en tanto en cuanto no se va a optar por una solución unívoca para todos los supuestos de tráfico jurídico externo, esta última teoría es la que me parece más adecuada. No todos los casos son iguales, el juzgador y aplicador del derecho ha de tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en el supuesto de Derecho internacional privado y decidir en consecuencia a la luz de nuestros valores jurídicos y salvaguardando los derechos fundamentales de las personas, en el caso de la poligamia, los de las mujeres, en tanto en cuanto son ellas las perjudicadas por la aceptación en algunos sistemas de esta forma de matrimonio, el cual se opone de lleno a la dignidad de la mujer, tal y como ha sido denunciado en diversos foros internacionales. Con la utilización de los principios de flexibilización, materialización y especialización, el sistema puede adolecer de seguridad jurídica, pero aumentará el grado de realización de la justicia material, lo cual resulta más útil a la hora de salvaguardar los principios fundamentales del foro. Entiendo que, en cierta medida, esto es lo que están realizando nuestros tribunales en la actualidad con la admisión de la poligamia en relación con determinados efectos y su asimilación a las uniones de hecho en el caso en que el primer vínculo matrimonial no está disuelto.

[247]

SAUNDERS, W. "The matrimonial proceedings (Polygamus Marriages) Act 1972". En *International and Comparative Law Quarterly*, 1972, p.p. 781 y ss. PEARL, D. "Polygamy and bigamy". En *Cambridge Law Journal*, 1976, p.p. 48 y ss. Vid supra.

[248]

El texto de la ley se puede consultar en la *Revue critique de droit international privé*, 1996, p.p. 378-379. Vid, al respecto ANTON, A.E. "Loi du Royaume Uni portant diverses dispositions en matière de Droit international privé", en esa misma revista, p.p. 267-274.

[249]

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. *Derecho internacional privado. Introducción*. Apuntes policopiados curso 1983-1984. Madrid 1984.

IV. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: ESPECIAL REFERENCIA AL REPUDIO ISLÁMICO

1. Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio

Recientemente el artículo 107 del Código civil, en el que se establece la ley aplicable a la separación judicial y el divorcio, ha sido modificado por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. El anterior precepto establecía como ley aplicable a estas situaciones en primer lugar la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de presentación de la demanda, en defecto de esta ley de la residencia habitual común del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes estados, por la ley española, siempre que los tribunales españoles resultaran competentes.

Las críticas vertidas hacia el anterior precepto fueron de todo tipo: así, en relación con la primera conexión se indicaba que fue un criterio aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el corto período de vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932, la cual no establecía normas de Derecho internacional privado en esta materia, además de ser fiel al art. 9.1 del Código civil que declara aplicable la ley nacional al estado civil y a los derechos y deberes de familia²⁵⁰. Asimismo, se argumentaba que con esta conexión se respetaba el carácter multicultural de nuestra sociedad y que era sumamente eficaz y respetuoso con el principio de proximidad cuando los cónyuges se sentían vinculados estrechamente con su Estado de origen, teniendo la intención de permanecer en nuestro Estado por un tiempo determinado, pero siempre poniendo sus miras en el futuro y pronto regreso a su Estado de procedencia; sin embargo, entre los inconvenientes se aducía, el llamado por J.D. GONZÁLEZ CAMPOS efecto "bloqueante", sobre la siguiente ley aplicable, cual era la residencia habitual del matrimonio, la cual podía constituir el centro de vida real de la pareja cuando aquella había configurado un proyecto de vida en común en nuestro territorio y más teniendo en cuenta la actual situación que nuestro país está viviendo al convertirse de un país exportador de emigrantes, en un Estado receptor de los mismos, de manera que a estas personas que tenían la intención de vivir de una forma estable en nuestro territorio se les imponía la aplicación de una ley que, a todas luces, resultaba ya ajena a su relación²⁵¹.

La conexión de la residencia habitual fue generalmente bien aceptada y valorada por la doctrina, ya que, en defecto de nacionalidad común ha constituido una de las orientaciones recogidas en nuestro Código civil a partir de la reforma del Título Preliminar operada en 1974. Su aplicación en materia de separación judicial y divorcio se justificaba por constituir un criterio de regulación "neutral", al no preferir la ley personal de uno u otro cónyuge y, por tanto evitar cualquier discriminación por razón de sexo. Además nos situaba en el lugar en que los cónyuges tienen su centro de vida familiar al solicitar el divorcio, lo cual conllevaba a la obtención de un resultado fácilmente previsible²⁵².

[250]

ESPINAR VICENTE, J.M. "Normas de Derecho internacional privado". *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid 1984, p. 758.

[251]

En relación con estas ventajas e inconvenientes, Vid. con carácter general, BLANCO-MORALES LIMONES, P. "Crisis matrimoniales". Ob. col. *Derecho internacional privado*. Vol. II. Granada 2003, p. 150. PALAU MORENO, G. "la separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural". *Rev. Actualidad Civil* 2001, num. 15, p. 559. ESPLUGUES MOTA, C. *El divorcio internacional*...ob. cit., p. 115. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Matrimonio y elección de ley*. Estudio de Derecho internacional privado. Garandada 2000. p.p. 188 y ss.

[252]

Vid, entre otros, AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M. "La ley aplicable al divorcio en el Derecho internacional privado español". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* num. 1566, p. 2631. ABARCA JUNCO, P. "Separación matrimonial y disolución del matrimonio". *Derecho internacional privado*, Vol. II, Coord. por E, Pérez Vera. UNED, Madrid 2001, p. 152.

Por último la utilización de la ley española como *lex civilis fori* se justificaba desde el momento en que a falta de las conexiones anteriores y, dado que nuestros tribunales son competentes, a tenor del art. 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ninguna ley mejor que la española para ser aplicada a la separación o al divorcio. El que la ley española recoja cuando ha de ser constatada la existencia de la ley aplicable, evitaba que por la voluntad unilateral de alguno de los cónyuges se alterara la ley aplicable a la separación o al divorcio²⁵³.

No obstante todos estos argumentos, la doctrina siempre manifestó la necesidad de que este precepto contemplara la posibilidad de que las partes se pudieran divorciar o separar con arreglo a la ley española cuando su ley nacional común no admitiera esta posibilidad, como puso de relieve una enmienda realizada al proyecto de ley por el grupo parlamentario comunista; sin embargo, en ningún momento se ha observado por el legislador la necesidad de modificar la norma²⁵⁴. Ha sido a raíz de una recomendación elevada por el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia cuando el artículo 107 del Código civil ha gozado de una modificación largamente esperada, ya que cuando este precepto vio la luz en el año 1981, España no tenía todavía el número de inmigrantes que tiene hoy ni, por lo tanto, se habían presentado ante nuestros tribunales las cuestiones que se están planteando hoy en día.

La recomendación del Defensor del Pueblo mencionada, tiene su base en una queja formulada por una nacional marroquí residente legal en España casada con un marroquí y con un hijo de siete años habido del matrimonio, la cual tuvo que abandonar el domicilio conyugal con su hijo, debido a las desavenencias y a los malos tratos propiciados por su marido. La interesada solicitó la adopción de medidas provisionalísimas ante el Juzgado de Primera Instancia de Murcia, las cuales fueron aprobadas mediante auto de 21 de diciembre de 2001, señalando que las mismas quedarían sin efecto si en el plazo de 30 días no se presentaba la oportuna demanda ante el juez o tribunal competente. El abogado de la interesada se puso en contacto con el Defensor del Pueblo para manifestarle que, de acuerdo con el artículo 107 del Código civil, la separación y el divorcio se regirían por la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda, dándose el caso de que la ley marroquí, como ley nacional común, no contempla la figura legal de la separación, sino solo el divorcio y el repudio. De acuerdo con esta ley, la mujer no puede repudiar al marido y para obtener el divorcio debe litigar al menos durante un periodo de cinco años. Así las cosas el Defensor del Pueblo se informa de la veracidad de la situación y de que la práctica de nuestros tribunales es confusa, de manera que, para evitar estas situaciones claramente discriminatorias para la mujer, recomienda al Ministerio de Justicia que modifique el artículo 107 del Código civil de tal manera que contemple la posibilidad de que, a elección de la parte demandante, la separación o el divorcio puedan regirse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común de los cónyuges cuando ambos residan en España.

No obstante esta concreta indicación realizada en la recomendación, el legislador ha efectuado una reforma mucho más amplia del artículo 107 del Código civil y, junto con la ley de la nacionalidad común y de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda,

[253]

ESPINAR VICENTE, J.M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*. Ob. cit. p.p. 195 a 199.

[254]

Así en la reforma operada al Código civil por la Ley 11/1990 de 15 de octubre en materia de no discriminación por razón de sexo, este precepto no gozó de modificación alguna en el sentido apuntado.

suprime la referencia a la ley española como *lex civilis fori* y establece la aplicación de la ley de la última residencia habitual del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside en dicho Estado. Independientemente de la consagración de estas leyes, las cuales se siguen aplicando de forma jerarquizada o en cascada, será de aplicación la ley española siempre que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en los siguientes casos: a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas, b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.*

Las críticas efectuadas por la doctrina a este precepto no se han hecho esperar, destacando al respecto aquella que incide en la necesidad de que la norma regule todo tipo de matrimonios con elemento extranjero y no sólo que se articule para los supuestos de matrimonios en los que la mujer es musulmana, asimismo recoge una cláusula de excepción que no parece necesaria si los tribunales aplican adecuadamente la excepción de orden público internacional consagrada en el artículo 12.3 del Código civil, por otra parte sigue manteniendo la ley de la nacionalidad y de la residencia habitual común de forma jerarquizada, establece a todas luces el *favor divorci*, etc²⁵⁵. Independientemente de todas estas críticas, considero que hubiera sido suficiente para evitar las discriminaciones sufridas por la mujer, que el precepto en su reforma hubiera consagrado la autonomía de la voluntad tal y como había indicado el Defensor del Pueblo en su recomendación y tal y como había sido anteriormente reivindicado por la doctrina²⁵⁶, eso si, la norma tendría que haber dejado claro que la elección entre la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual tendría que efectuarse necesariamente por la parte demandante, la cual en la mayoría de los casos será la mujer, para evitar imposiciones del hombre, el cual es la parte más fuerte en este tipo de relaciones.

Con la reforma del artículo 107 del Código civil se posibilita que las mujeres de religión musulmana se puedan divorciar o separar de acuerdo con la ley española; sin embargo, las críticas a esta situación se centran en la previsible existencia de resoluciones claudicantes desde el momento en que esta resolución dictada por los tribunales españoles no va a gozar de reconocimiento ni eficacia en el país de origen de la mujer, ya que, según la normativa de los Estados musulmanes, el estatuto personal se rige por la ley nacional de la persona, la cual es irrenunciable, considerándose que el no acatamiento de esta ley supone como una especie de apostasía, lo que desemboca en la negación de la personalidad jurídica de la persona, o lo que es lo mismo, en una especie de muerte civil. La nacionalidad en los países del Magreb no se pierde nunca y sus ciudadanos han de actuar conforme a la misma. De esta forma nos vamos a encontrar con situaciones en las que una mujer musulmana va a estar divorciada desde la óptica de nuestro sistema jurídico, pero va a permanecer casada desde el punto de vista del Estado de su nacionalidad.

No podemos negar la serie de inconvenientes que esta situación va a conllevar, pero sin embargo, tenemos que argumentar en su favor que cuando una mujer

[*]

El actual artículo 107 pfo 2º del Código civil señala que: "La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

a) Si no resulta aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

b) Si en la demanda presentada ante el tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo 1º de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público".

[255]

Vid, entre otros, CAMPUZANO DÍAZ, B. "Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código civil". En *Globalización y derecho*. Ob. dir. Por A.L.Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. Madrid 2003, p.p. 177-192, JUAREZ JUAREZ, P. "Hacia un Derecho internacional privado intercultural". En *Globalización y derecho*. Ob. ult. cit. p.p.341-347. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J.A. "Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código civil". *Rev. Actualidad Civil*, num. 3 de 2003, p.p. 79 y ss. DIAGO DIAGO, M.P. "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad". Ob. col. *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Dir. Por A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz. Madrid 2004, p.p. 271-294.

[256]

ABARCA JUNCO, P. "La regulación de la sociedad multicultural", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Coordinado por A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel. Madrid 2000, p. 169. BLANCO- MORALES LIMONES, P. "Crisis matrimoniales"...ob.cit. p.p. 121 y ss.

musulmana decide divorciarse según la ley española y recurrir ante nuestros tribunales es porque implícitamente está dispuesta a asumir este riesgo y, porque entre otras cosas, desea que su marido cumpla con las obligaciones que el Ordenamiento Jurídico español le impone como consecuencia del divorcio, (pensión de alimentos, asignación de la vivienda, etc.) aparte de la posibilidad que entraña el ser actora de una acción de separación o divorcio cuando la convivencia se hace insostenible como consecuencia del trato de primacía del que goza el hombre, malos tratos, sevicias, etc. La mujer musulmana que decide divorciarse de acuerdo con la ley española, por lo general, no tiene un proyecto de regreso a su país de origen, muy al contrario, en la mayoría de los casos su intención es permanecer en España reanudar aquí su vida; por lo tanto, poco le importa que este divorcio no se reconozca en su país de origen. Por otro lado, si la mujer cuenta con una sentencia de divorcio va a poder gozar de las ayudas y subvenciones que, tanto el Estado Central, como las Comunidades Autónomas tienen previstas para esta serie de situaciones.

2. Competencia judicial de nuestros tribunales en materia de separación judicial y divorcio

La competencia de nuestros tribunales en esta materia viene determinada por el artículo 22.3 e la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual indica que nuestros tribunales serán competentes en primer lugar, cuando ambos cónyuges posean la residencia habitual en España en el momento de la interposición de la demanda, en segundo lugar, cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España y, por último, cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, independientemente de su lugar de residencia, siempre que promuevan la acción de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.

Estos criterios de competencia se amplían considerablemente con la entrada en vigor el 1 de agosto de 2004 del Reglamento del Consejo 2201/2003 de 27 de noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental²⁵⁷, el cual es de aplicación independientemente de la nacionalidad de los cónyuges²⁵⁸, exigiéndose únicamente que exista algún criterio de los contemplados en su artículo 2²⁵⁹, para que se declare competente el tribunal del Estado en el que se interponga la demanda. El apartado 8 de los considerandos del Reglamento manifiesta que: “El presente Reglamento debe establecer medidas coherentes y uniformes que permitan que la circulación de personas sea tan amplia como resulte posible. Por ello es necesario... que se aplique también a los nacionales de terceros países con vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros, según los criterios atributivos de competencia previstos en el presente Reglamento”. Así, y para lograr este objetivo, el apartado 9 de estos considerandos manifiesta que el Reglamento ha de aplicarse además de a los procedimientos civiles, a aquellos procedimientos no judiciales admitidos en materia matrimonial, con exclusión de los religiosos, de manera que el término “órgano jurisdiccional”, incluye a las autoridades, judiciales o no, competentes en materia matrimonial.

[257]

DOCE L 338 de 23 de diciembre de 2003.

[258]

Este Reglamento sustituye al Reglamento 1347/2000 de 29 de mayo del consejo, el cual entró en vigor el 1 de marzo de 2001. DOCE L 160 de 30 de junio de 2000.

[259]

Los criterios que se establecen en el artículo 2 son los siguientes: serán competentes para resolver las cuestiones relativas al divorcio, a la separación judicial o a la nulidad del matrimonio de los cónyuges los órganos jurisdiccionales del estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre, 1º) La residencia habitual de los cónyuges o 2º) La última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí, o 3º) La residencia habitual del demandado, o 4º) La residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o 5º) La residencia habitual del demandante si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y o bien es nacional del Estado miembro en cuestión, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su “domicile”. b) De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, del “domicile” de ambos cónyuges.

3. Formas de disolución del vínculo matrimonial en el Derecho islámico

El Derecho islámico contempla básicamente dos formas de disolución del vínculo matrimonial. Estas son: el divorcio y el repudio. En las líneas que siguen nos vamos a detener en el examen de cada una de ellas.

1º EL DIVORCIO. Los Códigos de Estatuto Personal de los países del Magreb contemplan esta forma de disolución del matrimonio, si bien, la regulación del mismo no se recoge del mismo modo, así, por ejemplo, en Argelia se denomina divorcio a lo que en realidad constituye un repudio (art. 48); sin embargo vamos a tratar de ofrecer una visión de esta figura lo más general posible.

En primer lugar, el divorcio puede ser solicitado, tanto por la esposa como por el esposo ante los tribunales. Las causas por las que la mujer puede solicitar el divorcio son básicamente las siguientes:

a) Falta de pago de la manutención. En el Derecho islámico la esposa tiene derecho a ser mantenida por su marido. En caso de incumplimiento por éste de esta obligación, ésta podrá solicitar el divorcio, el cual se concederá por el juez en el mismo acto si el marido tiene bienes y persiste ante el juez en su negativa a pagar la manutención. Si el marido no tiene bienes, el juez le concederá un plazo de tres meses para que haga frente a sus obligaciones. Si en ese periodo de tiempo no lo hace, el juez pronunciará el divorcio (art. 53 del Código marroquí). El Derecho argelino establece esta misma causa pero exige que la manutención haya sido fijada en sentencia judicial (art. 53.1).

b) Por enfermedad grave del marido. El Derecho marroquí es más explícito en la descripción y regulación de esta causa, señalando en su art. 54 que si la enfermedad es grave y tarda más de un año en curarse y se hace la cohabitación perjudicial para la mujer, como la lepra, la tuberculosis, la elefantitis o la demencia, ésta podrá solicitar el divorcio ante el juez si al tiempo de contraer matrimonio desconocía esta situación. Si la mujer la conocía, pero no soporta la convivencia, el juez establecerá el plazo de un año para la curación, pasado el cual pronunciará el divorcio. Si la enfermedad afecta a los órganos genitales del marido se dictará el divorcio sin esperar a plazo alguno. Si es la mujer la que padece alguna de estas enfermedades, el marido podrá elegir entre solicitar el divorcio o repudiarla (art. 54 del Código marroquí). El Código argelino contempla esta causa en su art. 53.2.

c) Por malos tratos. Se impone como condición que los malos tratos hagan imposible la vida conyugal, teniendo en cuenta el juez la posición social de la mujer y su condición para declarar el divorcio. No obstante, antes de que el mismo se decreta se intentará la reconciliación de los cónyuges a través de dos árbitros, los cuales tratarán de buscar las causas de las desavenencias y se esforzarán en reconciliar a los esposos. Sólo si estos fallan, se concederá el divorcio (art. 56 del Código de Marruecos).

d) Por ausencia del marido. El paradero del marido ha de ser desconocido, sin motivos justificados y por un periodo superior a un año, siempre que ello cause perjuicio a la esposa, aunque haya dejado bienes para su sustento. Si es posible que el juez se comunique con el esposo ausente le indicará un plazo avi-

sándole de que si no comparece dictará divorcio en su contra si no vuelve con la esposa, o se la lleva con él o la repudia. Si el esposo no atiende a estas razones, el juez pronunciará el divorcio irrevocable tras asegurarse de que la esposa se mantiene en su actitud (art. 57 del Código marroquí). En el Código argelino esta causa se recoge en el art. 53.5.

e) Por juramento de incontinencia o abandono. Si el marido abandona a la esposa y no cumple con sus deberes conyugales la esposa podrá solicitar el divorcio, si bien, el juez decretará un plazo de cuatro meses para que el marido deponga su actitud. Si no lo hace pronunciará el divorcio, el cual es revocable (art. 58 del Código de Marruecos). El art. 53.3 del Código de Argelia establece esta causa.

Además de los supuestos que hemos señalado, los cuales se corresponden básicamente con el Derecho marroquí, el Derecho argelino establece como causa de divorcio, la poligamia si en el contrato matrimonial la esposa la rechazó y la condena penal del marido por un periodo superior a un año por un delito que deshonor a la familia y haga imposible la restauración de la vida conyugal. El Derecho tunecino señala que el divorcio solo podrá tener lugar ante un tribunal, el cual pronunciará el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos, a petición de uno de los esposos en razón de un perjuicio sufrido y a petición del marido o de la mujer (art. 30 y 31).

2º EL REPUDIO. La disolución del matrimonio por esta vía constituye un privilegio del marido (*talaq*)²⁶⁰, a excepción del repudio ejercitado por la esposa cuando la misma tiene esta opción consignada en el contrato de matrimonio mediante el pago de una compensación económica al marido, el cual se produce por mutuo acuerdo (*khul*)²⁶¹. Esta forma de disolución matrimonial se establece en el Derecho marroquí y en el argelino, no así en el Derecho tunecino en el que únicamente se establece la vía del divorcio como medio de disolución del vínculo matrimonial.

El procedimiento para repudiar a la esposa es simple y, relativamente rápido, aunque en un primer momento el mismo se complique a consecuencia de su carácter revocable, exigiendo algunos ordenamientos islámicos la existencia de un acto previo de conciliación²⁶². En el Derecho marroquí el repudio ha de ser firmado por dos notarios (*adules*) bajo la jurisdicción del juez del domicilio conyugal. Será registrado en presencia de ambas partes tras la autorización del juez. Si la esposa no comparece no es motivo para no seguir adelante con el repudio si el marido permanece en su actitud. Sin embargo, para dar publicidad al acto del repudio se prevé que el juez informe a la mujer de su nueva situación desde que se pronuncie el repudio y le haga llegar el acta original del mismo, cuya propiedad ostentará, en un plazo no superior a quince días, mientras que al marido se le entregará una copia de la misma. Las formalidades del repudio se establecen en los artículos 80 y 81 del Código marroquí, señalando a tal efecto que en el acta ha de constar si es el primer, segundo o tercer repudio. Este requisito es de suma importancia, ya que indicará si el repudio es revocable o no, de manera que en el acta constará la disolución definitiva del matrimonio. Ello es así, desde el momento en que en los sistemas islámicos por regla general admiten dos tipos de repudio: el revocable y el irrevocable. El primero tiene lugar cuando es temporal o limitado en el tiempo, afín de que el esposo reflexione acerca de la decisión que ha

[260]

Los juristas de Arabia Saudita justifican esta imposibilidad, en tanto en cuanto, la mujer en el contrato de matrimonio fija la cantidad que el marido le tendrá que pagar en caso de disolución del matrimonio por repudio, mientras que esto no lo hace el hombre, que no tiene derecho a esa indemnización. Si la mujer pudiera repudiar, se establecería una desigualdad entre los cónyuges, la cual viciaría el contrato de matrimonio de nulidad. Vid. *Colloque sur le dogme musulman et les droits de l'homme en Islam*, Ryadh, 1973, p.p. 28 y ss.

[261]

La Sura II:229 establece que: "El repudio puede hacerse dos veces. Guardad a vuestra mujer, tratadla honestamente y si la despedís, despedidla con generosidad. No os está permitido apropiaros de lo que les habéis dado a no ser que temáis no observar los límites de Dios (viviendo con ellas)...". Los versículos 228 a 238 de la Sura II se refieren al repudio de una forma detallada, de modo que una mujer puede ser repudiada hasta dos veces, un hombre no puede tomar a una mujer repudiada hasta que no haya pasado el tiempo para que ese repudio sea firme, si el segundo marido repudia a la mujer repudiada con la que se casó, el primer marido podrá volver a tomarla como esposa, no hay ningún mal en proponer matrimonio a una mujer repudiada, las madres repudiadas amamantarán a sus hijos hasta dos años si el padre quiere que así lo haga, etc. Para ver los versículos del Corán que justifican el repudio, su procedimiento, efectos etc, HADDAD, T. *Notre femme, la législation islamique et la société*. Túnez 1978, p.p. 85-103.

[262]

Ello sucede, por ejemplo, en el artículo 49 del Código del Estatuto Personal de Argelia, el cual establece que la disolución del matrimonio por repudio o por rachat, no se podrá establecer por el juez, sino después de una tentativa de conciliación que ha de durar, al menos tres meses. El Código Sirio, en su artículo 88, es más riguroso y señala que el juez mantendrá la acción de repudio durante un mes, si después de ese periodo de tiempo el marido o los cónyuges persisten en su actitud de separarse, el juez nombrará a mediadores, de entre los parientes de la familia del marido o de la mujer, o a personas capaces para resolver sus diferencias, si aún así no se logra la armonía, el juez se pronunciará a favor del repudio, con efectos a partir de la fecha de su resolución. Los Códigos de Marruecos, Egipto, Kuwait, Jordania, Irak y el Líbano, no señalan como necesario el acto de conciliación previo al repudio. En Túnez, aún admitiéndose la disolución del matrimonio únicamente por divorcio, es preceptivo el acto de conciliación previo (artículo 32.1 del Código del Estatuto Personal).

tomado, debiendo de quedar la mujer en ese periodo de tiempo en una situación de retiro legal (*idda*), el cual dura tres meses, o se amplía a diez si está embarazada, a fin de que no existan dudas acerca de la paternidad del marido, de manera que el matrimonio subsiste a todos los efectos legales (art. 58 y 60 del Código argelino). Es el marido el que decide donde va a cumplir la mujer su retiro legal, no teniéndose en cuenta para nada la opinión de ésta, de manera que si la misma no cumple con esta obligación del retiro se considera que ha abandonado el domicilio conyugal. Si el marido se retracta de su decisión antes de que transcurra el plazo de la *idda*, el matrimonio reanuda su vida conyugal sin que la esposa tenga que mostrar su conformidad. Si esta situación tiene lugar, el marido tiene el privilegio de pronunciar un segundo repudio, así hasta tres veces, momento en el cual el repudio se transforma en irrevocable. También adquiere esta cualidad cuando el marido deja pasar el periodo de la *idda* sin deponer su actitud. Nótese que, en ningún caso se tiene en cuenta para nada la opinión de la mujer, la cual está sujeta en todo momento a la voluntad de su marido.

En cuanto a los efectos del repudio los mismos también son bastante discriminatorios en relación con la mujer, ya que ésta aunque conserva la guarda y custodia de los hijos (*hadana*), hasta que éstos adquieren cierta edad dependiendo del sexo, la patria potestad la ostenta el padre con todos los privilegios que ello conlleva. La *hadana* se pierde, entre otras causas, si la mujer contrae nuevas nupcias, o si fija su residencia en un lugar no permitido por el padre o si educa a los hijos en una religión que no sea la musulmana²⁶³, independientemente de que la madre la profese o no²⁶⁴.

En relación con los efectos económicos, recientemente se ha articulado en algunos países, Marruecos entre ellos, que se establezca una compensación económica para la mujer por los perjuicios ocasionados, si bien en la práctica, la misma suele ser de escasa cuantía, todo depende de la posición social que hubiera tenido el matrimonio. Aunque la mujer conserve la guarda de los hijos no tiene derecho a permanecer en el domicilio conyugal, a no ser que sea de su propiedad. Como consecuencia del repudio el marido ha de abonar la parte de dote correspondiente según se pactara en el contrato matrimonial.

4. Efectos del repudio atendiendo a si el mismo se produce ante autoridad competente desde la óptica del Ordenamiento español

Los repudios se suelen tramitar ante un juez u otra autoridad de carácter religioso; sin embargo, la presencia de esta autoridad no le otorga carácter judicial, ya que en las diversas legislaciones no se establecen una serie de causas por las que el marido pueda repudiar a la mujer, ni tampoco es imprescindible la presencia de la mujer en el mismo, ni sus efectos aseguran la defensa de los derechos de la mujer, ya que en ocasiones concluyen sin resolución alguna acerca de la pensión alimenticia, bienes adquiridos durante el matrimonio, utilización de la vivienda familiar, custodia de los hijos, etc. y, a veces, la presencia del juez es sustituida por la de meros fedatarios de la voluntad de las partes (*adules*). Es una forma de disolver el matrimonio de manera extrajudicial o lo que conocemos con el nombre de divorcios privados²⁶⁵, los cuales, en principio, no gozan de ningún valor a tenor de nuestro sistema jurídico²⁶⁶.

[263]

Hemos de recordar, como hemos señalado en líneas atrás que un musulmán puede contraer nupcias con una no musulmana, pero no al revés. Así, el Código argelino establece en su art. 62 que la titular del derecho de *hadana* ha de ser apta para asegurar el cuidado, la escolarización y la educación del niño en la religión de su padre, así como para salvaguardar su salud física y moral.

[264]

A tenor de esta situación, A. QUIÑONES ESCAMEZ, indica en su trabajo "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico". En *La multiculturalidad: especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho judicial VIII-2002*, p.p. 280-281, que ninguna de estas tres causas por las que puede privarse a la madre del cuidado de los hijos son aceptadas por los tribunales europeos cuando deciden sobre la custodia del hijo, siendo usual que intervenga la excepción de orden público internacional para evitarlo. No obstante, para evitar estas situaciones no es raro que algunas mujeres residentes en Europa adopten la cautela de convivir de hecho con el padre de sus hijos, originarios de países musulmanes, a fin de conservar la patria potestad sobre los mismos, ya que el Derecho musulmán no reconoce la paternidad de los hijos habidos fuera del matrimonio, considerándolos como ilegítimos y negándoles cualquier tipo de derechos.

[265]

Sobre esta tipología de divorcios, Vid. con carácter general, BASEDOW, J. "La reconnaissance de divorces étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne". *Revue Critique de droit international privé*. 1987, p.p. 470-494, BENATTAR, R.V. "L'ordre public et reconnaissance de divorces privés". *Mélanges V. Wengler*, 1973, p.p.187-202. Id. "L'évolution récente du droit international privé tunisien en matière de divorce". *Revue Critique de droit international privé*, 1969, p.p.17-36. CAMPIGLIO, C. "Matrimonio poligámico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo". *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1990, vol. XXVI, p.p. 853-908. CARLIER, J.Y. "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues ou Maroc". *Journal del Tribunaux* 1985, p.p. 102-115. Id. "Volonté ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger". *Revue trimestrale de droit familial*, 1991 (II), p.p. 165-172. COURBE, P. "Le divorce et séparation de corps". *Repertoire Dalloz, droit international*, 2^a Ed. Paris, 1998 (hojas móviles). CRISTIANI, F. "In tema di ordine pubblico e deliberazione di divorcio consensuale". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p.p. 951-960. FOYER, J. y FOYER, J. "Divorce et séparation des corps". *Repertoire Dalloz Droit international privé*, 1968, vol. I, p.p. 620-634. DURANTE, F. "Problèmes contemporains du divorce en Droit international privé". *Recueil des Cours*, 1976, vol 152, p.p. 1-78. GAUDEMMENT-TALLION, "La désunion du couple en Droit international privé". *Recueil des Cours* 1991, vol. 226, p.p. 9-280. GORDON, G. "Ghu-lam Fatima: Extrajudicial divorces and de House of Lords". *Family Law*, 1986, p.p. 169-180. GRAVESON, R.H. "La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance des divorces et de séparation des corps". *Revue Critique de droit international privé*, 1972, p.p. 543-566. MONEGER, F. "Vers la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?". *Journal Clunet de Droit international*, 1992, p.p. 347-355.

[266]

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 2000, no otorgó ningún efecto al repudio realizado por el marido demandado al expulsar del domicilio conyugal a su mujer. (AC 2000/1088).

5. Algunas posiciones frente al repudio en el Derecho internacional privado comparado

La disolución del matrimonio mediante el repudio choca frontalmente con los sistemas democráticos, entre otras causas, porque se opone al derecho a la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en el momento de la disolución del matrimonio²⁶⁷, derecho que se encuentra consagrado en la práctica totalidad de los convenios internacionales sobre Derechos humanos; sin embargo, si en España y en los países europeos de nuestro entorno receptores de inmigrantes musulmanes rechazamos todos los efectos del repudio declarado en un país musulmán en nombre de la salvaguarda del principio de no discriminación por razón de sexo, es venir a mantener que una mujer continúa casada dentro de un matrimonio que ya no existe según el Derecho musulmán y, por lo tanto, perjudicar la posibilidad de reconocer los efectos que lleva aparejados, incluso se le negaría la posibilidad de volver a casarse²⁶⁸. Por este motivo han sido varias las soluciones que se han propuesto en el Derecho internacional privado, si bien, las mismas varían en función de los problemas particulares que han tenido los distintos países receptores de emigrantes.

a) Aplicación del derecho de forma denominada en "dos escalones o dos fases"²⁶⁹. Esta técnica se basa en una doctrina desarrollada en Alemania sobre la base de teorías americanas. El primer paso es resolver un conflicto de leyes reclamando una ley de las que están en conflicto. El segundo conduce a tener en cuenta como hecho la ley abandonada, la que no se ha aplicado, en la integración de la ley sustancial reclamada inicialmente. Así, por ejemplo, la Corte Federal Tedesca, en su sentencia de 28 de febrero de 1987 afrontó el problema de la validez de un acuerdo entre una mujer árabe de religión musulmana, ciudadana de Israel y el marido tedesco convertido al Islam. El acuerdo conllevaba el pago de un "*mahr*": esto es, una suma de dinero por parte del marido. El acuerdo, según el Derecho islámico, forma parte del contrato de matrimonio. En muchos casos esta suma viene prometida en el momento del matrimonio para ser pagada en caso de divorcio y, en particular, en caso de repudio de la mujer por parte del marido. En este caso la mujer, en el divorcio, reclamaba por este concepto (*mahr*) la suma de 100.000 marcos tedescos; el marido, por el contrario, objetó la invalidez de este acuerdo según el Derecho tedesco.

La Corte resolvió inicialmente la cuestión del conflicto de leyes. Como los cónyuges habían vivido en Alemania, era aplicable en relación con todos los aspectos del divorcio la ley alemana, según la cual el acuerdo no era válido. En un segundo paso, la Corte calificó este acuerdo como pacto de mantenimiento en caso de divorcio, el cual era válido a tenor del art. 1585 del BGB tedesco. Para ello la Corte tuvo en cuenta el matrimonio islámico, celebrado según la regla religiosa, como condición de validez para tal pacto, de modo que falló a favor de la esposa. Esta técnica internacional privatista excluye en un primer momento la relevancia de la norma religiosa, por cuanto acude al reclamo de la ley aplicable, pero la tiene en cuenta después en un segundo momento, en la interpretación de la norma sustancial reclamada: la norma alemana. Asimismo, esta técnica puede operar al revés llegándose al mismo resultado: se afirma primero la aplicabilidad de la regla extranjera, el Derecho islámico, la cual es interpretada después teniendo en cuenta el Derecho tedesco.

[267]

Así se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 1997 (ADGRN, 1997, p.p. 2177-2179), al indicar que: "La disolución del matrimonio de una persona de nacionalidad española sólo es posible por las tres causas que menciona el art. 85 del Código civil...y entre ellas no se encuentra la repudiación unilateral que haga el marido de su mujer...El repudio es una figura manifiestamente contraria al orden público español (art. 12.3 C.c.) como discriminatoria de la mujer y desconocedora de su personalidad y de su dignidad constitucional. Consiguientemente no hay posibilidad alguna de conceder eficacia directa en el Ordenamiento español a un repudio formalizado en el extranjero por un ciudadano español...".

[268]

CAMPIGLIO, C. "Matrimonio poligámico e repudio nell'esperienza giuridica dell'occidente"...ob. cit. p. 865.

[269]

JAYME, E. "Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. 1993, p.p. 295 y ss.

En esta misma línea, podemos citar la sentencia de la Corte de Apelación de Hamm de 10 de febrero de 1992, la cual resolvió acerca de un divorcio de dos cónyuges de nacionalidad marroquí. Según el Derecho marroquí, aplicable de acuerdo con el Derecho internacional privado tedesco, la mujer puede solicitar el divorcio si prueba que es maltratada por el marido. En el caso en examen, el marido objetaba que esta circunstancia, según la costumbre marroquí, no justificaba el divorcio. La Corte, por el contrario, interpretó la noción de maltrato prevista en la ley marroquí, según el Derecho tedesco, ya que la mujer había vivido siempre en Alemania²⁷⁰.

b) El repudio ante el juez español, conforme a la ley extranjera competente y con las garantías procesales españolas. Esta solución la propone A. QUIÑONES ESCAMEZ²⁷¹ sobre la base de algunos casos resueltos por la jurisprudencia alemana y holandesa coordinando los sistemas en presencia con la finalidad de que las resoluciones sobre el divorcio sean reconocidas en el país de origen de los esposos eliminando a su vez el carácter discriminatorio del repudio islámico. Así, los tribunales han adaptado la institución del *talaq* o repudio (ley extranjera aplicable) a la ley alemana. El mecanismo se basa en que el juez alemán no declara repudio alguno, sino un divorcio con base en el *talaq* en un procedimiento conforme a la ley procesal alemana. El *talaq* no es un tipo de procedimiento ni el acto por el que se declara el divorcio; sin embargo, puede ser valorado en un procedimiento alemán como indicio de una ruptura matrimonial, al menos por una de las partes. De esta manera, el repudio pronunciado ante el juez alemán pierde su carácter discrecional unilateral de disolución del matrimonio y se convierte en una causa de divorcio, si bien, han de constar dos situaciones: o consta como una causa de divorcio conforme a la ley alemana o bien, la mujer consiente este divorcio-repudio.

Si aplicamos esta teoría al Derecho español, el repudio en España lo podrían pronunciar los tribunales españoles, siempre que exista un acuerdo entre los esposos o se demostrara un cese de la convivencia duradero que justificara su carácter unilateral. El repudio se pronunciaría con base en la ley nacional común de los esposos que contempla esta forma de disolución del vínculo matrimonial, si bien, corregido por la ley procesal española (*lex fori regit processum*)²⁷² la cual exige un procedimiento judicial con todas las garantías para ambas partes.

c) El *Inlandsbeziehung*. Ya nos hemos referido en líneas atrás a esta teoría al hilo del análisis de la poligamia²⁷³; sin embargo, en relación con el repudio esta teoría alemana se hace mucho más flexible, de manera que la vinculación de la relación con el Ordenamiento Jurídico alemán no se identifica únicamente con la nacionalidad alemana de una de las partes intervinientes en la relación. Atendiendo a esta orientación no tan rígida, el Tribunal Federal alemán en su resolución de 14 de octubre de 1992²⁷⁴ descartó la aplicación de la ley iraní, ley nacional común de los esposos residentes en territorio alemán, la cual otorgaba la patria potestad de los hijos exclusivamente al padre, sobre la base de su oposición al orden público internacional alemán, concediendo la tutela de los hijos a la madre, de acuerdo con la ley alemana. El *Inlandsbeziehung* se fundamenta en este caso en que la residencia habitual de la familia se encontraba en suelo alemán, de manera que el orden público internacional alemán entra en juego para evitar que un resultado inaceptable, desde la óptica del Ordenamiento alemán, tenga lugar.

[270]

Vid, con carácter general, BASEDOW, J. "La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand...ob. cit. p. 495.

[271]

QUIÑONES ESCAMEZ, A. "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico"...ob. cit. p.p. 304-305.

[272]

Sobre esta cuestión, vid nuestro trabajo "La regla *Lex fori regit processum*". En *Rev. Justicia* 2002, p.p. 121-143.

[273]

Vid. *supra*.

[274]

BGH de 14 de octubre de 1992, *IPRax*, 1993, p. 102.

d) Aplicación de los efectos atenuados de la excepción de orden público internacional²⁷⁵. Por medio de la aplicación de los efectos atenuados del orden público, en Alemania, los tribunales han admitido el repudio si los cónyuges estaban de acuerdo y la causa del mismo se encontraba establecida en el Derecho alemán²⁷⁶; sin embargo, el repudio producido en Aman no fue reconocido por el Tribunal alemán porque la mujer no tuvo la oportunidad de defenderse, no fue oída, no dió su consentimiento y fue informada *a posteriori*²⁷⁷. En el sistema francés la Cour de Cassation en su sentencia de 3 de noviembre de 1983²⁷⁸, en relación con un repudio de una pareja de marroquíes, estimó que este modo de divorcio en el que existe la prerrogativa unilateral del marido, no es contrario al orden público francés porque el mismo queda atenuado por las garantías pecuniarias que asumió la mujer. De esta forma, a mi juicio poco ortodoxa, se adecuan los dos derechos puestos en conflicto y se salvaguarda el principio de no discriminación por razón de sexo²⁷⁹. En Bélgica, la Corte de Apelación de Amberes, en su sentencia de 30 de junio de 1982, admitió que el repudio con compensación económica para la mujer establecido en el Derecho marroquí, puede asimilarse al divorcio por mutuo consentimiento regulado en los artículos 1287 a 1305 del Código judicial. Asimismo, existe una amplia jurisprudencia según la cual, el Derecho belga admite el reconocimiento de los repudios pronunciados en el extranjero siempre y cuando se hayan respetado los requisitos establecidos en el artículo 570 del Código judicial²⁸⁰. Por el contrario, el Tribunal de Namur, en su sentencia de 17 de mayo de 1990, rechaza el repudio declarado en el extranjero por voluntad unilateral del marido al no respetarse los derechos de defensa de la esposa, ya que se trataba de un matrimonio de marroquíes domiciliados en Bélgica y se daba la circunstancia de que la mujer había interpuesto demanda de divorcio ante los Tribunales belgas²⁸¹. En el Derecho italiano, el Tribunal de Apelación de Milán, en su Resolución de 17 de diciembre de 1991²⁸², declaró la no aplicación de la ley iraní al divorcio de un matrimonio de iraníes porque el artículo 1133 del Código civil iraní aplicable, como ley nacional común, reconocía al marido el derecho de repudiar unilateralmente a su mujer. El carácter unilateral del repudio, al mismo tiempo que su carácter humillante para la mujer eran las circunstancias que el Tribunal italiano consideró como intolerables y contrarias al orden público italiano. Incluso el Tribunal llegó más lejos, ya que la mujer declaró su conformidad con la disolución del matrimonio, y el Procurador General del Tribunal de apelación se había pronunciado a favor de la concesión del divorcio, pero los jueces italianos hicieron caso omiso a todas estas circunstancias y, ateniéndose únicamente a la letra de la ley, discriminatoria para la mujer, se negaron a pronunciarse a favor del divorcio. Lo cual, a nuestro juicio es excesivamente riguroso, ya que, la excepción de orden público internacional ha de entrar en juego cuando los derechos de la mujer queden menoscabados porque se infrinja el derecho a la igualdad, lo cual no sucedía en este caso, al estar ella de acuerdo con el divorcio, de modo que, más que protegerla, el Tribunal, con esta decisión la perjudicó.

En el Ordenamiento Jurídico francés, los tribunales han tenido bastantes ocasiones de pronunciarse en relación con el repudio y su adecuación a los derechos fundamentales, ya que Francia es un país en el que prolifera la inmigración de musulmanes. El art. 310 del Código civil francés señala que *El divorcio y la separación de cuerpos se regirán por la ley francesa en los siguientes casos:*

[275]

La aplicación de esta teoría se inicia con el caso *Rivière*. Cour de Cassation Civile de 17 de abril de 1953, *RCDPI*, 1953, p. 412. Vid. Nota de Batiffol.

[276]

Ello a pesar de que el artículo 17.2 del EGBGB, dispone que el divorcio en Alemania sólo puede ser declarado en juicio.

[277]

Sentencia del Tribunal L'Amtsgericht d'Hambourg de 24-enero-1985. *IPrax* 1986 p. 114, nota de HENRICH, D.

[278]

Cour de Cassation, 3 de noviembre de 1983, *RCDIP*, 1984, p. 325 y nota de Fadlallah. Esta decisión consideró que el repudio revocable no constituía ninguna desventaja para la mujer, ya que suponía un tiempo de reflexión en el que los esposos podían acordar reiniciar la vida en común, el cual en nada se oponía al sistema francés; sin embargo, esta orientación es abandonada por la jurisprudencia francesa, habida cuenta de las duras críticas realizadas por la doctrina y en el caso *Senoussi* de 1 de marzo de 1988, la Corte de Casación no admite la revocabilidad del repudio considerando que los derechos de defensa de la mujer no han sido respetados. *RCDIP*, 1989, p. 723.

[279]

Esta solución ha sido justificada por J. DEPREZ, entendiéndose que, aunque el repudio sea contrario al orden público, es necesario aceptarlo, ya que hay que evitar las situaciones claudicantes en las que la mujer tiene más que perder que ganar. "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de Droit international privé". En *Familles-Islam-Europe*, dir, por M.C. Foblets. Paris 1996, p.p. 94-98. *Ibid.* "Droit international privé et conflicts de civilisation"...ob. cit. p. 260-270.

[280]

Vid. CARLIER, J-Y "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié". *Journal des Tribunaux*, 1985, p. 101.

[281]

Revista *Trimestrale de droit de famille* 1990, p. 431.

[282]

Vid. resolución en *Revue di Diritto internazionale privato e processuale*. 1993, p.p. 109 y ss.

1.- Cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad francesa, 2.- Cuando ambos esposos tengan el domicilio conyugal en territorio francés 3.- Cuando ninguna ley extranjera se considere competente y los tribunales franceses sean competentes para conocer del divorcio o de la separación".

Este precepto aplica la ley nacional común de los esposos, siempre y cuando sean nacionales franceses y, en su defecto, la ley del domicilio común, asimismo aplica la ley francesa si los tribunales franceses son competentes para conocer del divorcio. En el caso de parejas musulmanas que pretendan divorciarse en Francia, lugar en donde tienen su domicilio conyugal, la situación se complica considerablemente²⁸³, ya que el divorcio se rige por la ley francesa si los esposos tienen su domicilio común en Francia, indicando en tal sentido la Corte de Casación que los Tribunales franceses no tienen competencia exclusiva en materia de declaración de divorcio, sino que esta competencia es especial por razón de la materia, de modo que la elección de otro tribunal para instar la separación o el divorcio no es fraudulenta²⁸⁴. Así, esta jurisprudencia facilita la importación a Francia de divorcios obtenidos en su país de origen a extranjeros domiciliados en Francia, relegando de esta forma la ley francesa sobre el divorcio. Ofrece pues, a los musulmanes establecidos en Francia la ocasión inesperada de obtener de su "juez natural" en su patria de origen la disolución de su unión y que ésta tenga la bendición del orden jurídico francés. Por lo tanto, es suficiente que el marido musulmán haga un viaje a su país de origen, repudie a su mujer, sin que a ésta le quepa argumentar nada en contra, ya que en el procedimiento de repudio la mujer habla en último lugar y las garantías son más formales que reales, se case con otra y la primera esposa vaya a Francia con su acta de repudio para que el mismo se reconozca como divorcio en este país, ya que es en Francia donde la primera esposa musulmana tiene, o ha tenido, durante la vigencia del matrimonio, su domicilio. De este modo, para el hombre es más fácil escapar a las exigencias judiciales del divorcio francés que contiene mayores garantías para la mujer, sea ésta francesa o musulmana y más teniendo en cuenta que esas acciones de repudio las realizan los musulmanes en su país de origen, no solamente en relación con la esposa de su misma nacionalidad, sino también en relación con su esposa francesa²⁸⁵, o española, en su caso.

Teniendo en cuenta que han sido los propios tribunales franceses los que han declarado que no tienen competencia exclusiva en materia de divorcio, se ha dado el caso en que, una vez interpuesta la demanda de divorcio ante los tribunales franceses por la mujer, ya sea ésta francesa o de otra nacionalidad de Derecho musulmán, y, habiendo éstos dictado medidas provisionales acerca de los hijos, domicilio, pensión alimenticia, etc., pero sin que la resolución sea definitiva, el marido, con la finalidad de paralizar el procedimiento sobre divorcio que la mujer ha iniciado ante los tribunales franceses²⁸⁶, se ha ido a su país de origen y allí ha obtenido el repudio. Esta situación si que constituye fraude desde el punto de vista de los tribunales franceses²⁸⁷, sobretodo cuando la finalidad del marido es escapar a los efectos del divorcio dictado según la legislación francesa²⁸⁸, de acuerdo con la cual se fija una pensión para la mujer y los hijos, se toma un acuerdo sobre el domicilio conyugal, se decide acerca de la guarda y custodia de los hijos, etc. y cuando no se respetan los derechos de defensa de la esposa²⁸⁹. Asimismo, los tribunales franceses, a pesar de haber declarado que la competencia en materia de separación y divorcio es especial por

[283]

Los motivos por los que la situación aparece más complicada son básicamente los siguientes: en primer lugar, el sistema islámico sólo respeta las decisiones judiciales extranjeras, si se ha observado el Derecho musulmán, el cual reconoce un papel primordial al hombre que es el que goza de todas las prerrogativas y, en segundo lugar, las mujeres musulmanas que tienen su domicilio en Francia, prefieren interponer demanda de divorcio ante los tribunales franceses, en la seguridad de que la legislación francesa va a ser más favorable a sus derechos, mientras que los hombres musulmanes prefieren acudir al repudio en su país de origen. Si una pareja de musulmanes posee su domicilio conyugal en Francia, se aplicará la ley francesa a su divorcio. De la aplicación de la ley extranjera, la ley francesa, la mujer musulmana puede esperar un procedimiento más respetuoso con sus derechos, una igualdad de trato, compensaciones económicas proporcionadas etc. Sin embargo, los códigos árabes-musulmanes, no se refieren a los casos de divorcio realizados en el extranjero y se contentan con aludir a la ley nacional del marido sin otra precisión. Incluso se inclinan por la aplicación del Derecho musulmán en las relaciones mixtas; por lo tanto, negarán el *exequatur* a este divorcio realizado en Francia porque no aplica la ley musulmana y se opone a su orden público internacional.

[284]

Esta doctrina emana de l'arrêt Simitch de 6 de febrero de 1985. *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 369 y *Journal de Droit international Clunet*, 1985, p. 460. Nota de HUET, A.

[285]

Sobre la evolución de la jurisprudencia en esta materia. Vid. Con carácter general, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo". En Ob. col. *Estatuto personal y multiculturalidad en la familia...* ob. cit. p.p. 45-46.

[286]

Este tipo de repudios ha sido denominado como "estival" o "migratorio". Vid. ANCEL, B. Nota a la resolución del TS francés de 24 de noviembre de 1993, en *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 370.

[287]

Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 6 de julio de 1982, *Rev. Critique de droit international privé*, 1984, p. 325. Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 15 de noviembre de 1988, *Rev. Critique de droit international privé*, 1990, p. 809. Sentencia del Tribunal de Casación de 6 de junio de 1990. *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 593. Nota de COURBE, P. y sentencia de 1 de marzo de 1988, *Revue critique de droit international privé*, 1989, p.721. Nota de SINAY-CITERMANN, A.

[288]

Sobre las parejas de marroquíes residentes en Francia que acuden a su país de origen con la finalidad de evitar la aplicación de la ley francesa, vid. HAMME, P. "Effects en France des repudiations musulmanes; fraude et ordre public". En *Droit de l'enfance et de la famille*, 1996, p.p. 106-112.

[289]

La jurisprudencia francesa ha sido muy rígida en este sentido, no admitiendo la eficacia de los repudios producidos en el extranjero al constituir un fraude a la jurisdicción francesa y al no respetar los derechos de defensa de la esposa sobre la base del Protocolo num. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

razón de la materia, también se han cuestionado la legitimidad del marido para instar el repudio en el país de origen cuando el matrimonio está domiciliado en Francia²⁹⁰. Todas estas circunstancias han desembocado en que la jurisprudencia francesa sea muy diversa y no siga una pauta homogénea en cuanto al reconocimiento de los repudios²⁹¹.

6. Respuestas del Derecho internacional privado español en relación con el repudio

Ante todo, hemos de indicar que nuestra jurisprudencia ha sido de lo más variada en cuanto a sus resoluciones por la cantidad de circunstancias que ha tenido que abordar en relación con el repudio. No obstante y, a modo de sistematización, podemos señalar como más importantes las siguientes:

6.1. Autoridad interviniente en el repudio

El artículo 89 del Código civil²⁹² indica que la disolución del matrimonio por divorcio solo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. Nuestro sistema, por lo tanto, exige un pronunciamiento judicial, cual es la sentencia, para el reconocimiento de un divorcio. Al hilo de esta cuestión se plantea ante nuestro Ordenamiento el problema de la admisión de aquellas resoluciones dictadas en el extranjero que se pronuncian a favor de la concesión de un repudio, pero que no están dictadas por un órgano jurisdiccional. Hemos de señalar, no obstante, que el Reglamento del Consejo 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 ya citado, admite como resolución objeto de reconocimiento y ejecución, aquellas dictadas por autoridades, judiciales o no, que tengan competencia en materia matrimonial (considerando 9 *in fine*).

De esta forma, ante una resolución de repudio dictada en el extranjero presentada ante las autoridades españolas para su reconocimiento en España, nuestras autoridades han de analizar, en primer lugar, si la autoridad que intervino en el pronunciamiento del repudio (*adul*) actuó con carácter jurisdiccional, o simplemente como fedatario de la voluntad de los cónyuges, o, en la mayoría de los casos, cónyuge; es decir, se trata, como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ²⁹³ de divorcios acordados por los cónyuges o decididos de forma unilateral por el esposo, pero que aparecen "visados" por una "autoridad pública" o que desarrolla funciones públicas. Suelen ser notarios o equivalentes, pero también es frecuente que se trate de autoridades religiosas en países confesionales, ya que en esos países tales autoridades ostentan el doble carácter de autoridad religiosa y autoridad civil. Por ello desarrollan funciones religiosas y civiles al mismo tiempo; sin embargo, hay que señalar que la intervención de estas autoridades suele tener un carácter muy restringido, ya que se limitan a intervenir a efectos meramente fedatarios, o sea, dan fe de la voluntad de las partes o de la del hombre, pero sin adoptar decisión alguna, simplemente hacen constar el acuerdo de los cónyuges en "documento público", "acta notarial" o "acta de repudio".

Así las cosas, nuestro Tribunal Supremo en sus resoluciones ha estimado que el orden público internacional español va a intervenir rechazando la resolución de repudio, no cuando la autoridad que interviene no sea jurisdiccional, sino

[290]

Sentencia del Tribunal de Casación de 6 de junio de 1990.

[291]

Un análisis de las directrices seguidas por la jurisprudencia francesa con relación al reconocimiento de repudios, puede consultarse en EL-HUSSEINI, R. "Le Droit international privé français et la repudiation islamique". *Revue critique de droit international privé*, 1999, num. 3, p.p. 427-468. FADLALLAH, I. "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?". *Revue Critique de droit international*, 1981, p.p. 17-34. MONÉGER, F. "Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?". *Journal Clunet de droit international*, 1992, p.p. 347-355.

[292]

Vid. MONTES PENADÉS, V. "Artículo 89", En AA.VV. *Comentarios del Código civil*. T. I. Madrid 2000. p.p. 379-381.

[293]

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Divorcios extranjeros sin intervención judicial...ob. cit. p. 44.

únicamente en relación con la función que cumplió la autoridad interviniente; es decir, si la autoridad que intervino, independientemente de que sea judicial o no, realizó funciones jurisdiccionales, el orden público internacional español no entrará en juego, solamente lo hará si la autoridad ante la que se pronunció el repudio no actuó con tales funciones. Así, en su Auto de 17 de septiembre de 1996²⁹⁴ manifiesta que: "No ha de ser obstáculo a lo anterior el hecho de que el divorcio se haya instado ante los *Adules*, quienes extienden el acta... pues enseguida se advierte sobre la subsiguiente homologación del acta extendida por el Juez Notarial Cadí adscrito al correspondiente tribunal, en funciones jurisdiccionales, de donde se sigue que el proceso ha contado con una autoridad jurisdiccional que ha dotado de eficacia constitutiva al acto". Así pues, ya que interviene una autoridad judicial, el juez español autoriza el *exequatur* a tenor del artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, cuando el Tribunal Supremo aprecia que la autoridad interviniente no lo ha hecho realizando funciones jurisdiccionales, rechaza la posibilidad de *exequatur* de ese repudio pronunciado en el extranjero. Así lo indica en su Auto de 23 de julio de 1998²⁹⁵ argumentando que: "No se ha aportado el informe exigido sobre el carácter de las funciones de los *Adules* autorizantes...Ocurre, así, pues, que no se ha probado, de una parte, la condición de autoridad judicial o de funcionario público revestido de "*imperium*" en los *Adules* autorizantes del acto, que, por demás, presenta las notas de un acuerdo privado entre los cónyuges en el cual la intervención de aquellos aparece como un requisito formal traído por el ordenamiento jurídico aplicable al fondo para homologar, sancionar o prestar algún tipo de autenticidad al acto, pero sin que su decisión -si la hubo- produjera efecto constitutivo alguno en el estado civil de los esposos..."²⁹⁶.

Algunos Estados musulmanes, conocedores de estos inconvenientes en relación con los divorcios privados y la naturaleza extrajudicial del acto de repudio, han exigido en sus respectivas legislaciones, bien la presencia de un juez, como es el caso de Argelia²⁹⁷, o bien la presencia tradicional de dos *adules*, pero la homologación posterior del acta de repudio por un juez, como es el caso de Marruecos²⁹⁸.

6.2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de separación y divorcio

Ante todo, el Tribunal Supremo, al igual que sucedía cuando estudiamos el Derecho francés, ha declarado que la competencia de nuestros tribunales no es exclusiva para conocer de los casos de separación y divorcio, sino que esta competencia, a tenor del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Reglamento de Consejo 2201/2003 de 27 de noviembre, es especial por razón de la materia. Por este motivo, nuestros tribunales no se pueden negar a conceder el *exequatur* a sentencias de divorcio pronunciadas en el extranjero.

Al tratarse de una competencia judicial por razón de la materia, el Tribunal Supremo ha ido articulando un control acerca de la competencia del juez de origen, la cual debe basarse en un criterio razonable. Así, la Sala Primera, viene considerando que los supuestos de separación y divorcio que forman parte del volumen de competencia judicial internacional, a tenor del artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solo pueden suscitarse ante un tribunal

[294]
RJA 2908/1998.

[295]
RJA 5337/1998. Vid comentario en contra de esta Resolución por QUINONES ESCÁMEZ, A. *REDI* 1999-1, p.p. 204-207. En igual sentido, Auto del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999, RJA 4346/1999 y 6 de febrero de 1996 RJA 7192/1998.

[296]
No obstante, en otros Autos, el Tribunal Supremo ni siquiera se cuestiona sobre la naturaleza de las funciones de los *Adules*. Vid. Auto de 21 de abril de 1998 RJA 3563/1998, 7 de julio de 1998 RJA 6088/1998.

[297]
El artículo 49 del Código de Argelia señala que: "El divorcio es declarado mediante sentencia, tras el intento de reconciliación por parte del juez, en un plazo no superior a tres meses".

[298]
El artículo 48 del Código marroquí señala que: "1) El repudio debe ser firmado por dos notarios en funciones en la demarcación territorial bajo la jurisdicción del juez del domicilio conyugal. 2) El repudio será registrado en presencia de ambas partes, tras la autorización del juez..."

extranjero si éste puede asumir su conocimiento con base en uno de los supuestos existentes en nuestro derecho o, por lo menos, que manifiesten una similitud con los mismos. En este sentido se decanta el Auto del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1982 que deniega el *exequatur* considerando que se da el hecho de que "... *son ambos cónyuges españoles, residentes en España, donde contrajeron matrimonio...*"; sin embargo, en su Auto de 13 de diciembre de 1985 estima el *exequatur* al observar que: "...*ya que por la misma razón que la normativa española atribuye competencia a los tribunales españoles cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y residencia del demandado, se impone reconocer dicha competencia al tribunal extranjero, cuando el demandante ostente la nacionalidad del tribunal de origen o resida habitualmente en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad o residencia del demandado*" y, en el Auto de 5 de julio de 1988, siguiendo esta misma línea, el Tribunal manifiesta que la Ley Orgánica del Poder Judicial "... *atribuye competencia a los tribunales españoles para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio cuando los litigantes sean residentes en España; se impone reconocer dicha competencia al tribunal extranjero cuando la residencia la hubieran tenido ubicada en aquel país*"²⁹⁹.

6.3. Acciones convencionales emprendidas por el Estado español en aras de la cooperación judicial internacional

En el Derecho español, al igual que en otros Estados europeos³⁰⁰, se han empezado a concertar tratados bilaterales con Estados de Derecho islámico. Este ha sido el caso del Convenio con Marruecos sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia mercantil, civil y administrativa de 30 de mayo de 1997³⁰¹; sin embargo en un primer momento no pudimos apreciar el modo en que se llevaba a cabo su aplicación, toda vez que, cuando las partes solicitaron el *exequatur* de una sentencia de divorcio o repudio marroquí, el Tribunal Supremo se limitó a indicar que, a tenor del Convenio bilateral, el órgano competente para conocer de este procedimiento de homologación es el Tribunal de Primera Instancia, declinando así su competencia³⁰². En un estadio posterior y, a tenor de dicho Convenio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22^a) de 22 de junio de 2001³⁰³, denegó la eficacia de cosa juzgada en España de un repudio pronunciado en Marruecos considerando que se había infringido el artículo 23.2 del Convenio al no haber resultado probada la citación legal de la esposa ni la notificación de la resolución a la misma.

Los tribunales españoles han de ser especialmente rigurosos al analizar una resolución extranjera para *exequaturizarla* en España, ya que la misma, no sólo ha de ser respetuosa con los derechos fundamentales de carácter material, sino también con los de carácter procesal, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 24 de nuestra Constitución y han de ser observados aunque la resolución se haya dictado en el extranjero. De esta forma, si en un procedimiento de repudio, donde no se suele garantizar la comparecencia de la mujer, ni su defensa, ni se la cita legalmente, ni su derecho de audiencia, de notificación de la resolución, etc, pretende tener un reconocimiento en nuestro Estado, la respuesta de nuestros tribunales ha de ser a todas luces negativa³⁰⁴. Nuestro Estado toma las precaucio-

[299]

En el mismo sentido, Vid. Autos del Tribunal Supremo de 13-diciembre-1984, 11-julio-1984, 24-septiembre-1984, 17 y 24-diciembre-1985, 25-febrero-1986, 6 y 7-abril-1986. Vid. con carácter general CALVO CARAVACA, A.L. *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*. Madrid 1986, *passim*. ARENAS GARCÍA, R. El control de oficio de la competencia judicial internacional. Madrid 1996.

[300]

Convenio de Francia con Túnez relativo a la cooperación judicial en materia de custodia de los hijos, de derecho de visita y obligaciones alimenticias de 18 de marzo de 1982. Vid texto en *Revue critique de droit international privé*. 1983, n° 3, p.p. 539-544. El Convenio de Francia con la República Árabe de Egipto sobre la cooperación judicial en materia civil, incluido el estatuto personal y en materia social, comercial y administrativa de 25 de mayo de 1983. Vid texto en *Revue critique de droit international privé*. 1983, n° 4, p.p. 745-759. . El Convenio Algéro-francés de 21 de junio de 1988 relativo a los hijos de parejas mixtas separadas Vid. texto en *Revue critique de droit international privé*. 1988, p. 797 y comentarios a la misma por MONÉGER, F. *Journal de droit international Clunet*. 1989, p.p. 41-62. MEBROUKINE, A. *Revue critique de droit international privé*. 1991, n° 1, p.p. 1-39. El Convenio Franco-Marroquí de 10 de agosto de 1981 relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación judicial Vid texto en *Revue critique de droit international privé*. 1983 n° 3, p.p. 531-538 y comentarios a la misma por MONÉGER, F. *Revue critique de droit international privé*. 1984 n° 1, p.p. 2-288. DECROUX, P. *Journal de droit international Clunet*. 1985, P.P. 49-101.

[301]

B.O.E. núm. 151 de 25 de junio. Vid comentario por MOYA ESCUDERÓ, M. y ZEKRI, H. *Revista española de Derecho internacional*, 1997, num. 2, p.p. 369-377. GARAU SOBRINO, F.F. en obra colectiva *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo Mediterráneo*. Actas de las XVII jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional público y privado y relaciones internacionales. Madrid 1999, p.p. 167-179.

[302]

Vid Autos del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1998, RJ 1998/6088, 13 de octubre de 1998, RJ 1998/7670 y 16 de marzo de 1999, RJ 1999/2149.

[303]

Vid. Rev. *Actualidad Civil*, num. 1539 de 2001.

[304]

La observancia de los derechos fundamentales, tanto de carácter procesal, como material, por nuestros tribunales en materia de reconocimiento de resoluciones de repudio, es acertadamente desarrollada por AGUILAR GRIEDER, H. "Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en DIPr.". En *Cuestiones actuales de derecho comparado*. Dir. G. Morán García. La Coruña 2003, p.p. 258-259.

nes necesarias en la negociación de los convenios para que estas situaciones no tengan lugar y así, al contrario de lo previsto en el convenio bilateral entre Francia y Marruecos, nuestro Estado no prevé el posible reconocimiento de decisiones extranjeras de repudio, sino que se limita a señalar el no reconocimiento de las mismas en atención a su oponibilidad al orden público español (artículos 23 y 30)³⁰⁵, lo cual nos parece mucho más lógico³⁰⁶. El respeto al orden público del foro y a los derechos procesales de las partes se consignan también como condición para el reconocimiento de resoluciones judiciales en el convenio bilateral entre España y Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales de 24 de septiembre de 2001³⁰⁷.

6.4. Requisitos que ha de cumplir un repudio pronunciado en el extranjero para su posible reconocimiento en España: Conformidad con el orden público internacional español

El efecto perseguido normalmente por las partes cuando acuden ante las autoridades españolas para que se les reconozca un repudio dictado en un país musulmán es el efecto constitutivo; es decir, que la autoridad judicial española declare que esos divorcios son válidos a efectos de que alguna de las partes recupere la capacidad nupcial y pueda contraer nuevas nupcias con otra persona. Para ello, esa resolución de repudio ha de ser inscrita en el Registro Civil español y es aquí donde entran en conflicto la legislación islámica y la española, ya que, según el artículo 83 del Reglamento del Registro Civil, únicamente podrán insertarse en el Registro Civil "*Las sentencias extranjeras que hayan ganado el exequatur en España*" o también, a tenor del artículo 81 del mismo texto legal "*los documentos auténticos extranjeros con fuerza en España de acuerdo con las leyes o los tratados*".

Es obvio que una acta de repudio no se puede asimilar a una sentencia extranjera. En todo caso, podría encontrar a su semejante en la categoría de documento auténtico extranjero; sin embargo, nuestros tribunales, para paliar todas estas deficiencias, a veces realizan una interpretación flexible de los requisitos exigidos por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁰⁸ para que una resolución extranjera obtenga en España el *exequatur* y así, si estos divorcios privados están visados por autoridades públicas extranjeras y constan en documento público otorgado ante dicha autoridad (notario extranjero, cónsul extranjero, etc.) o bien, acceden al Registro Civil español si el documento en el que constan cumple las formalidades registrales españolas (validez del acto conforme al Derecho internacional privado español y legalización y traducción del documento)³⁰⁹, (artículos 144 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)³¹⁰, o bien, lo hacen a través del procedimiento de *exequatur*³¹¹.

A tenor de estas posiciones mantenidas por Tribunal Supremo, éste consideró que el divorcio pronunciado en Marruecos entre dos marroquíes, ya se llame divorcio o repudio, cumplió con todos los requisitos exigidos por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto en cuanto la ley marroquí atribuye tanto al esposo, como a la esposa, la facultad de promoverlo, como sucede en el caso en examen en el cual, quien lo insta de los tribunales marroquíes es la mujer y la resolución resulta irrevocable, de modo que, los derechos que nuestra Constitución consagra y que son aplicables sin discriminación por razón de sexo, se respetan, tanto en la legislación, como en el procedimiento llevado a cabo en Marruecos³¹².

[305]

En relación con el orden público Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. "La cooperación internacional en el Derecho internacional privado", en AA.VV. *La cooperación internacional*. Coord. F. Aldecoa Luzarraga. Universidad del País Vasco. Bilbao 1993, p.p. 221 245. El autor señala los modos en los que ha de ser apreciado el orden público dentro de la cooperación internacional, señalando al respecto que: "...la contradicción del derecho extranjero con el foro, al ser apreciada por el juez, puede cuantificarse o medirse (exigencia de incompatibilidad manifiesta), puede graduarse temporalmente (en los diferentes momentos de la vida de una relación jurídica) y puede especificarse o singularizarse (frente a ciertas normas entre las integrantes de un ordenamiento jurídico)". (p. 239).

[306]

El Convenio de Francia con Marruecos ya señala en su Preámbulo que uno de los fines del mismo es la salvaguarda de la identidad nacional. A tenor de este Tratado, la ley aplicable será la ley nacional común en el momento de la presentación de la demanda y, en su defecto la ley del domicilio común en el momento de la presentación de la demanda o del último domicilio común. En materia de competencia judicial internacional son competentes tanto los tribunales marroquíes, correspondientes a la nacionalidad común, o los tribunales franceses, tribunales del domicilio común. Con estos acuerdos bilaterales, Francia pretende que las desventajas que se derivan para la mujer de la aplicación de la ley musulmana sean lo menos gravosas posible. No obstante, para conseguir la salvaguarda de la identidad cultural, Francia ha consentido la inclusión en el pacto de preceptos que benefician a la mujer francesa, pero que no protegen a la musulmana. Así, si la mujer es marroquí, a tenor del Convenio, se acepta el repudio dictado en Marruecos, homologado por un juez marroquí, como si se tratara de un divorcio pronunciado en el extranjero; sin embargo, si la mujer implicada es francesa, el repudio pronunciado en Marruecos y homologado por el juez marroquí, únicamente producirá efectos en Francia a petición de la mujer. La nacionalidad francesa de la mujer constituye, según el Convenio, la relación con el territorio, siendo un obstáculo para el reconocimiento de repudios en Francia si no es a demanda de la misma. Al contrario, si la mujer es marroquí, parece, según el texto del Convenio, que la excepción del orden público francés no se puede oponer al reconocimiento del repudio. Así lo ha entendido la Corte de Cassation admitiendo un repudio pronunciado en Marruecos, incluso cuando la mujer había interpuesto la demanda de divorcio ante los tribunales franceses (Sentencias de la Corte de Cassation de 1 de diciembre de 1987 y de 6 de julio de 1988. *Revue critique de droit international privé*. 1989, p. 733. Nota de NIBOYET, M.L. y *Journal de droit international Clunet*. 1989, p. 63. Nota a la segunda sentencia por MONEGER).

[307]

BOE num. 52 de 1 de marzo de 2003. El artículo 18 del Convenio señala que para que se reconozca una resolución judicial en materia civil o mercantil, se han de cumplir, entre otras las siguientes condiciones: a) Que la resolución emane de un órgano jurisdiccional competente, b) que la parte vencida en juicio haya sido citada regularmente, c) que la resolución sea firme, d) que no sea contraria al orden público del Estado en que se invoque o a los principios de derecho público aplicables en dicho Estado, e) que no se oponga a una resolución dictada en el Estado requerido, si tiene en él efecto de cosa juzgada, f) que no se haya incoado previamente un litigio entre las mismas partes y por la misma causa en el Estado requerido g) que la resolución no sea fruto de maniobras fraudulentas.

La práctica de nuestros tribunales, a mi entender, va mucho más allá y, en un Auto del Tribunal Supremo, anterior al comentado, se concede el *exequatur* de una sentencia marroquí de divorcio, a tenor del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el juicio de origen se siguió con el conocimiento de ambos cónyuges, habiendo comparecido la esposa mediante la representación de su padre, según establece la legislación del Estado de origen, pero además el Tribunal Supremo añade que: "...concorre además la circunstancia de ser la demandada en aquel juicio de origen quien solicita el "exequatur", lo que, de acuerdo con reiterada doctrina de la Sala, habría de purgar cualquier infracción u omisión en que se haya podido incurrir en él"³¹³. La línea jurisprudencial iniciada por nuestro Tribunal me parece, a todas luces progresista, ya que, con ella pretende paliar los defectos que la ley del Estado de origen pueda tener en relación con disposiciones que puedan ser discriminatorias para las mujeres; es decir, siendo tolerante y de mentalidad abierta, haciendo caso omiso de ciertas disposiciones extranjeras que predicen la desigualdad entre el hombre y la mujer, el Tribunal español adecua nuestro sistema jurídico a la salvaguarda de los derechos fundamentales de las mujeres. No se fija en el *dictum* de la norma, sino en el resultado de justicia material que con su resolución puede llegar a obtener. Como afirma M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO³¹⁴, a través de la flexibilización de la cláusula de orden público internacional se trata de conseguir la justicia material para el caso concreto; es decir, un resultado materialmente justo que tenga en cuenta los intereses en presencia, así como las circunstancias concretas del caso.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo en su Auto de 21 de abril de 1998 admite el *exequatur* y no declara la incompatibilidad de la resolución extranjera con el orden público internacional español indicando que no se debe "elevar al formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que 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 *exequatur* se recibiría la sentencia con este mismo contenido". Estos pronunciamientos nos dan a entender que, si el que solicitara el *exequatur* en España fuera el marido, los requisitos para su otorgamiento serían mucho más estrictos y no se permitiría la homologación si la mujer sufriera un perjuicio, como en el caso de un repudio de forma unilateral.

Asimismo, el Tribunal Supremo no acepta, por su oposición al orden público español, ya que la fijeza del estado civil de la persona constituye un principio de seguridad jurídica, los repudios que no son definitivos; es decir aquellos repudios en los que el marido goza de la facultad de su revocación. Así, el Auto del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1996³¹⁵, manifiesta que un acta de declaración de divorcio acordada ante dos notarios en Marruecos, pone de relieve el carácter de provisionalidad de la disolución del vínculo matrimonial, no pudiéndose aceptar en nuestro Ordenamiento por su incompatibilidad con el orden público, remitiéndose al Auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1996, en el que se indicaba que: "La disolución del vínculo por el divorcio se construye en nuestro Ordenamiento Jurídico desde la esencial nota de la invariabilidad, es decir, de una manera definitiva e irrevocable, lo cual no empece a que quepa un ul-

[308]

Este precepto señala que para que las ejecutorias tengan fuerza en España han de reunir los siguientes requisitos: "1º.- Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal. 2º.- Que no haya sido dictada en rebeldía. 3º.- Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. 4º.-Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España".

[309]

Acerca de la necesidad del cumplimiento de estos requisitos, Vid. ADAM MUÑOZ, M.D. "Los documentos otorgados en el extranjero como medio de prueba en el proceso civil español". *Revista Justicia*, 1994-II, p.p. 327-366.

[310]

El artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para la validez del documento extranjero, el cumplimiento de los siguientes requisitos: "1º) Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2º) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España". El artículo 144 señala la necesidad de que todo documento que esté redactado en cualquier idioma que no sea el Castellano o en cualquier lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, deberá ir acompañado de una traducción del mismo.

[311]

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo" en *Estatuto personal y multiculturalidad en la familia...* ob. cit. p.p. 39-66.

[312]

Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998, RJ 1998/2924.

[313]

Auto de 17 de septiembre de 1996, RJ 1996/2908.

[314]

AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M. "Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad", En *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*. Ed. I. García Rodríguez, Alcalá de Henares 2001, p. 333.

[315]

RJ, 1998/2.907. En el mismo sentido Autos de 6-febrero-1996, 23-junio-1996, 16-julio-1996, 24-septiembre-1996 y 28-enero-1997.

terior nuevo matrimonio entre los esposos, pero sin que en modo alguno la subsistencia del ligamen pueda quedar sometida a la libre disposición de los cónyuges, de manera que, por su mera voluntad, pueda volverse al anterior estado marital -aún cuando la apreciación de las circunstancias determinantes de la revocación del divorcio se deje a una cierta Autoridad-, ya que pues ello repugna a la estabilidad y certeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, por ende, a la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer...".

Este mismo sentido sigue el Auto del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998³¹⁶, el cual deniega el *exequatur* de un acta de divorcio pronunciada en Marruecos, considerando que no se ha aportado informe exigido "... sobre si el divorcio así declarado supone la ruptura definitiva del vínculo matrimonial...", añadiendo que "... no queda acreditado el carácter definitivo e irrevocable de la disolución del vínculo, requisito éste que en nuestro Ordenamiento Jurídico resulta de inexcusable cumplimiento, hábida cuenta de la fijeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y de la seguridad jurídica que ha de producirse en torno a ellas".

Sin embargo, el Tribunal Supremo cambia el rumbo de sus pronunciamientos en el Auto de 21 de abril de 1998³¹⁷, por medio del cual el Tribunal concede el *exequatur* a una sentencia de repudio egipcia. La legislación egipcia concede al marido el derecho de repudio unilateral, pudiendo éste ser además revocable. La esposa repudiada solicita ante el Tribunal Supremo el *exequatur* de esta resolución egipcia y, el Tribunal Supremo, lejos de afirmar que no se puede admitir porque la legislación egipcia pugna en nuestro Ordenamiento con la excepción de orden público internacional, entiende que: "...ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el *exequatur*, unido al dato de que ha transcurrido con creces el tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido, quien consta acreditado en autos, ha contraído, por ende nuevas nupcias... ha desaparecido la nota de inestabilidad e incertidumbre en el estado civil que repugna a los principios básicos inspiradores de nuestro ordenamiento y, de otra, ya no se recibe una resolución que materialmente produzca una injustificada desigualdad entre los cónyuges, por más que esa desigualdad tenga su raíz en la propia norma extranjera aplicada, pues no se puede hacer valer al tiempo del reconocimiento. 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..."³¹⁸.

A mi juicio, sobran los comentarios en relación con este *dictum* por lo plausible que es la actuación del Tribunal Supremo; sin embargo, no puedo resistirme a elogiar su pronunciamiento. En esta resolución, el Tribunal tiene en cuenta el principio de *actualidad del orden público* al validar una ley que, en un principio es discriminatoria para la mujer y, por lo tanto, contraria a nuestros principios constitucionales, y apreciar el juego de la misma en el momento en que la mujer solicita el *exequatur* de la resolución. Su posición es sumamente coherente con nuestros principios constitucionales, ya que, la verdadera discriminación

[316]
RJ, 1998/5337.

[317]
RJ 1998/3562.

[318]
En relación con esta posición del Tribunal Supremo, algunos autores han afirmado que la voluntad de la mujer repudiada podría constituir un criterio de flexibilización del juego de la excepción del orden público internacional, respetando así su identidad cultural. Vid. FOGLEETS, M.C. "Conflits conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle?" *Annales de Droit de Louvain* 1999, p.p. 66-68.

para la mujer se produciría si el Alto Tribunal llevara hasta sus últimas consecuencias la aplicación de la excepción de orden público internacional; es decir, el Tribunal no analiza si la norma extranjera aplicada en su momento es contraria a los principios del Ordenamiento Jurídico español, sino que lo que hace es examinar si en el momento en que la mujer solicita el *exequatur*, el precepto extranjero se opone al orden público internacional español, lo cual a mi juicio supone una aplicación progresista de la excepción de orden público internacional y un perfecto entendimiento de la utilidad de la misma, toda vez que su función radica en no admitir una normativa extranjera que se oponga a los principios constitucionales del Ordenamiento español, pero en el momento que el que se ha de analizar la cuestión o aplicar la normativa. De este modo, observamos con cierta satisfacción, como indica H. AGUILAR GRIEDER, como la cláusula de orden público internacional "ha pasado de tener un carácter defensivo de los principios y valores fundamentales del foro en cuanto a tales, a tener en la actualidad un carácter protector de las personas que resulten afectadas por la vulneración de dichos valores y principios"³¹⁹.

Desde mi punto de vista, los tribunales españoles han de seguir esta pauta de conducta iniciada; es decir, han de adoptar soluciones flexibles capaces de solucionar y alcanzar la justicia material para el caso concreto. Solo así se podrá lograr la protección de los derechos de la mujer, ya sea ésta de nacionalidad de un país Islámico o ya sea española. Lo cierto es que nuestros tribunales han de conciliar la ley nacional de los individuos con el respeto al orden público español, pero sin llevar éste a sus últimas consecuencias, de manera que la aplicación de esta excepción permita un margen de apreciación y discrecionalidad para lograr la observancia de los derechos fundamentales de las personas que conviven en nuestro territorio para que verdaderamente el valor jurídico de la igualdad sea uno de los pilares que sustenten nuestro Estado Social y Democrático de Derecho³²⁰.

[319]

AGUILAR GRIEDER, H. "Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos..."...ob. cit. p.p. 248-249.

[320]

No obstante, esta pauta no es seguida por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2001 cuando considera que una nacional marroquí, repudiada por su marido en Marruecos en el año 1984, no es libre; es decir, tiene impedimento de ligamen para contraer matrimonio en España con un español soltero, indicando que ese repudio es revocable y no respetando, por lo tanto el *ius nubendi*. Vid comentario por QUIÑONES ESCAMEZ, A. "Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: el repudio revocable. En torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2001, sobre autorización del matrimonio civil". En *Derecho registral internacional*. Homenaje a la memoria del prof. R. Arroyo Montero. Madrid 2003, p.p. 297-304.

- CARLIER, J. Y.
Autonomie de la volonté et statut personnel. Bruselas 1992.
- CARLIER, J. Y.
"La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié". *Journal des Tribunaux*, 1985, p. 101.
- CARLIER, J. Y.
"Les contrats de mariage internationaux: aspects particulier des clauses relatives aux relations personnelles". Obra colectiva, *Relations familiales internationales*. Dirección, M. Verwilghen y R. consensuale". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p.p. 951-960.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.
"Crisis matrimoniales y dispersión del pleito". En Ob. col. *Globalización y derecho*. Dir. Por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. Madrid 2003.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.
Matrimonio y elección de ley estudio de Derecho internacional privado. Granada 2.000. Esp. p.p. 40-120.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.
Derecho civil español, común y foral. T. V. Derecho de familia. 12ª Ed. revisada y puesta al día por G. García Cantero y J.M. Castán Vazquez. Madrid 1994, p. P. 126 a 129.
- COMBALÍA, Z.
"Reconocimiento de la dote islámica en occidente: un estudio de la jurisprudencia estadounidense". *Revista AequiAlitas*, num. 10-11 de 2002, p.p. 41 a 50.
- COURBE, P.
"Le divorce et séparation de corps". *Repertoire Dalloz*, droit international, 2ª Ed. Paris, 1998 (hojas móviles).
- COURBE, P.
Sentencia del Tribunal de Casación de 6 de junio de 1990. *Revue critique de droit international privé*, 1991. p. 59.
- CRISTIANI, F.
"In tema di ordine pubblico e deliberazione di divorzio". *Consensuale*". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p.p. 951-960.
- Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia sucesiones. Ob. col. Dirigida por B. Moreno Quesada. Valencia 2003, 2ª Ed. p.57.
- DE VAL TENA, A.L.
"Matrimonio polígamo y pensión de viudedad". *Revista AequiAlitas* num. 10-11 de 2002, p.p. 68-70.
- DE WINTER, L.I.
"Domicile or nationality. The present state of affairs". *Recueil des Cours*, 1969, p.p. 347-504.
- DECROUX, P.
Journal de droit international Clunet. 1985, P.P. 49-101.
- DEPREZ, J.
"Droit international privé et conflicts de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel". *Recueil des Cours*. t. 211, 1988/IV, p.p. 200-216.
- DEPREZ, J.
Revue Critique de droit international privé. 1991, p.p. 694 y ss.
- DEPREZ, J.
"Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de Droit international privé". En *Familles-Islam-Europe*, dir, por M.C. Foblets. Paris 1996, p.p. 94-98.
- DEPREZ, J.
"Droit international privé et conflicts de civilisation".
- D'HONDT-VAN y OPDENBOSCH, P.
"Le statut personnel des musulmans en Belgique". En *Le statut personnel des musulmans*. Ob. cit. p. 9.
- DIAGO DIAGO, M.P.
"La nueva regulación española de la crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad". Ob. col. *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Dir. Por A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz. Madrid 2004, p.p. 271-294.
- DIAGO DIAGO, M.P.
"La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du Droit international privé espagnol" en *Annales de droit de Louvain*, num. 2001-4, p.p. 23 y ss.
- DIAGO DIAGO, M.P.
"Matrimonios de conveniencia". *Actualidad Civil*, 1996, num. 14/1, p.p. 329-337.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, P.
Revista Española de Derecho internacional, 1995, p.p. 317-318.
- DURANTE, F.
"Problèmes contemporains du divorce en Droit international privé". *Recueil des Cours*, 1976, vol 152, p.p. 1-78.
- EL-HUSSEINI, R.
"Le Droit international privé français et la repudiation islamique". *Revue critique de droit international privé*, 1999, num. 3, p.p. 427-468.
- ESPINAR VICENTE, J.M.
"Normas de Derecho internacional privado". En *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid 1984, p. 756.
- ESPINAR VICENTE, J.M.
"Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio". *Rev. Actualidad Civil*, num. 19 del 5 al 11 de mayo de 2003, p. 483.
- ESPINAR VICENTE, J.M.
El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado. Madrid, 2002
- ESPLUGUES MOTA, C.
El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras). Valencia 2003, p.p. 90-94.
- FADLALLAH, I.
"Vers la reconnaissance de la répudiation musulmana par le juge français?". *Revue Critique de droit international*, 1981, p.p. 17-34.
- FOBLETS, M.C.
"Conflicts conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle?". *Annales de Droit de Louvain* 1999, p.p. 66-68.
- FOYER, Jean y FOYER, Jacques.
"Divorce et séparation des corps". *Repertoire Dalloz Droit international privé*, 1968, vol. I, p.p. 620-634.
- GANNAGE, P.
"La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille". *Revue critique de droit international privé*, 1992, p.p. 429-432.
- GARAU SOBRINO, F.F.
en obra colectiva *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo Mediterráneo*. Actas de las XVII jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional público y privado y relaciones internacionales. Madrid 1999, p.p. 167-179.
- GARCIA DE BLAS VALENTÍN-FERNANDEZ, M.L.
En Ob. col. *Instituciones de Derecho Privado*. Coordinación, J.F. Delgado de Miguel. T. IV (familia). Vol. 1º, Madrid 2001, p.p. 72-75.
- GARCIA RODRIGUEZ, I.
La celebración del matrimonio no católico. Madrid 1999, p.p. 276 y 277.
- GAUDEMONT-TALLION, H.
"La désunion du couple en droit international privé". *Recueil des Cours* 1991, vol. 226, p.p. 9-280.
- GAUDEMONT-TALLION, H.
"La famille face au droit communautaire". En *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*. LGDT, Paris 1996, p. 99.
- GONZALEZ CAMPOS, J.D
"Derecho de familia. El matrimonio". En *Derecho internacional privado*. Parte especial Vol II Oviedo 1989, 2ª Ed. Reimpresión, p.p. 154-160.

CAPÍTULO VII

El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.

Derecho internacional privado.

Introducción. Apuntes policopiados curso 1983-1984. Madrid 1984.

GORDON, G.

"Ghu-lam Fatima: Extrajudicial divorces and de House of Lords". *Family Law*, 1986, p.p. 169-180.

GRAVESON, R.H.

"La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance des divorces et de séparation des corps". *Revue Critique de droit international privé*, 1972, p.p. 543-566.

HADDAD, T.

Notre femme, la législation islamique et la société. Túnez 1978, p.p. 85-103.

HAMME, P.

"Effects en France des repudiations musulmanes; fraude et ordre public". En *Droit de l'enfance et de la familia*, 1996, p.p. 106-112.

HENRICH, D.

Sentencia del Tribunal L'Amtsgericht d'Hambourg de 24-enero-1985. *IPrax* 1986 p. 114.

HUET, A.

L'arrêt Simitch de 6 de febrero de 1985. *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 369 y *Journal de Droit international Clunet*, 1985, p. 460.

JAYME, E.

"Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. 1993, p.p. 295 y ss.

JUAREZ PEREZ, P.

"Hacia un Derecho internacional privado intercultural". En *Obra colectiva Globalización y derecho*. Dir. Por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. Madrid 2003, p.p. 338-341.

LAGARDE, P.

"La théorie de l'ordre public

international face à la polygamie et à la repudiation. l'expérience française". En *Nouveaux itinéraires en droit*. Homenaje a F. Rigaux. Bruselas, 1993, p. 276.

LEQUETTE, Y.

Comentario a la Resolución de 17 de febrero de 1982. Corte de Cassation. *Revue critique de droit international*, 1983, p.p. 275 y ss.

LINANT DE BELLEFONDS, Y.

Traité de droit musulman comparé. Vol 2, Paris, La Haya 1965, p.p. 201-203.

MANYER I FARRÉ, J.

Quand l'Islam trunca a la porta. Barcelona 1996, p. 32.

MARTINEZ-TORRON, J.

"La igualdad de sexos en el sistema acordado de relaciones entre Estado español y confesiones religiosas". *Revista AequAlitas*, num. 10-11, 2002, p.p. 66 y 67.

MEBROUKINE, A.

Revue critique de droit international privé. 1991, n° 1, p.p. 1-39. Convenio de Francia con Argelia.

MERNISSI, S.

"El estatuto de la mujer en Marruecos". En *el Islam jurídico y Europa*. Ob. Col. Dir. Por A. Borrás Rodríguez y S. Mernissi. Barcelona 1997, p.p. 106-107.

MONÉGER, F.

"Vers la fin de la reconnaissance des repudiations musulmanes par le juge français?". *Journal Clunet de droit international*, 1992, p.p. 347-355.

MONÉGER, F.

Revue critique de droit international privé. 1984 n° 1, p.p. 2-288.

MONTES PENADÉS, V.

"Artículo 89", En AA.VV. *Comentarios del Código civil*. T. I. Madrid 2000, p.p. 379-381.

MOTILLA DE LA CALLE, A.

"Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero

conforme a la ley islámica", En ob. col. *El matrimonio islámico y su eficacia en España*. Univ. de Córdoba 2003. p. 166.

MOULAY R'CHID, A.

La femme et la loi au Maroc. Casablanca 1991, p. 58.

MOYA ESCUDERO, M. y

ZEKRI, H. *Revista española de derecho internacional*, 1997, num. 2, p.p. 369-377.

NIBOYET, J.P.

Traité de Droit international privé français. t. V. Paris 1948, p.p. 243-246.

NIBOYET, M.L. y *Journal de droit international Clunet*. 1989, p. 63.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.

Comentarios al Código civil. Madrid 2001, p. 103.

PALAU MORENO, G.

"la separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural". *Rev. Actualidad Civil* 2001, num. 15, p. 559.

PEARL, D.

"Polygamy and bigamy". En *Cambridge Law Journal*, 1976, p.p. 48 y ss.

PRUVOST, L.

Le contrat de mariage. Centre de recherche et d'information documentaire en sciences sociales et humaines. Université d'Oran. Collection Études et documents. Serie Droit, num. 13, 1.988, p.p. 5 y ss.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.

"Limitaciones infundadas al ius nubendi: el repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización del matrimonio civil". En *Derecho registral internacional*. Homenaje al Prof. R. Arroyo Montero. Madrid 2003.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.

"La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio

islámico". En *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*. Cuadernos de Derecho judicial VIII-2002, p.p. 280-281.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.

Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa. Barcelona 2000.

RODRIGUEZ PINEAU, E.

"El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental". *Rev. La Ley Unión Europea*, num. 5944 de 2004, p.p. 1-7.

RUDE-ANTOINE, E.

La mariage maghrébin en France. Paris 1990, p.p. 141-144.

SADEK, H. y EL HADDAD, H.

"Les règles matérielles de droit musulmán en matière de statut personnel en Égypte". En *Le statut personnel des musulman*. Ob. cit. p.p. 49 y 50.

SANJULIÁN PUIG, V.

"Inmigración y derecho de familia. Estudio de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995". *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, num. 1814, p.p. 151-172.

SAUNDERS, W.

"The matrimonial proceedings (Polygamus Marriages) Act 1972". *En International and Comparative Law Quarterly*, 1972, p.p. 781 y ss.

SINAY-CITERMANN, A.

Sentencia de 1 de marzo de 1988, *Revue critique de droit international privé*, 1989, p.721.

TOMAS ORTIZ DE LA

TORRE, J.A.

"Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código civil". *Rev. Actualidad Civil*, num. 3 de 2003, p.p. 79 y ss.

ZABALO ESCUDERO, E.

"Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Ob. cit. p.p. 14 y 15.











